

Riesgo permitido y principio de legalidad

La remisión a los estándares sociales de conducta en la construcción de la norma jurídico-penal

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

LUIS PRIETO SANCHÍS

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ

Director de publicaciones

Riesgo permitido y principio de legalidad

**La remisión a los estándares
sociales de conducta en la
construcción de la norma
jurídico-penal**

Nuria Pastor Muñoz

SUMARIO

NOTA PREVIA	11
INTRODUCCIÓN	13
I. APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DE LA REMISIÓN Y PREMISAS METODOLÓGICAS	15
II. LA REMISIÓN A INSTANCIAS EXTERNAS AL LEGISLADOR PENAL COMO ELEMENTO INTRÍNSECO A LA CONSTRUCCIÓN DE LOS ESTÁNDARES JURÍDICO-PENALES.	23
1. Introducción: la remisión como elemento intrínseco al proceso de definición de estándares de conducta jurídico-penales	23
2. La remisión a la norma de cuidado en el delito imprudente.	24
2.1. Los tipos imprudentes como tipos abiertos.	25
2.2. La remisión a la norma de cuidado en los inicios de la dogmática del delito imprudente	27
2.3. La norma de cuidado en el marco de la dogmática del delito imprudente	29
3. La remisión a fuentes externas a la ley en la construcción del injusto del delito doloso	31
4. Premisas materiales y metodológicas del análisis del fenómeno de la remisión	35

III. RIESGO PERMITIDO Y ESTÁNDARES SOCIALES DE CONDUCTA	39
1. Relevancia sistemática de los estándares sociales de conducta correcta en la construcción del injusto	39
2. Riesgo permitido y estándares de conducta socialmente vigentes	41
IV. GRADO DE AUTONOMÍA DEL LEGISLADOR PENAL Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	49
1. Legislador penal aislado vs. legislador penal vinculado a las valoraciones sociales. El concepto material de delito como criterio de legitimidad de la ley penal y de la jurisprudencia	49
2. Consecuencias del planteamiento para el alcance del principio de legalidad en Derecho penal	51
V. PATOLOGÍAS REALES Y PATOLOGÍAS APARENTES EN EL FENÓMENO DE LA REMISIÓN	61
1. La «privatización» de la competencia legislativa mediante la remisión a cuerpos normativos de grupos privados: ¿vulneración del principio de democracia?	61
1.1. Privatización de la actividad legislativa	62
a) La objeción	62
b) La patología real	64
c) Las remisiones de la ley penal a cuerpos normativos privados	68
d) Las remisiones de la jurisprudencia a cuerpos normativos privados: el problema de los estándares de conducta de los sectores especializados	71
1.2. El incumplimiento del mandato de publicación.	72
1.3. Balance: ¿remisión a normas administrativas en vez de remisión a cuerpos normativos privados?	73
2. La remisión a cuerpos normativos legales no penales: ¿vulneración del principio de separación de poderes?	77
2.1. ¿Vulneración de la separación de poderes?	77

2.2. Reparto «directo» de la configuración de la norma entre legislador penal y regulaciones administrativas .	78
a) Diferencias de <i>telos</i> entre norma penal y Derecho administrativo	78
b) Normas administrativas obsoletas.	79
c) Conclusión: la normativa administrativa como indicio de conducta correcta	81
2.3. Las remisiones totales al Derecho administrativo .	83
2.4. Balance	84
3. Vulneración del mandato de determinación	86

VI. LAS FUENTES DE DEFINICIÓN DE LOS ESTÁNDARES DE CONDUCTA CORRECTA SOCIALMENTE VIGENTES: FUNDAMENTO Y CONTENIDO DEL RIESGO PERMITIDO 87

1. Introducción	87
2. Paradigmas para la definición de los estándares de conducta socialmente vigentes	89
2.1. El consenso formal	91
2.2. La utilidad social	92
2.3. Ponderación concreta de los intereses implicados vs. ponderación «social»	94
2.4. La identidad social en cuanto fruto de la propia historia: ¿un criterio autónomo?	97
2.5. Aceptación social o consenso normativo	101
3. Conclusión: el paradigma de la aceptación y las líneas para su concreción	105
3.1. El paradigma para fundamentar y definir el riesgo permitido y las dificultades de concreción	105
3.2. El contenido de la racionalidad social: líneas fundamentales y límites	106
3.3. La concreción del riesgo permitido	110
3.4. Sobre las dificultades de acceso epistemológico a los estándares sociales de conducta en los ámbitos de actividad especializados	112

CONCLUSIONES 117

BIBLIOGRAFÍA 121

NOTA PREVIA

La presente monografía es fruto de una investigación que empezó hace unos años. Parte del trabajo lo expuse en noviembre de 2018 en el concurso a la plaza de profesor agregado en la Universidad Pompeu Fabra que tuve la alegría de obtener. En el desarrollo de esta investigación han sido un apoyo esencial Jesús-María Silva Sánchez, mi maestro, y Ricardo Robles Planas, quienes con sus valiosos comentarios, preguntas y sugerencias han dado un impulso esencial a este trabajo. Claves fueron las obras de Jesús-María Silva en materia de leyes penales en blanco y remisiones normativas, las cuales marcan claramente las líneas esenciales para enfrentarse al problema metodológico del juicio jurídico-penal sobre el riesgo permitido, así como la *Aproximación* y el reciente *Malum passionis*. Claves fueron también las sugerencias bibliográficas de Ricardo Robles (la lectura del tomo de la *Fabrlässigkeit* de Binding, *Die Normen*) y, sobre todo, sus trabajos sobre el concepto material de delito. A ambos todo mi agradecimiento. Además, esta investigación se ha beneficiado de los interesantes comentarios y sugerencias de los miembros del Tribunal del concurso de agregado: Manuel Cancio Melià, Ramon Ragués i Vallès, Carolina Bolea Bardon, Carlos Pérez del Valle y M^a Ángeles Rueda Martín. A todos ellos quiero darles las gracias. Y, por último, todo mi agradecimiento a mi familia, en especial a Andreas y a Maximilian, sin cuyo apoyo y paciencia este proyecto nunca habría salido adelante.

INTRODUCCIÓN

Riesgo permitido y principio de legalidad. En estas líneas se pretende poner de relieve que el riesgo permitido, en su condición de primer eslabón del análisis de la desaprobación jurídico-penal, implica una remisión a valoraciones sociales —a estándares de conducta socialmente vigentes cuyo respeto implica la valoración de un riesgo como permitido—. Así, el riesgo permitido constituye un puente entre tales valoraciones sociales y la construcción de la norma de conducta jurídico-penal. A su vez, se pretende subrayar que la remisión a estándares sociales de conducta no es un fenómeno puntual, sino un fenómeno omnipresente en la construcción de la norma penal. Ello tiene como consecuencia la relativización del alcance del principio de legalidad penal. Por último, el trabajo aborda el problema de la fundamentación y determinación del riesgo permitido, revisando los paradigmas formulados por la doctrina y sometiéndolos a crítica.

Para alcanzar estos objetivos, se arranca con una aproximación al fenómeno de la remisión, destacando su alcance global y su carácter intrínseco (I y II). A partir de ahí, se contempla el riesgo permitido, que aquí se concibe como criterio esencial de la construcción de la norma penal, como una institución que implica una remisión a valoraciones sociales (III) y, por tanto, tiene consecuencias importantes para el grado de autonomía del legislador penal y el alcance del principio de legalidad (IV). Ello

arroja luz para analizar las preocupaciones que el fenómeno de la remisión ha generado en la doctrina (V). Por último, se aborda el problema de la determinación del riesgo permitido y de su fundamento legítimo (VI).