

RECENSIÓN

MICHELE PAPA: *FANTASTIC VOYAGE*. A TRAVÉS DE LA ESPECIALIDAD DEL DERECHO PENAL. TRADUCCIÓN Y ADAPTACIÓN AL DERECHO PENAL ESPAÑOL DE BÁRBARA SAN MILLÁN FERNÁNDEZ. TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2021. 230 PÁGINAS

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA
Universidad de Valparaíso

El presente libro del catedrático de Derecho penal de la Universidad de Florencia es la versión española de una monografía que cuenta ya dos ediciones en el original italiano, otra en francés y, según anuncia el Prólogo de la profesora Paz de la Cuesta Aguado (pág. 15), aguarda ser publicada en rumano e inglés.

La inusitada difusión de un texto jurídico no sorprende en *este* caso. Michele Papa es un consumado especialista en Derecho penal comparado. Conoce al dedillo la gestación, estructura y secuencia de la recodificación penal en Alemania, Francia, España e Italia, ha realizado largas estadias de investigación y enseñanza en Estados Unidos y Japón, maneja como pocos los principios y las tipificaciones de los ordenamientos inglés y norteamericano (de lo que son prueba sus estudios sobre la conspiración en el Derecho penal estadounidense, de 1989, y la tutela penal del patrimonio en el Derecho penal angloamericano, de 2013). Domina varios idiomas y, sobre todo, es un humanista en los sentidos renacentista y moderno del término, con lo que queremos decir que está familiarizado con múltiples saberes, de los que el jurídico es un apéndice enriquecido por tal erudición, y sus especulaciones tienen siempre como norte el valor imperdible del género humano, la capacidad de darse el hombre a sí mismo y a sus creaciones una forma nueva, no uncida a un prototipo inmodificable.

El viaje fantástico que nos proponen estas páginas recibe impulso principalmente de asociaciones estéticas y, al final, también tecnológicas. Su objeto es el significado histórico y presente de lo «especial» en las descripciones singulares que componen la Parte especial del Derecho penal. Se trata de indagar si lo especial posee una función denotativa, indicar nada más una situación de hecho trazada como hipótesis de delito determinado, u otra connotativa, significante, metafórica, en que las palabras de la ley no sólo enuncian el catálogo de los delitos, sino que representan visual, imaginativa, iconográfica o figurativamente la realidad relevante para el Derecho penal. Es un viaje en torno de la palabra «especial», pero no uno al estilo de la filosofía analítica,

sino un decurso especulativo entrelazado con una plétora de vinculaciones del lenguaje jurídico respecto de la cultura en su conjunto. De hecho, el autor, en una deliciosa comparación de los delitos con sus representaciones pictóricas y escultóricas, explica de entrada que la especialidad de las figuras delictuosas puede entenderse como una representación realista de la realidad sensible o, al revés, cual representación simbólico-alegórica de la inmoralidad o ilicitud subyacente a los delitos (cfr. págs. 50-59). De lo primero son prueba las imágenes que solían acompañar los libros penales del Bajo Medioevo y principios de la Edad Moderna —como las estampas admonitorias del *Sachsenspiegel*—; de lo segundo, la emblemática, la iconología simbólica y, en general, el poder metafórico de las palabras de la ley, a que el Derecho penal se presta mucho mejor que las demás ramas del Derecho.

El capítulo III se ocupa de la génesis de estas formas de lo ilícito o imágenes tipificadas del mal. Es la parte más rica en referencias histórico-jurídicas, tanto más necesarias cuanto que, como se sabe, el principio de legalidad no existió antes del siglo XVIII y, por otro lado, el Derecho tardó siglos, incluso milenios, en distinguirse del original núcleo indiferenciado de prohibiciones que fueron, a la vez, religiosas, morales, sociales y jurídicas. En todo caso, las primeras figuras penales, que el autor ejemplifica con el parricidio y el *furtum manifestum*, se distinguían por un acusado formalismo figurativo y su fuerte impacto visual del hecho criminoso, como si buscaran retratar una escena costumbrista. Esta propiedad se fue perdiendo a medida que la complejidad de las relaciones sociales, el desarrollo de la economía y la concentración del poder político hicieron cada vez más difícil al legislador expresar miméticamente, como un espejo de la realidad, formas recurrentes de comportamientos prohibidos bajo pena. El fenómeno se ha agravado en el último tiempo, particularmente en la era llamada digital, con sus formas de comunicación que acaso informan, pero carecen de la aptitud de evocar imágenes idiográficas en la mente del receptor (cfr. pág. 91).

El capítulo IV encierra el corazón de la obra, porque ataca de lleno el problema de si los tipos delictivos designan en sí mismos una ilicitud particular o, en cambio, son indicios o epifanías sintomáticas de lo injusto en general. Este problema, que la filosofía del Derecho penal examina a propósito de las siempre complejas relaciones entre el objeto jurídico de la tipicidad y el contenido del juicio de antijuridicidad, halla en el libro un punto de partida absolutamente inédito para el lector no acostumbrado a leer obras de juristas-humanistas, nada menos que el pasaje de la Epístola de San Pablo a los Tesalonicenses, donde el patriarca les advierte: *Ab omni specie mala abstinete vos*. El significado de la frase, ilustra el profesor florentino, cambia drásticamente según se la traduzca como mala especie, la apariencia de una fechoría en particular, o como especie

de mal, en el sentido que las conductas típicas serían manifestaciones o índices de algo mayor que se busca combatir, esto es, la ilicitud a secas. Es evidente que el problema interesa a Papa no por sus pliegues teológicos o morales, sino a causa de su resonancia práctica. Sucede que con el paso del tiempo los tipos han perdido progresivamente contacto con el mundo de lo injusto, se han distanciado de su función connotativa, consumando así una suerte de divorcio entre la realidad imaginada por el legislador y la realidad requerida de legislación (pág. 106). Ahora bien, esta escisión no debe ser confundida con la función de orientación psicológica anhelada por la teoría de los imperativos como tarea de los tipos penales, función que a juicio del autor tiene mucho de ilusoria y, como sea, cede en importancia ante la función de garantía derivada del principio de legalidad penal, que consiste en poner límites al poder penal del Estado (pág. 114). El capítulo siguiente, el cuarto, se adentra en el rendimiento de la garantía en cuestión, algo en absoluto descontado aun para los ordenamientos más respetuosos del *nullum crimen sine lege* y, pese a las apariencias, severamente amenazado por la praxis del *sentencing* anglosajón, prototipo de los peligros anejos a la escisión tajante de trama fáctica y apreciación jurídica, del juicio oral y el «juicio» en que se conmensura la pena aplicable a los hechos (cfr. págs. 129-138).

La vía para salir del atolladero planteado por la crisis semiótica hodierna, que complica extraordinariamente ordenar el mundo según la apariencia de las cosas, tanto los objetos inanimados como las conductas humanas, no es franqueada por la propuesta doctrinal de elaborar dos Códigos penales, uno para las conductas y las eximentes, redactadas en términos comprensibles para el profano, y otro compuesto por las reglas de imputación correlativas, un texto críptico cuyo destinatario es el juez. Recuerda Papa que esta idea no es nada novedosa. Fue discutida y descartada en Italia durante la primera mitad del siglo XIX, particularmente por Francesco Carrara, quien pensaba que jurados legos y jueces togados debían tener a la vista un mismo Código, sólo que libre de casuismo, formulismos y subjetivismo (cfr. pág. 158, en el capítulo VI, que regala otras advertencias, sumamente dignas de ser consideradas en la reforma penal de nuestro tiempo, cuyos productos, so capa de un prurito de precisión técnica, son a menudo ininteligibles). El Código de las conductas ofrecido por sus actuales fautores dista de comunicar directivas precisas de comportamiento, el Código de imputaciones parece propio de éforos o dioses con apariencia humana y ambos duplican la definición de los mismos delitos, con lo cual la confusión de los justiciables (y de sus defensores) es completa.

Tampoco la recodificación es la panacea, al menos si por ella se entiende elaborar un Código en que se meta mediante la ayuda de un embudo toda la legislación especial, particularmente ingente en algunos países (Francia,

Italia y, en nuestra América, Argentina y Brasil), como ocurrió en España con el denominado Código de la democracia, inmediatamente modificado y hoy irreconocible tras la fiebre de reformas de que el país no parece querer sanar. Si la iconografía de las especies de mal ha de tener algún futuro, hay que preguntarse qué caminos nos abre el inmediato futuro, observa Michele Papa. Uno, es la vía digital, de que el autor recela porque los datos digitales requieren ser descifrados a través de un complejo código técnico, que está al alcance de unos pocos, aparte de que por su propia naturaleza los medios digitales despojarían a los hechos típicos de toda forma paradigmática de manifestación. El otro es la vía analógica, mas no la que pudiesen procurar la realidad aumentada de las cámaras de televisión o la inteligencia artificial entrometida en los asuntos penales, por la sencilla razón de que las máquinas son incapaces de comprender el mundo en su devenir histórico: “[I]a inteligencia artificial codifica y gestiona su interacción con el mundo a través de algoritmos. Cuando se encuentra ante un acontecimiento histórico, detecta y mide la *relevancia* de un hecho solo en los términos indicados por un modelo cuantitativo [...] según índices formalizados, que se establecen siempre con anterioridad” (pág. 221), en circunstancias que ese hecho acaece en el futuro y, en su cabal singularidad, es imprevisible, irrepitable y sólo admite una constatación *ex post* por la única mente conocida capaz de operar lo imprevisible e irrepitable, la mente humana.

La salida analógica que sugiere el autor en la conclusión de la obra consiste en volver a transitar el arduo camino de las metáforas, que juristas y legisladores se esfuercen por asir y modelar la relación metafórica entre el hecho tipificado como delito y la antijuridicidad subyacente (cfr. págs. 224 y ss.). Aquí el libro se une con su momento inicial, que invitaba a navegar en el océano de los símbolos. Creemos que por este lado soplan vientos más promisorios. De hecho, los grandes Códigos del período clásico del Derecho penal poseyeron semejante poder iconográfico precisamente por el cuidado de sus redactores en describir con palabras en lo posible claras, precisas y concisas, fácilmente comprensibles para el pueblo letrado, conductas ofensivas de un bien del prójimo y, al mismo tiempo, dañinas para toda la comunidad.

La edición de la obra es cuidada, prenda que no luce necesariamente en las publicaciones americanas de la misma editorial. La traducción, excelente, facilita a pedir de boca una lectura estimulante y gratísima.