

La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico

Carlos Martínez-Buján Pérez

Universidad de La Coruña, España

RESUMEN: Este trabajo analiza la reciente expansión del Derecho Penal como instrumento de control social, fundamentalmente en el ámbito socioeconómico. Este crecimiento ha generado una situación de tensión al proyectar sobre los nuevos delitos económicos los principios de imputación y las estructuras dogmáticas creadas para los delitos tradicionales. De todo ello deriva un movimiento contrario, que propugna una reducción que conduzca hacia el Derecho penal mínimo.

PALABRAS CLAVE: Expansión penal, control social, delitos económicos, Derecho penal mínimo.

ABSTRACT: This paper analyzes the recent expansion of criminal law as an instrument of social control, primarily in the socio-economic field. This growth has generated a situation of tension when projecting on the new economic crimes principles of imputation and dogmatic structures created for traditional crimes. All this results in an opposite movement that advocates a reduction that leads to the minimal criminal law.

KEY WORDS: criminal expansion, social control, economic crimes, minimal criminal law.

Una de las principales características del Derecho penal en la actualidad es la paulatina ampliación de su ámbito de intervención, merced a la creación de nuevas figuras de delito que cada vez se alejan más de lo que históricamente constituyó el núcleo del Derecho penal. En efecto, en los últimos años el denominado fenómeno de la “expansión” del Derecho penal se ha revelado como un fenómeno claramente perceptible en detrimento de otros sectores del Ordenamiento jurídico o incluso en detrimento de otros sistemas no jurídicos de control social.

Ello se comprueba, en particular, en las legislaciones penales vigentes de los países de la UE, *v. gr.*, en países de gran tradición jurídica en el terreno jurídico-penal, como son Alemania e Italia, y, por supuesto, en España, en donde esta tendencia se ha materializado

incluso en el seno del propio Código Penal (en adelante, CP) de 1995, que representa un fiel exponente del fenómeno de la expansión.

Por otra parte, hay que reconocer que esta tendencia a la expansión del Derecho penal parece haberse impuesto también como paradigma dominante en el movimiento de reforma penal que se elabora en el ámbito de los países de nuestro entorno jurídico y, en concreto, en el marco de los trabajos desarrollados en el seno de la UE, especialmente en el aspecto socioeconómico. Claros ejemplos vendrían representados por tres textos: el Convenio PIF (Convenio relativo a la Protección de los Intereses Financieros de las Comunidades europeas), el *Corpus Iuris* de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la UE, y las propuestas de armonización del

La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico

Derecho penal económico de la UE (singularmente la denominada “propuesta de Eurodelitos”).

Conviene advertir que el llamado Derecho penal “accesorio” o “moderno” no se agota en el ámbito económico o socioeconómico, habida cuenta de que se proyecta también sobre otros intereses jurídicos (v. gr., en materia de salud pública o de función pública);¹ mas, indudablemente, es en el ámbito socioeconómico donde el fenómeno de la expansión posee mayor relevancia, tanto desde una perspectiva cualitativa como desde una cuantitativa.

Así, una de las cuestiones más importantes que se han suscitado a raíz de este fenómeno de la expansión es el hecho de que se haya producido una situación de tensión, al intentar proyectar sobre los nuevos delitos socioeconómicos principios generales de imputación y estructuras dogmáticas que fueron elaboradas para la exégesis de los delitos tradicionales, cuando el Derecho penal no había iniciado todavía su moderna fase de ampliación a la tutela de nuevos bienes jurídicos.

Ahora bien, frente a la idea de la *expansión* se ha ido gestando otra *idea contraria*, que consiste en propugnar una reducción del ámbito de lo delictivo, que incluso debería llegar —según algunas versiones particulares de la teoría— a un regreso a la situación existente en el momento del nacimiento del Derecho penal clásico, circunscrito a la tutela directa de bienes altamente personales y del patrimonio.

La idea de la *reducción* del objeto del Derecho penal, asociada indisolublemente a la expresión “Derecho penal mínimo”, ha recobrado una fuerza inusitada en los últimos años. Sería imposible de resumir aquí el proteico entendimiento de esta expresión. No obstante, a los efectos que aquí me interesan, y aun a riesgo de incurrir en simplificaciones, cabría sintetizar las peculiaridades más características de esta corriente de pensamiento en torno a dos aspectos, que son complementarios: de un lado, se pretende restringir la selección de bienes jurídico-penales a aquellos bienes que se califican de “clásicos”, en la medida en que se articulan sobre la base de la protección de los derechos básicos del

individuo; por otro lado, se trata de respetar a ultranza todas las reglas de imputación y todos los principios político-criminales de garantía característicos del Derecho penal “clásico” o de la Ilustración.

Las referencias bibliográficas podrían ser aquí numerosas. Baste con mencionar al autor más citado en la moderna doctrina y a su obra más emblemática.² Por lo demás, dentro de la doctrina italiana, concretamente, en la línea de análisis relativa a la ampliación de bienes jurídico-penales y a una correlativa flexibilización de reglas de imputación y principios político-criminales de garantía, merece ser destacada la obra de Moccia.³

En este contexto, cobra especial importancia la contribución doctrinal vinculada a lo que se conoce como la “Escuela de Frankfurt”, que ha criticado de manera severa la decisión de que el Derecho penal extienda su objeto más allá de los límites que tradicionalmente han acompañado a la protección de los bienes jurídicos clásicos y que acabe convirtiéndose en un Derecho penal puramente funcionalista, orientado exclusivamente a la finalidad de lograr una defensa de la sociedad lo más eficaz posible frente a los riesgos derivados de las disfunciones del moderno sistema social. En la llamada Escuela de Frankfurt militan penalistas alemanes tan conspicuos como Hassemer, Lüderssen, Naucke, Herzog, Albrecht, Prittwitz o Kargl.⁴

En el fondo de la crítica efectuada por los autores de Frankfurt late la idea básica de que una intervención del Derecho penal en estos nuevos sectores —uno de los cuales, y desde luego de los más significativos, sería el de la economía— supondría sacrificar garantías esenciales del Estado de Derecho. En definitiva, los integrantes de esta Escuela vienen a sostener que el Derecho penal debe ajustarse rigurosamente a los postulados del Estado de Derecho y respetar a ultranza las tradicionales reglas de imputación y los principios político-criminales de garantía que la ciencia penal ha venido elaborando desde la época de la Ilustración, aunque ello vaya en detrimento de la función preventiva de este sector del Ordenamiento jurídico.⁵ Y más allá de la opinión particular

¹ Véase Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 291, 302 y 305; Hassemer y Muñoz Conde, Francisco, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, 1995, p. 27, 1995.

² Véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1995.

³ Sergio Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2ª ed., Nápoles, 1997.

⁴ Sobre las características de esta “escuela”, véase por todos Silva Sánchez prólogo al libro *La insostenible situación del Derecho penal*, de J. Silva (ed.), Granada, 2000, p. XII, en donde recuerda que tal “escuela” no existe en realidad como tal, toda vez que en ella se cobijan autores con evidentes diferencias ideológicas y metodológicas.

⁵ Véase por todos Winfried Hassemer, “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, pp. 378 y ss.; Hassemer y Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, pp. 15 y ss., especialmente pp. 31 y ss.

de Hassemer hay que reconocer que es característica general común a todos los autores que se inscriben en la Escuela de Frankfurt el situarse en una posición liberal radical, justamente en las antípodas del Derecho penal “moderno”.⁶ En la reciente doctrina española también ha hallado acogida —con mayor o menor fidelidad a los presupuestos originarios— la “filosofía” de la Escuela de Frankfurt.⁷

La contribución de la Escuela de Frankfurt se apoya, ante todo, en la formulación de una concepción del bien jurídico-penal meramente “individualista” o “personal”, en virtud de la cual se situarían en primera línea de la tutela penal los bienes jurídicos individuales, mientras que los bienes supraindividuales únicamente merecerían ser objeto de protección en la medida en que sean concebidos como puros intereses mediatos o instrumentales al servicio del individuo. Y en las versiones más recientes se llega incluso a conclusiones todavía más contundentes por parte de algunos autores, como Kargl,⁸ quien, partiendo de la premisa de que el Derecho penal protege *expectativas*, entendidas como posibilidad de futura autoorganización personal o desarrollo de la propia personalidad, conceptúa el daño no como una alteración perjudicial de la realidad social externa, sino como “lesión del respeto” debido a las pretensiones individuales de conservación o continuidad imperturbable de ciertos intereses valiosos. Sobre la base de este planteamiento extrae, en concreto, la conclusión de que las referidas *expectativas* no vienen dadas por la sociedad, sino que se definirían a partir de la esencia del individuo y de su propia capacidad de permanencia en el tiempo, de lo cual deduce, a su vez, que sólo la vida, la integridad, la libertad y el patrimonio merecerían protección penal.

Así las cosas, según escribe Hassemer, el Derecho penal moderno se manifiesta sobre todo en la parte especial de la legislación penal, a través del incremento en los marcos penales de delitos ya existentes o en la creación de nuevos delitos. Pues bien, en este último

sentido, al aludir a las “novedades” del Derecho penal moderno, es cuando a los sectores antes mencionados el penalista alemán añade el de la *economía*, con relación al cual señala los tres instrumentos técnicos más representativos de este nuevo Derecho penal. El primero de ellos sería una orientación institucional en la protección de bienes jurídicos, que posee como consecuencia la tutela de bienes “universales” [*sic*] y no individuales: como ejemplo más característico cita el nuevo delito de estafa de crédito (art. 265b StGB), a través del cual se pretende proteger, a su juicio —al lado del derecho del acreedor—, el interés económico general en prevenir los peligros que se producen en la economía con la concesión injustificada de créditos. El segundo de los citados instrumentos sería el recurso a la técnica de los tipos de peligro abstracto, que “amplían enormemente el ámbito de aplicación del Derecho penal”, dado que “al prescindir del perjuicio, se prescinde también de demostrar la causalidad”, pues “basta sólo con probar la realización de la acción incriminada, cuya peligrosidad no tiene que ser verificada por el juez, ya que sólo ha sido el motivo por el que el legislador la ha incriminado”: así, *v. gr.*, un tipo delictivo como la estafa (art. 263 StGB), claramente estructurado en sus diversos elementos, ofrece al juez en todo momento información de la *ratio legis*, mientras que el tipo de la estafa de subvenciones (art. 264 StGB) sólo requiere la prueba de la acción incriminada, y deja al juez prácticamente sin ningún criterio hermenéutico. En fin, el tercer y último instrumento es en realidad una lógica consecuencia de los dos anteriores, puesto que el operar con bienes jurídicos universales y con tipos de peligro abstracto conduce a la construcción de delitos sin víctimas o, cuando menos, con víctimas difuminadas, en los que no se exige un daño.⁹

No obstante, es menester advertir que la dirección doctrinal representada por la Escuela de Frankfurt no propone una absoluta descriminalización de tales conductas, relegándolas exclusivamente a la condición

⁶ Véase sobre ello Silva, Sánchez, *op. cit.*, 2000, prólogo, p. XIII.

⁷ Véase por todos Sánchez García de Paz, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, 1999, *passim*, especialmente pp. 81 y ss.; Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, 2001, *passim*, 2001, y bibliografía que se cita.

⁸ Walter Kargl, “Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena”, en *La insostenible situación del Derecho penal* (ed. española del Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra), Granada, 2000, pp. 49 y ss.

⁹ Véase Hassemer y Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, pp. 27 y ss.; en la doctrina española véase por todos Muñoz Conde, Francisco, “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal”, en *Libro homenaje Valle*, Pamplona, 2001, *passim*, especialmente pp. 570 y ss.; Sánchez García de Paz, *op. cit.*, pp. 36 y ss.

La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico

de simples ilícitos extrapenales (administrativos, civiles, laborales, etc.), de tal suerte que deban ser regulados de forma privativa en cada uno de esos sectores del Ordenamiento jurídico. En efecto, y para expresarlo en palabras de Hassemer, el Derecho penal liberal tradicional debería, ciertamente, reducir su objeto a lo que él denomina el “Derecho penal nuclear”, pero las infracciones concernientes a esos nuevos bienes jurídicos (como los referentes al orden económico) podrían ser reguladas a través de lo que él llama un “Derecho de intervención”, que —aunque no aparece suficientemente concretado— tendría que ser configurado como un Derecho sancionador situado a medio camino entre el Derecho penal y el Derecho de contravenciones o de infracciones del orden, entre el Derecho público y el Derecho civil; este Derecho de intervención se caracterizaría por contener garantías y procedimientos menos rigurosos y exigentes que los que acompañan al Derecho penal, pero, como contrapartida, dispondría de sanciones de menor entidad que este último, o sea, menos lesivas para los Derechos individuales.¹⁰

Si dejamos a un lado ahora otros ámbitos del sedicente Derecho penal moderno o accesorio y nos centramos en el terreno que aquí nos incumbe, el socioeconómico, cabe añadir a lo expuesto que los penalistas incardinados en la Escuela de Frankfurt han censurado, consecuentemente, la labor codificadora que proponían los autores del Proyecto alternativo alemán de delitos contra la economía en el año 1977 y la tarea desplegada por el legislador penal alemán a lo largo de los últimos años, al introducir en el CP, merced a la promulgación de dos leyes destinadas específicamente a combatir la criminalidad económica, diversos delitos económicos configurados como tipos de peligro inspirados en su mayor parte en las directrices marcadas por el referido Proyecto alternativo.

Ello no obstante, la crítica de los autores de la Escuela de Frankfurt al nuevo Derecho penal económico alemán no ha sido mayoritariamente compartida en la doctrina germánica. Desde diversas perspectivas

metodológicas reputados especialistas han respondido a la apuntada crítica y, sobre la base de variados argumentos y con diferentes matices, han respaldado la decisión del legislador penal alemán en materia económica, llegando a propugnar incluso en algunos casos una ampliación de la esfera de intervención penal en este terreno.¹¹

Ni que decir tiene que el conocimiento de la experiencia alemana es de capital importancia para valorar la decisión del legislador penal español de 1995, consistente no sólo en mantener las agrupaciones delictivas de índole socioeconómica que ya se describían en la legislación penal anterior, tanto en el antiguo CP como en leyes especiales, sino también en introducir en el texto punitivo de 1995 un novedoso título en el que, bajo una rúbrica que incorpora la expresión de “delitos socioeconómicos”, define ulteriores infracciones de la índole mencionada. Indudablemente, la inmensa mayoría de las infracciones aludidas puede ser englobada en la categoría de lo que —en la terminología de los penalistas de la Escuela de Frankfurt— cabe calificar de Derecho penal accesorio o moderno.

La progresiva inclusión de nuevas figuras delictivas económicas en la legislación penal española a lo largo de los últimos años, culminada con la aprobación del nuevo CP de 1995 y sus reformas posteriores, ha venido suscitando un intenso debate en la doctrina española, que viene a reproducir en esencia —como no podía ser de otro modo— la polémica iniciada ya en Alemania a finales de los años setenta con motivo de la introducción de los primeros delitos económicos en el StGB.

Con todo, sería injusto ignorar que en la doctrina española los presupuestos del debate comenzaron ya a sentarse —aunque en un plano de *lege ferenda*— con la publicación del PLOCP español de 1980, que —inspirado sin duda en el Proyecto alternativo alemán— ofrecía un catálogo de delitos contra el orden socioeconómico mucho más amplio que el que, a la postre, se incorporó al vigente CP de 1995.

¹⁰ Véase Hassemer, *op. cit.*, p. 383; Hassemer y Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, pp. 43 y ss., especialmente p. 46.

¹¹ Véase especialmente Klaus Tiedemann, *Lecciones de Derecho penal económico*, Barcelona, 1993, *passim*, Schünemann, Bernd, “¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?”, *Cuadernos del Consejo general del Poder judicial*, núm. 8, 1991, pp. 33 y ss., Kühlen Zum Strafrecht der Risikogesellschaft”, *Goldammer Archiv für Strafrecht*, 1994, pp. 347 y ss.; véase además los trabajos de Bottke, Wilfried, “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico”, en *Libro homenaje Tiedemann*, Madrid, 1995 y Urs Honrad Kindhäuser, “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico”, en *Libro homenaje Tiedemann*, Madrid, 1995.

Así, mientras algunos autores —lógicamente con diversos matices en cada caso— se alineaban en lo sustancial con la orientación del PLOCP de 1980,¹² otros se habían mostrado rotundamente contrarios a ella¹³ y, otros, en fin, con base en argumentos variados en cada caso, mostraban sus reservas político-criminales y dogmáticas a la apuntada intervención del Derecho penal en este moderno sector de la delincuencia.¹⁴ No se puede ignorar, por tanto, la fructífera discusión doctrinal que se ha venido gestando en nuestro país desde la publicación del PLOCP de 1980 hasta la publicación del CP de 1995, aunque en la valoración de esa confrontación doctrinal tampoco se puede pasar por alto la gran diferencia existente entre ambos textos, es decir, la “megalómana” regulación del Proyecto de 1980 frente a la mucho más modesta regulación adoptada por el CP de 1995.¹⁵ Por consiguiente, la valoración de las diversas posiciones doctrinales habrá de ser efectuada *cum grano salis* y realizada a la vista del concreto texto o Proyecto sobre el cual las opiniones fueron vertidas.

En la doctrina española más reciente se mantiene la división de opiniones, si bien son mayoritarios los penalistas que se muestran partidarios de la *expansión* o *modernización* del Derecho penal (o teoría del *Big Bang*) con todos los matices que en cada caso se agregan, pero coincidiendo en términos generales en que, en lo esencial, el sedicente abandono de los principios básicos del Derecho penal garantista por parte del moderno Derecho penal no responde a la realidad (sin ánimo exhaustivo cabe citar a autores como Arroyo, Corcoy, Díez Ripollés, Feijoo, Gallego Soler, García-Pablos, Gimbernat, Gómez Martín, Gracia, Laurenzo, Martínez-Buján, Mir, Paredes, Pozuelo, Soto o Terradillos).

Por otro lado, frente a esta tendencia se alzan voces discrepantes, inequívocamente contrarias a la expansión. En el marco de esta segunda posición, es-

pecial mención merece por su rigor (y también por tratarse de una versión más matizada y menos radical) la contribución de Silva, fiel paradigma de la teoría del *Big Crunch* o teoría del *discurso de resistencia* a la modernización del Derecho penal.

En efecto, profundizando en una línea emprendida en otros trabajos anteriores (fundamentalmente, 1992, 241 y ss. y 285 y ss.), Silva publicó en 1999 un libro de tono muy crítico sobre el fenómeno de la “expansión” del Derecho penal en el seno de las modernas sociedades postindustriales. En él se empieza por constatar que dicho fenómeno expansivo se ha plasmado en una tendencia general —claramente dominante en las legislaciones penales— a la creación de nuevos tipos penales o a la agravación de los ya existentes, en el marco de la cual destacarían los siguientes aspectos particulares: creación de nuevos “bienes jurídico-penales”, ampliación de los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía.¹⁶ De este modo, la referida expansión se presenta —a su juicio— como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva).

Entre las *causas de la expansión* se contaría en primer término la efectiva aparición de nuevos riesgos de procedencia humana (*v. gr.*, para el medio ambiente, para los consumidores) en una sociedad de enorme complejidad, ante los cuales existe una generalizada sensación (subjetiva) de inseguridad en el ciudadano, potenciada por los medios de comunicación, que no se corresponde con el nivel de riesgo objetivo.¹⁷ A

¹² Véase ya por todos Bajo Fernández, Miguel, Mercedes Pérez Manzano y Carlos Suárez González, *Manual de Derecho penal. Parte especial. (Delitos patrimoniales y económicos)*, 2ª ed., Madrid, 1993, pp. 561 y ss., donde se incluyen las numerosas contribuciones efectuadas por el propio Bajo y por otros penalistas. Véase, también con posterioridad, Terradillos, Basoco, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, 1995 y la bibliografía allí citada.

¹³ Véase, *v. gr.*, Stampa Braun José María y Enrique Bacigalupo, *La reforma del Derecho penal económico español* (Informe sobre el Título VIII del Proyecto de Código penal de 1980), Madrid, 1980, *passim*, especialmente pp. 24 y ss.

¹⁴ Véase en este sentido principalmente a Francisco Muñoz Conde, “La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley orgánica de Código penal”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 16, 1982; del mismo autor: “Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma”, en *Libro homenaje Tiedemann*, Madrid, 1995.

¹⁵ Véase Francisco Muñoz Conde, “Delincuencia económica...”, *op. cit.*, p. 271.

¹⁶ Silva, Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., Madrid, 2001, pp. 20 y ss.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 26 y ss.

La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico

este factor vendrían a añadirse otros factores, característicos de la sociedad postindustrial del Estado del bienestar, como ante todo el dato de que dicha sociedad se configure como una sociedad de “sujetos pasivos”, en la que se tiende progresivamente a una restricción de las esferas de actuación arriesgada y se forja una resistencia psicológica frente al caso fortuito; ello traería como consecuencias la eliminación de espacios de riesgo permitido y el consiguiente incremento de la apreciación de infracciones de deberes de cuidado, así como la propuesta de aumentar la tipificación de delitos de peligro.¹⁸ Otro relevante factor vendría representado por el fenómeno general de identificación social con la víctima (sujeto pasivo) del delito antes que con el autor (sujeto activo), de tal suerte que la ley penal pasa a convertirse también en una *Magna Charta* de la víctima.¹⁹

Ahora bien, las causas que se acaban de citar no estarían en condiciones de explicar cabalmente por qué las demandas de protección por parte de la sociedad se dirigen precisamente (y necesariamente) hacia el Derecho penal: esto último sólo puede justificarse merced al “descrédito de otras instancias de protección”.²⁰

Por lo demás, como factores coadyuvantes se situarían la influencia de los denominados “gestores atípicos de la moral”,²¹ así como la actitud de la izquierda política (la socialdemocracia europea), que ha venido preconizando que la consecución de la seguridad debe lograrse a través del Derecho penal.²²

Finalmente, dos nuevos fenómenos característicos de las sociedades postindustriales, la globalización y la integración supranacional, operarían como “multiplicadores” o potenciadores de la expansión.

Y no sólo eso, sino que además la meta de la unificación llevará aparejada la configuración de un Derecho penal menos garantista en el que se flexibilizarán las reglas tradicionales de imputación y se relativizarán las garantías político-criminales, sustantivas y procesales.²³

Una vez que ha descrito el fenómeno general de la “expansión”, Silva hace hincapié en el cambio de perspectiva que se origina. La expansión implica una desnaturalización, *la administrativización* del Derecho penal, que se manifiesta principalmente (aparte de en la antecitada relativización de principios político-criminales y flexibilización de las reglas de imputación) en una modificación del propio contenido material de los tipos penales.²⁴

Pues bien, en este contexto crítico Silva cita la aparición de nuevos delitos (“de modo singular” en el ámbito socioeconómico) totalmente alejados del paradigma de los delitos clásicos. Se opera así una transformación, dado que se tiende a la protección de “contextos” cada vez más genéricos, en que lo decisivo no es el riesgo concreto como riesgo en sí mismo relevante e imputable personalmente a un sujeto determinado, sino la visión macroeconómica o macrosocial, esto es las “grandes cifras”, reveladoras de un problema realmente “estructural” o “sistémico”. Así las cosas, el Derecho penal de las sociedades postindustriales vendría a asumir el modo de razonar propio del Derecho administrativo sancionador, según el cual no se requiere que la conducta específica, en sí misma concebida, sea relevantemente perturbadora de un bien jurídico, y por ello tampoco es necesario un análisis de lesividad en el caso concreto. En otras palabras, y expresado sintéticamente, a diferencia de

¹⁸ *Ibidem*, pp. 42 y ss.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 52 y ss.

²⁰ *Ibidem*, pp. 61 y ss.

²¹ *Ibidem*, pp. 66 y ss., esto es, organizaciones de diverso signo, ecologistas, feministas, de consumidores, de vecinos, pacifistas o anti-discriminatorias.

²² *Ibidem*, pp. 69 y ss.

²³ *Ibidem*, pp. 81 y ss. Sin ánimo de exhaustividad menciona este autor, como características de la dogmática de la globalización, las siguientes cuestiones: la inversión de la carga de la prueba en materia de imputación objetiva y de aplicación de eximentes; la ampliación del ámbito operativo de la comisión por omisión y de la imputación subjetiva—en el terreno del dolo eventual—; la no distinción entre autoría y participación. Por su parte, cita como aspectos fundamentales de los principios político-criminales del Derecho penal de la globalización los siguientes: en punto al principio de legalidad, el abandono del mandato de determinación en los tipos y la primacía del principio de oportunidad; en cuanto al principio de culpabilidad, disminución del ámbito de relevancia del error de prohibición, acogida de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas y admisión de presunciones de culpabilidad; en fin, en lo atinente al principio de proporcionalidad, el castigo de conductas meramente imprudentes en relación con bienes jurídicos colectivos y la proliferación de tipos de peligro muchas veces *standard*, imputados tanto en comisión activa como en comisión por omisión.

²⁴ Véase Silva, Sánchez, *op. cit.*, 2001, pp. 121 y ss.; de este modo, “la combinación de la introducción de nuevos objetos de protección con la anticipación de las fronteras de protección penal ha propiciado una transición rápida del modelo ‘delito de lesión de bienes individuales’ al modelo ‘delitos de peligro de bienes supraindividuales’, pasando por todas las modalidades intermedias”, p. 121.

lo que debe acontecer en el Derecho penal, el Derecho administrativo sancionador es el Derecho del *daño acumulativo*; de ahí, en fin, que Silva se muestre especialmente crítico con la construcción de los llamados “delitos de acumulación”, según la conocida tesis formulada por Kuhlen para los delitos contra el medio ambiente.²⁵

Finalmente, es muy importante observar que, llegado el momento de extraer las conclusiones político-criminales de su diagnóstico, Silva se aparta significativamente de la propuesta de la Escuela de Frankfurt, relativa a crear el aludido “Derecho de intervención”, y propugna en cambio que las infracciones que, según Hassemer, habrían de pasar a formar parte integrante de este sector intermedio permanezcan en la esfera del Derecho penal. Esta discrepancia con la Escuela de Frankfurt se basa, en concreto, en la idea —proclamada explícita y paladinamente por Silva en otro lugar— de que “si se pretende sacar al Derecho penal de su situación, probablemente insostenible, deben formularse propuestas *possibilistas*, en vez de refugiarse numantamente en el extremo opuesto de la defensa de una utopía (y ucronía) liberal radical”.²⁶

Ello no obstante, esta última propuesta se halla supeditada a una condición, a saber, la creación de

un “modelo dual” del sistema del Derecho penal, que posea reglas de imputación y principios de garantía diferentes para cada uno de los dos niveles. En el primer bloque de ilícitos se incluirían los delitos conminados con penas privativas de libertad; en el segundo, aquellos que se vinculan a otro género de sanciones (privativas de derechos, multas y sanciones que recaen sobre personas jurídicas). De este modo, se trataría de salvaguardar el modelo clásico o liberal de reglas de imputación y de garantías político-criminales para el “núcleo duro” de los delitos que tienen asignada una pena privativa de libertad,²⁷ mientras que para el segundo bloque de delitos (con respecto al cual cita expresamente como ejemplo el caso del Derecho penal económico) se admitiría una flexibilización controlada de tales reglas y garantías.²⁸

En todo caso, y sin perjuicio de la propuesta de *lege ferenda* que se acaba de resumir, Silva lleva a cabo también propuestas de *lege lata*, situándose en una posición “realista” ante el fenómeno de la expansión. En este sentido, tras reconocer que las modernas legislaciones penales sancionan determinados delitos económicos con penas privativas de libertad (y en algunos casos en concreto con penas de gravedad), sugiere que, en tanto ello sea así, “no

²⁵ Véase *ibidem*, pp. 131 y ss., quien utiliza el paradigma del delito acumulativo para ser aplicado también a otras figuras delictivas, entre las que —además de los delitos de tráfico de drogas y de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas— incluye el delito de defraudación tributaria (pp. 128 y s.).

Con la denominación de “delitos por acumulación”, o “delitos acumulativos”, (*Kumulationsdelikte*) se alude a delitos en los que la conducta de un determinado sujeto, aisladamente considerada, posee una escasísima peligrosidad para un bien jurídico penal, pero la acumulación de múltiples acciones individuales repetidas sí es capaz de afectar al bien jurídico; a partir de esta idea se argumenta que —singularmente en el ámbito del Derecho penal del medio ambiente y del Derecho penal económico— deben tipificarse y castigarse acciones carentes de peligrosidad en sí mismas consideradas, si se constata que su repetición puede llegar a un menoscabo de los bienes jurídicos supraindividuales implicados. Sobre los delitos acumulativos véase Kuhlen, Lothar, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung” (§ 324 StGB), *Goldammers Archiv für Strafrecht*, 1986, pp. 399 y ss., (1994) pp. 362 y ss. En la doctrina española véase por todos Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, 2001, pp. 61 y ss., 490 y ss., con amplias referencias doctrinales. No obstante, con respecto a la posición de esta penalista importa retener aquí el dato de que, partiendo de una visión crítica de los delitos de acumulación y del moderno Derecho penal del riesgo, considera que el caso de la defraudación tributaria (incluso el de los delitos contra el medio ambiente) no puede ser reconducido acriticamente a dicho paradigma; así, razona acertadamente esta autora que “resulta claro que la evasión fiscal de un solo contribuyente no pone en peligro ni lesiona por sí sola el Erario Público o la capacidad económica de la Hacienda Pública, pero no por ello deja de ser intrínsecamente lesiva por sí misma a partir de un cierto límite mínimo, establecido en virtud de principios como el carácter fragmentario, *ultima ratio*, proporcionalidad e insignificancia”, añadiendo que “lo mismo ocurre, incluso en mayor medida, en el ámbito del medio ambiente: el vertido aislado de una pequeña cantidad de residuos por parte de una pequeña explotación industrial no menoscaba por sí sola el ‘equilibrio de los sistemas naturales’, pero sí pone en peligro su conservación y contribuye por sí misma, aunque sea en pequeña medida, al perjuicio del medio natural”, pp. 494 y s. Más recientemente véase Feijoo Sánchez, “Concepto de Derecho penal económico”, “Bien jurídico y delitos socioeconómicos” y “Política criminal de delitos socioeconómicos”, en J. Boix (dir.), *Diccionario de Derecho penal económico*, Madrid, 2008, pp. 151 y ss.

²⁶ Silva, Sánchez, *op. cit.*, Prólogo, p. XIII.

²⁷ Silva, Sánchez, *La expansión...*, *op. cit.*, pp. 149 y ss.

²⁸ Véase *ibidem*, pp. 160 y s., y, ampliamente, pp. 97 y ss. Sin embargo, es importante advertir de que el propio Silva admite que “resulta una incógnita el pronosticar la fuerza comunicativa (de definición y estigmatización) de un submodelo de Derecho penal en el que se excluyan las penas privativas de libertad”, e incluso llega a conceder que “no es posible negar la eventualidad de que la distancia de ilícitos y sanciones vaya produciendo también una mayor facilidad de neutralización de la imputación penal en los casos ajenos al núcleo”. Con todo, concluye que tal reflexión constituye una hipótesis de futuro, “con la que no cabe descalificar un presente en el que la fuerza comunicativa del Derecho penal, aunque no lleve aparejada una efectiva privación de libertad, parece firme” (p. 161).

La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico

cabe sino estimarlos incursos en el núcleo duro del Derecho penal y rechazar en línea de principio cualquier intento de flexibilizar en este ámbito reglas de imputación o principios de garantía”.²⁹

Una vez que se ha expuesto en sus líneas fundamentales el pensamiento del discurso de “resistencia” a la modernización del Derecho penal (o teoría del *Big Crunch*), procede efectuar a continuación unas consideraciones críticas sobre dicho pensamiento, seguido de un análisis del problema de la legitimación de la intervención del Derecho penal en el ámbito socioeconómico.³⁰

Vaya por delante que aquí asumo como punto de partida, de un lado, una posición decididamente favorable a la justificación de la intervención del Derecho penal en las nuevas áreas económicas y, por ende, adopto, en general, una posición favorable a la *modernización* del Derecho penal, pero ello no implica, por otro lado, que acepte acríticamente la política criminal llevada a cabo en las recientes modificaciones legales ni la práctica interpretativa consiguiente. Y es que, en efecto, en la negativa a reconocer esta doble hipótesis como punto de partida reside un grave equívoco generado ante todo por los detractores de la modernización del Derecho penal (Hassemer y la Escuela de Frankfurt, y sobre todo las versiones españolas de autores como Silva o Mendoza), a saber, partir de la existencia de determinadas modificaciones legales en los textos penales, que indudablemente merecen ser criticadas, elevarlas después a categoría general y (con ayuda de algunas argucias retóricas y peticiones de principio) acabar construyendo artifi-

cialmente la categoría de un Derecho penal moderno con el fin de efectuar a renglón seguido una censura indiscriminada, que, tras la cortina de humo de la defensa de los principios penales garantistas, pretende descalificarlo globalmente, descartando de raíz la posibilidad de una política criminal que legitime la intervención del Derecho penal en la vida social y, en lo que aquí especialmente nos interesa, el ámbito económico.³¹

Por lo demás coincido también con Paredes³² a la hora de entender que reaccionar, a su vez, frente al discurso de resistencia a la modernización con un enfoque descalificador global, como hace Gracia,³³ no contribuye realmente a construir una crítica eficaz y definitiva frente a él, sino más bien a favorecer el enroque de posiciones de tales partidarios, del que pueden salir reforzados. Es más, con arreglo a las premisas metodológicas que me parecen más convincentes y que he recogido ampliamente en otro lugar,³⁴ cabe añadir que no resulta factible aceptar el novedoso, meritorio y original enfoque que Gracia propone para combatir el discurso de resistencia a la modernización del Derecho penal, enfoque que se asienta en el postulado epistemológico que, para ser aceptada como “racional”, la Ciencia penal debe poseer un carácter *científico* y un *contenido de verdad* y, además, tener correspondencia con las exigencias materiales del orden social (en concreto con un Estado social y democrático de Derecho distinto del Estado liberal, que, a su juicio, está abocado a terminar como Estado democrático de una sociedad socialista), de tal modo que si no existe tal correspondencia el discurso será

²⁹ Silva, Sánchez, *La expansión...*, *op.cit.*, p. 161.

Con posterioridad, en una línea similar a la contribución de Silva, cabe destacar (aparte del más arriba citado trabajo de Sánchez García de Paz) las contribuciones de Mendoza Buergo, *op. cit., passim*, especialmente pp. 38 y ss., 68 y ss., 92 y ss. Con todo, conviene recalcar que dentro de la teoría del *Big Crunch* es posible efectuar subdivisiones, a la vista de los postulados concretos que en cada caso se acogen. Muy ilustrativa al respecto es la clasificación de las diversas posturas doctrinales que realiza Díez Ripollés “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en (S. Bacigalupo y M. Cancio, coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona, 2005, pp. 248 y ss.), quien, aparte de diferenciar entre la posición original de la Escuela de Frankfurt, representada por Hassemer, y la posición de aceptación resignada y limitada, perfeñada por Silva, distingue una ulterior postura, de actitud de *resistencia garantista* ante las modificaciones que propone la política criminal modernizadora, en el sentido de que no ve la necesidad de realizar cesiones, aceptando niveles intermedios de intervención penales o “parapenales”; incluye Díez Ripollés en esta última a penalistas como Bueno Arús, Mendoza, Muñoz Lorente, Velásquez y “probablemente” a Cerezo.

³⁰ Véase más ampliamente Martínez-Buján Pérez, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, en *Libro homenaje Cerezo*, Madrid, 2002, pp. 395 y ss. y del mismo autor: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 3ª ed., Valencia, 2011, pp. 79 y ss., 208 y ss.

³¹ Véase las agudas reflexiones de Paredes Castañón, “¿Al otro lado del discurso jurídico penal?” Sobre las bases político-criminales de la “modernización” del derecho penal, *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 17, 2006, *passim*, especialmente p. 463.

³² *Idem*.

³³ Martín Gracia, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, 2003.

³⁴ Véase Martínez-Buján, *op. cit.*, 2011, pp.29 y ss.

epistemológicamente inaceptable por irracional, incompatible con los tiempos históricos que corren y políticamente reaccionario.³⁵

En efecto, frente a este enfoque hay que oponer, ante todo, que personalmente parto de la premisa de que tanto la llamada Ciencia penal (o dogmática jurídica) como —con mayor motivo, si cabe— la Política criminal no pueden ser inscritas en la *racionalidad teórica* (a fuer de asignar a la norma penal y a las propuestas político-criminales una pretensión de verdad, como si de un objeto de estudio científico se tratase), sino en el ámbito de la racionalidad práctica (que se asienta en una pretensión de justicia), de tal manera que ni la pretensión de validez de la norma penal ni las propuestas político-criminales son proposiciones sobre hechos y, consecuentemente, no son susceptibles de verdad o de falsedad.³⁶

Así las cosas, si lo que perseguimos no es una *verdad* o un hecho, sino sólo una alternativa de acción, no cabrá hablar de una perspectiva que pueda ser rechazada o justificada tan solo por su origen histórico, como pretende Gracia a través de la aplicación de la filosofía de Foucault a los discursos del Derecho penal,³⁷ puesto que con este proceder se estaría incurriendo en realidad en la falacia del argumento *ad hominem*.³⁸ Desde esta perspectiva, lo que habrá que demostrar entonces es que la alternativa que se propone para modernizar el Derecho penal es éticamente mejor o más justa (dado que se protegen bienes jurídicos que merecen ser tutelados, y sólo ellos) que la que ofrece el discurso de resistencia y que la técnica de tipificación empleada para ello es más eficiente que otras para conseguir los objetivos de protección. Y ello obliga a enfrentarse a problemas concretos tales como los de la teoría del bien

jurídico, los efectos del principio de proporcionalidad en la limitación del derecho fundamental a la libertad, de la repercusión de los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, de la proporcionalidad de las sanciones, o de la concreta técnica legislativa empleada para tipificar cada delito.³⁹

Ahora bien, evidentemente, de todo lo anterior no puede extraerse la conclusión de que deba restarse mérito a la rigurosa y coherente contribución de Gracia, entre otras cosas porque, con independencia de la discrepancia metodológica que pueda existir en las premisas, en dicha contribución se aportan agudas reflexiones que permiten desenmascarar determinados argumentos del discurso de resistencia.

Efectuadas estas precisiones metodológicas, estamos en condiciones de entrar ahora en el análisis concreto de la argumentación político-criminal de la Escuela de Frankfurt.

En vía de principio, no me parece que deba ser acogida la premisa mayor de dicha argumentación, ni siquiera en la versión más matizada de Silva. Regresar en los tiempos actuales al núcleo histórico del Derecho penal, volviendo en nuestro país, por así decirlo, a la antigua legislación de las “Partidas”, es una decisión que me parece totalmente incompatible —a fuer de injusta— desde el punto de vista ideológico y contraria al principio constitucional de igualdad ante la ley. Es evidente que lo que se ha calificado de núcleo histórico del Derecho penal en materia patrimonial y económica se identifica con un Derecho penal clasista, que sirve sólo para castigar a los sectores de población sociológicamente más desfavorecidos.⁴⁰ Ya existe suficiente discriminación por parte de la opinión pública y por parte de los Tribunales

³⁵ Véase Martín Gracia, *op. cit.*, pp. 52 y ss., 162 y ss., y 199 y s. *passim*.

³⁶ Véase Martínez-Buján, *op. cit.*, pp. 38 y ss. y, en análogo sentido, véase, también, Paredes Castañón, *op. cit.*, pp. 448 y s., quien, en referencia concreta al enfoque ofrecido por Martín Gracia, subraya que las propuestas político-criminales son proposiciones morales (de ética aplicada, si se quiere) que, en el mejor de los casos, se apoyan en hechos comprobados (es decir, asumen proposiciones sobre estos como premisas de un razonamiento implícito previo, o los toman por objeto de sus valoraciones o prescripciones), en atención a lo cual no son susceptibles de ser criticadas por no ser científicas, no corresponderse con la realidad o no ser verdaderas.

³⁷ Véase Martín Gracia, *op. cit.*, pp. 167 y ss. y *passim*.

³⁸ Véase, en este sentido, Paredes Castañón, *op. cit.*, p. 452, quien, rechazando que la Política criminal pueda ser concebida como una ciencia, considera además, acertadamente, que sólo el enfoque de la teoría de la racionalidad legislativa —en la línea propuesta singularmente por Atienza y Díez Ripollés, y compartida por mí en Martínez-Buján, *op. cit.*, pp. 42 y ss.— describe adecuadamente las tareas y el método de la Política criminal, concibiéndola como un mero ejercicio de la razón práctica, esto es, como una combinación de racionalidad moral, basada en la teoría de la justicia (“lo mejor”), y de racionalidad instrumental (“lo más eficaz para...”), que proporciona las razones para la acción de los sujetos (pp. 452 y s.).

³⁹ Paredes Castañón, *op. cit.*, p. 453; Véase más ampliamente Paredes Castañón “Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales”, *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 11, 2003, pp. 95 y ss. y Martínez-Buján, *op. cit.*, pp. 208 y ss.

⁴⁰ Véase Schünemann, *op. cit.*, p. 34.

La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico

de justicia, como se ha acreditado en la indagación criminológica⁴¹ para que venga a ahondarse todavía más en el carácter discriminatorio del propio sistema legal.

Esta idea ha sido desarrollada por Gracia,⁴² quien considera además que son únicamente las razones acabadas de apuntar las que justifican la individualización del Derecho penal económico como un objeto de estudio específico y diferenciado *dentro* del Derecho penal, del cual no es nada más que una de sus partes integrantes. A su juicio, son, pues, razones exclusivamente ideológicas y político-criminales las que permiten justificar la construcción de un *Derecho penal económico* característico de quienes detentan y ejercen el poder económico, concebido como un particular subsistema de la parte especial del Derecho penal que regula las más graves manifestaciones de lesividad social consistentes en la adquisición y en la utilización de la propiedad mediante el ejercicio del dominio de las instituciones y de los instrumentos públicos y privados de la vida económica. Por lo demás, interesa recordar que en la propuesta de Gracia estas razones se anudan al modelo del Estado social y democrático de Derecho, en la medida en que considera que éste es más auténtico Estado de Derecho que el Estado liberal, al corregir el formalismo de éste, otorgando más igualdad material y más bienestar a sus ciudadanos, y consecuentemente da cabida a la criminalización de las acciones éticas socialmente reprobables de las clases poderosas.⁴³ Sin embargo, estas últimas afirmaciones de Gracia deben ser matizadas, en el sentido de que no puede admitirse que la construcción de *todo* el *moderno* Derecho penal económico se justifique *exclusivamente* por tratarse del Derecho penal de las conductas socialmente desviadas de las clases poderosas. En efecto, debe ciertamente compartirse la idea de que en la actualidad el Derecho penal globalmente considerado (y buena parte del discurso de resistencia que lo avala) sigue poseyendo el sesgo clasista de antaño (incompatible con los postulados de justicia e igualdad material proclamados en las modernas Constituciones) y que, por ello, se hace preciso *modernizarlo* (esto es, adaptarlo a las nuevas realidades

sociales, políticas y económicas), pero existe una parte significativa del Derecho penal económico que en realidad poco tiene que ver con delitos de las clases que detentan el poder económico: como *v. gr.*, fraudes de subvenciones cometidos por pequeños propietarios, insolvencias punibles realizadas por individuos o pequeñas empresas con escaso poder económico, delitos relativos a la propiedad industrial o intelectual cometidos también por particulares o pequeñas empresas en el marco de la economía sumergida, delitos contra los consumidores realizados por pequeños comerciantes.⁴⁴ Por lo demás, el nuevo Derecho penal económico y, con carácter general, el Derecho penal moderno no tiene por qué aparecer en todo caso íntimamente vinculado a la idea del Estado social de Derecho plasmada en las modernas Constituciones, en el sentido de que se establezca entre ambos una relación necesaria. En efecto, sin desconocer, desde luego, la indudable ligazón entre Derecho penal económico y Estado social de Derecho, es preciso relativizar tal vinculación, puesto que las nuevas figuras delictivas de índole económica (y, en general, todas las que cabe adscribir al Derecho penal moderno) obedecen más a la evolución social de una sociedad capitalista desarrollada que a la asunción de unos valores políticos específicos, esto es, tienen que ver más con factores tales como el uso creciente de las nuevas tecnologías, la mayor facilidad de las comunicaciones, el desarrollo del consumo, el predominio de la gran empresa, la inmigración o la globalización y la integración supraestatal.⁴⁵

En cualquier caso, en lo que sí hay que convenir es en que el Derecho penal no puede anclarse en un pensamiento individualista y tutelar exclusivamente ataques que atenten a bienes jurídicos cuya naturaleza sea estrictamente individual. Así, del mismo modo que sucede en otros sectores del denominado Derecho penal moderno, en el ámbito económico hay bienes jurídicos de naturaleza colectiva, intereses de todos, que indiscutiblemente deben ser tutelados por el Derecho penal nuclear ante las modalidades de agresión más intolerables; e incluso existen bienes jurídicos que, sin ser intereses generales, son bienes de

⁴¹ Véase Fernández Albor y Martínez Pérez, *Delincuencia y economía*, Santiago de Compostela, 1983, pp. 41 y ss.

⁴² Véase Martín Gracia, *op. cit.*, pp. 155 y ss. y del mismo autor: "Recensión al libro de C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico. Parte general*, Valencia 1998", *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 13, 2004, pp. 448 y ss.

⁴³ Martín Gracia, *op. cit.*, pp. 208 y ss.

⁴⁴ Véase Paredes Castañón, *op. cit.*, 2006, pp. 462 y s.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 464 y s.

carácter supraindividual que afectan a amplios sectores de la población y que, bajo determinadas condiciones, también pueden ser merecedores de tutela penal.⁴⁶

Ahora bien, ello no quiere decir que se acepte una criminalización indiscriminada. Antes al contrario, resulta imprescindible fundamentar político-criminalmente y, sobre todo, dogmáticamente la legitimidad de la intervención del Derecho penal en este terreno. Y, en este sentido, es menester, ante todo, profundizar en la teoría del bien jurídico, porque probablemente haya que revisar algunas de las tesis tradicionalmente propuestas por los partidarios de una decidida actuación del Derecho penal en este terreno. Por lo demás, tampoco se puede desconocer que, aparte de la necesidad de demostrar una genérica justificación de la intervención penal, la criminalización de las infracciones socioeconómicas exige como condición indispensable el recurso a unas determinadas pautas técnicas de tipificación a la hora de describir las concretas figuras de delito, puesto que el verdadero déficit legislativo se encuentra en la delimitación de los ataques más intolerables a estos nuevos bienes jurídicos, como únicos merecedores de conminación penal. Ni que decir, en atención a todo ello, se refuerza la idea de estudiar detenidamente, paso por paso, las aludidas peculiaridades que acompañan a la categoría de los delitos económicos. En lo que atañe, en concreto a la denominada teoría *personalista* del bien jurídico, formulada por Hassemer precisamente con el fin de asignar al bien jurídico una función *crítica* vinculada al contexto histórico-cultural frente a los planteamientos funcionalistas, cabe objetarle que, al adscribirse a un modelo de Estado de Derecho puramente liberal,

está proponiendo ya *a priori* un principio limitador del ámbito de protección penal que opera como directriz previa vinculante para toda la política legislativa criminal. De este modo, olvida que el moderno Estado democrático de Derecho no es sólo un Estado liberal, sino también un Estado social y, por consiguiente, propone un concepto de bien jurídico que no puede desplegar todo su potencial crítico de cara a guiar una política criminal racional.⁴⁷

En otro orden de cosas, con lo que acabo de indicar no pretendo restar importancia en modo alguno a la susodicha tensión que emerge al intentar proyectar las tradicionales estructuras jurídico-penales de imputación sobre los delitos socioeconómicos. Sucede, empero, que con independencia ya de la valoración del grado de tensión, su mera constatación, en sí misma considerada, no debe ser utilizada —y mucho menos *a priori*— como argumento decisivo para proceder a una descriminalización generalizada de infracciones socioeconómicas.

En resumidas cuentas, de lo que acabo de exponer puede desprenderse que adopto como punto de partida básico un presupuesto político-criminal contrario al esgrimido por la denominada Escuela de Frankfurt. Por tanto, cabe anticipar aquí la idea de que en términos generales los delitos socioeconómicos que revisten mayor gravedad deberían integrarse en el Derecho penal (ubicados sistemáticamente bien en el propio CP, bien en leyes especiales), ser castigados con penas privativas de libertad, al menos de modo alternativo, y quedar sometidos a las reglas y principios tradicionales de la imputación penal.⁴⁸

En este sentido, en referencia al Derecho positivo vigente, cabría afirmar que esa integración en la esfera

⁴⁶ Véase con mayor extensión Martínez-Buján, *op. cit.*, 2002, pp. 408 y ss.; de acuerdo con ello, Véase también expresamente Cerezo, Cerezo Mir, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 10, 2002, p. 56; Véase además, con amplitud, Soto, Navarro, La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna, Granada, 2003, pp. 173 y ss. quien, por una parte, observa en el discurso de resistencia una actitud ideológica anclada en una concepción liberal que no se corresponde con los estudios empíricos sociológicos, en los que se revela un alto grado de concienciación ciudadana ante los nuevos intereses colectivos sometidos a regulación penal, y, por otra parte, demuestra que algunas críticas realizadas de *lege lata* por los partidarios de dicho discurso, basadas en una supuesta vulneración de los principios de fragmentariedad y subsidiariedad carecen de suficiente fundamento; más recientemente Véase Feijoo Sánchez, *op. cit.*, pp. 146 y ss. y 682 y ss., Terradillos, *op. cit.*, pp. 30 y ss.

⁴⁷ Véase en este sentido Díez Ripollés, “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, *Jueces para la Democracia*, núm. 30, 1997, pp. 18 y s.; Soto, *op. cit.*, pp. 76 y s.; Feijoo Sánchez, *op. cit.*, pp. 146 y s. y 682 y s.

⁴⁸ Extraordinariamente contundentes se han manifestado al respecto Gimbernat (2001) pp. 356 y ss. y Martín Gracia, *op. cit.*, p. 450, quienes han reclamado la sujeción del Derecho penal económico a los mismos principios y las mismas reglas de imputación penal en toda su identidad, esto es, sin someterlos a ningún tipo de corrección o desviación. En el fondo de estas opiniones late la preocupación de que sean precisamente los detractores de una criminalización de las infracciones económicas (como los penalistas de la Escuela de Frankfurt o Silva en España) quienes apelen precisamente a supuestas necesidades de corrección y desviación de los principios y reglas generales de la imputación y de institución de nuevos instrumentos de imputación como argumentos fundamentales para negar carácter estrictamente penal a las infracciones socioeconómicas (incluso las más graves) y para configurar con ellas, consiguientemente, un ordenamiento sancionador *diferente* —y, por ello, independiente y autónomo— del llamado Derecho penal *nuclear*. Véase Martín Gracia, *op. cit.*, p. 450.

La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico

del Derecho penal resultaría predicable de la mayor parte de las familias socioeconómicas previstas tanto en la legislación alemana como en la española, sea en el Código Penal, sea en leyes penales especiales.

Y, evidentemente, esto es compatible con la constatación de que tanto en una como en otra legislación (sobre todo en la española) se hayan introducido *concretas* figuras de delito que vulneran abiertamente el principio de intervención mínima y que, por dicho motivo, tendrían que ser descriminalizadas; y, viceversa, en sentido opuesto también será posible mencionar algún ejemplo de infracciones del orden económico que podrían ser incorporadas al catálogo de delitos definidos en la vigente legislación penal.

Ahora bien, el aludido punto de partida básico puede y debe ser matizado desde diversos ángulos, de tal suerte que puede desembocar, en cierto modo, en una flexibilización de la idea general criminalizadora.

Por un lado, hay que tener en cuenta que si bien es verdad que en principio los modernos delitos socioeconómicos deberán hallarse regidos por las mismas estructuras y reglas de imputación que se han venido utilizando para la interpretación de los delitos clásicos, no lo es menos que tales estructuras y reglas no pueden ser trasladadas acríticamente y sin modificaciones al ámbito socioeconómico. Precisamente, y al igual que sucede en otros sectores significativos del motejado Derecho penal “moderno”, este es el reto fundamental que tiene planteado el Derecho penal socioeconómico en la actualidad, a saber, acomodar los tradicionales principios de imputación a las características de los nuevos delitos e incluso crear, excepcionalmente, nuevas estructuras de imputación, como se pone de relieve de forma especial, p. ej., en la moderna discusión sobre la responsabilidad de las personas jurídicas;⁴⁹ de lo contrario, la intervención penal en esta materia estará condenada al fracaso. Pues bien, con respecto a ello, parece que —como pone de manifiesto el estado actual del debate doctrinal— se puede llegar a soluciones materialmente defendibles (sin provocar una tensión insoportable con los tradicionales principios inspiradores del Derecho

penal) en las cuestiones controvertidas, como causalidad y resultado, dolo y conciencia de la antijuridicidad, autoría y participación e incluso responsabilidad penal de las empresas.⁵⁰

Por lo demás, importa destacar que —de la misma manera que puede decirse de toda la criminalidad “moderna” en general— en la tarea de combatir la delincuencia socioeconómica el papel del Derecho penal habrá de ser necesariamente modesto, en atención a lo cual el principio de subsidiariedad deberá presidir la labor de tipificación de conductas, reservando consecuentemente un destacado lugar en dicha tarea para los diversos instrumentos de política social de todo el Ordenamiento jurídico⁵¹ y, señaladamente, para la labor de “prevención primaria” (prevención criminológica o en sentido estricto), que se orienta a las causas mismas, a la raíz, del conflicto criminal, con el fin de neutralizarlo antes de que el propio problema se manifieste.⁵²

Finalmente, hay que reconocer que la opción criminalizadora aquí defendida es, asimismo, compatible con la creación, de *lege ferenda*, de un “Derecho de intervención” al estilo de lo que preconiza la Escuela de Frankfurt, o, en su caso, con un “modelo dual” (en la línea sugerida por Silva) con la importante salvedad, eso sí, de que el contenido debería ser, a mi juicio, bastante diferente.

Abstractamente consideradas, estas propuestas merecen ser valoradas. Aunque, ciertamente, tengan que ser examinadas con más detenimiento, cabría reconocer que tales propuestas son, *prima facie*, razonables.⁵³

Con todo, considero preferible la propuesta del modelo dual del sistema penal. En efecto, frente al cuerpo legislativo intermedio del “Derecho de intervención” (que, dicho sea de paso, no ha sido concretado suficientemente por Hassemer o por algún otro integrante de la Escuela de Frankfurt), parece que la opción de seguir manteniendo las infracciones no nucleares o accesorias en el seno del Derecho penal presenta indudables ventajas.

Por una parte, hay que compartir con Silva la apreciación de que, frente al Derecho civil, el Derecho

⁴⁹ Véase por todos Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, 4ª ed., Múnich, 2006, § 2, Rn. 23e).

⁵⁰ Véase especialmente en este sentido Günter Stratenwerth, “Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1993, pp. 679 y ss.

⁵¹ Véase Claus Roxin, *op. cit.*, § 2, Rn. 23e).

⁵² Véase García-Pablos de Molina, *Criminología*, 3ª ed., Valencia, 1996, p. 237.

⁵³ En este sentido, véase también recientemente Feijoo Sánchez, *op. cit.*, p. 687, considerándolas como “opciones político-criminales que se deben explorar de cara al futuro para contribuir a una expansión razonable” del Derecho penal.

penal posee sobre todo las ventajas derivadas de una muy superior fuerza o dimensión “comunicativa” (de definición y estigmatización); y, frente al Derecho administrativo, ofrece principalmente su mayor neutralidad respecto a la política, así como la imparcialidad propia de lo jurisdiccional.⁵⁴ En concreto, utilizando sus palabras, frente al Derecho civil, el Derecho penal aporta la dimensión sancionadora, así como la fuerza del mecanismo público de persecución de infracciones; frente al Derecho administrativo, el Derecho penal hace más difícil que el infractor utilice las “técnicas de neutralización” del juicio de desvalor (reproches de parcialidad, politización) de que aquél se sirva con frecuencia ante la actividad sancionadora de las administraciones públicas.⁵⁵

Ciertamente, también es posible imaginar un “Derecho de intervención” concebido como un cuerpo intermedio híbrido que poseyese una fuerza comunicativa algo superior a las sanciones administrativas y, por supuesto, a las civiles, y que además ofreciese la neutralidad característica de lo jurisdiccional. Ello no obstante, entiendo que no incorporaría una diferencia cualitativa con respecto al Derecho civil y al Derecho administrativo. Además, y dejando aparte ya el problema de su articulación práctica, no es aventurado imaginar que el ciudadano no comprendería bien el significado de un nuevo sector del Ordenamiento jurídico, que no posee arraigo alguno en nuestra tradición jurídica. Por último, un importante sector doctrinal no considera ya conceptualmente aceptable la propuesta de Silva de dividir el Derecho penal en dos sectores independientes, delimitados por la imposición, o no, de penas privativas de libertad, en la medida en que se rechaza el corolario que acompaña la propuesta de este autor, o sea, una cierta flexibilización de las garantías penales y procesales.⁵⁶

En resumen, conviene insistir sobremanera en que —tal y como yo lo veo— ese Derecho accesorio debería ser auténtico Derecho penal, con la única excepción de que para sus ilícitos no se prevería la pena privativa de libertad. Por tanto, las reglas de imputación y los principios de garantía —por mucho

que ciertamente sean susceptibles de ser flexibilizados y relativizados— serían siempre jurídico-penales, en virtud de lo cual los criterios de interpretación de las normas y las categorías básicas con que se opere serán en esencia aquellos que han venido siendo manejados por la ciencia penal hasta el momento presente.

Si se concibe así, no habría inconveniente en adoptar un modelo normativo semejante de cara a tipificar las infracciones económicas de menor gravedad que las reguladas en el Derecho penal nuclear: en algunos casos podrían ser infracciones ligadas a los delitos existentes en ella, pero también tendrían cabida vulneraciones de bienes jurídicos no previstas en la legislación penal nuclear, en atención a su menor entidad sustancial, a la imposibilidad de introducir factores típicos de restricción o a la necesidad de someterlas a reglas de imputación no coincidentes exactamente con aquellas que han inspirado el Derecho penal clásico. Por supuesto, en dicho modelo normativo accesorio también deberían ser incluidas infracciones socioeconómicas en su sentido más lato, como los delitos relativos a la ordenación del territorio o algunos (no todos) delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, contra la administración pública o contra la salud pública. A tal efecto, habría que plantearse entonces, al menos en el ámbito económico, la conveniencia de elaborar una ley penal especial, que ya podría incorporar una Parte general con las reglas de imputación características, como, p. ej., sucede *mutatis mutandis* con los denominados “euro-delitos” en las recientes propuestas de expertos para la unificación del Derecho penal económico en el marco de la Unión Europea, o —aunque se trate de un texto de alcance mucho más reducido— el *Corpus Iuris* de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea.

Así las cosas, mis discrepancias afectarían al *contenido* del cuerpo normativo accesorio. En efecto, por mi parte, me limito a insistir en la idea —anteriormente apuntada— de que los delitos socioeconómicos de

⁵⁴ Véase Silva, Sánchez, *op. cit.*, p. 155.

⁵⁵ Por su parte, García Cervero, *op. cit.*, p. 127, considera que la propuesta de Silva constituye el punto de partida más adecuado para resolver el problema de la legitimidad del Derecho penal económico.

⁵⁶ Véase Cerezo Mir, *op. cit.*, pp. 59 y s., y Mendoza Buergo, 2001, pp. 98 y ss. y 184 y s., quienes recuerdan críticamente, a título de ejemplo, la clara normativización de la relación de causalidad en los casos alemanes de responsabilidad por el producto y en el caso español de la colza.

La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico

mayor gravedad deben permanecer en la esfera del Derecho penal nuclear y ser conminados con penas privativas de libertad. Eso sí, en este caso dichos delitos habrán de quedar sometidos, por supuesto, a idénticas reglas de imputación y a los mismos principios de garantía que informan los restantes delitos incardinados en el Derecho penal nuclear, desestimando toda solución flexibilizadora o relativizadora de tales reglas o principios; es más, para los aludidos delitos económicos cabría propugnar incluso la vigencia de criterios exegéticos más estrictos (como, v. gr., la exigencia de niveles cualificados de riesgo para la imputación objetiva del resultado o el mantenimiento de normas menos severas en materia de error).

Con respecto a esto último me interesa recalcar que no comparto la idea de propugnar con carácter general una flexibilización de las garantías “liberales”, o principios limitadores del poder punitivo del Estado (señaladamente, los principios de legalidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos, de subsidiariedad y de fragmentariedad) en el ámbito del Derecho penal socioeconómico en el caso de que así lo exija la consecución de los objetivos político-criminales. Esta idea ha sido sugerida por Gracia⁵⁷ para todo el Derecho penal moderno, sobre la base de entender que la relación entre Estado de Derecho y “garantías penales liberales” es meramente contingente, no necesaria, de modo que aquel podría subsistir sin estas, y que tales garantías podrían ser modificadas para adaptarlas a las exigencias del Estado social y democrático de Derecho. En mi opinión, en la interpretación de los delitos socioeconómicos que se incluyen el seno del Derecho penal común no pueden postergarse los principios limitadores del *ius puniendi* (que, a mi juicio, son auténticos fines del Derecho penal) en aras de la consecución de unos objetivos político-criminales, por muy legítimos que sean estos.⁵⁸

Bibliografía

- Bajo Fernández, Miguel, Mercedes Pérez Manzano y Carlos Suárez González, *Manual de Derecho penal. Parte especial (Delitos patrimoniales y económicos)*, 2ª ed., Madrid, 1993.
- Bottke, Wilfried, “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico”, en *Libro homenaje Tiedemann*, Madrid, 1995.
- Cerezo Mir, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 10, 2002.
- Díez Ripollés, “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, *Jueces para la Democracia*, núm. 30, 1997.
- , “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en (S. Bacigalupo y M. Cancio, coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona, 2005.
- Feijoo Sánchez, “Concepto de Derecho penal económico”, “Bien jurídico y delitos socioeconómicos” y “Política criminal y delitos socioeconómicos”, en J. Boix (dir.), *Diccionario de Derecho penal económico*, Madrid, 2008.
- Fernández Albor y Martínez Pérez, *Delincuencia y economía*, Santiago de Compostela, 1983.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. Andrés, Ruiz, Bayón, Terradillos y Cantarero), Madrid, 1995.
- García Cervero, *Derecho penal económico. Parte general*, Universidad de Piura, 2003.
- García-Pablos de Molina, *Criminología*, 3ª ed., Valencia, 1996.
- Gimbernat Ordeig, *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid, 2001.
- Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, 2003.
- , “Recensión al libro de C. Martínez-Buján Pérez, Derecho penal económico. Parte general, Valencia 1998”, *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 13, 2004.
- Hassemer, Winfried, “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992 (traducción de F. Muñoz Conde en *Actualidad penal*, 1993).
- Hassemer y Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, 1995.
- Kargl, Walter, “Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena”, en *La insostenible situación del Derecho penal*

⁵⁷ Martín Gracia, *op. cit.*, pp. 207 ss. y *passim*.

⁵⁸ Véase en este sentido Paredes Castañón, 2006, pp. 468 y s.

- (ed. española del Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra), Granada, 2000.
- Kindhäuser, Urs Honrad, “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico”, en *Libro homenaje Tiedemann*, Madrid, 1995.
- Kuhlen, Lothar, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung” (§ 324 StGB), *Goltdammers Archiv für Strafrecht*, 1986.
- _____, “Zum Strafrecht der Risikogesellschaft”, *Goltdammers Archiv für Strafrecht*, 1994.
- Martínez-Buján Pérez, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, en *Libro homenaje Cerezo*, Madrid, 2002.
- _____, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 3ª ed., Valencia, 2011.
- Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, 2001.
- Moccia, Sergio, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2ª ed., Nápoles, 1997.
- Muñoz Conde, Francisco, “La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley orgánica de Código penal”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 16, 1982.
- _____, “Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma”, en *Libro homenaje Tiedemann*, Madrid, 1995.
- _____, “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal”, en *Libro homenaje Valle*, Pamplona, 2001.
- Paredes Castañón, “Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 11, 2003.
- _____, “¿Al otro lado del discurso jurídico penal? Sobre las bases político-criminales de la ‘modernización’ del derecho penal”, *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 17, 2006.
- Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, 4ª ed., Múnich, 2006 (hay traducción española de la 2ª ed. alemana de Luzón, Díaz y García-Conlledo y De Vicente, Madrid, 1997).
- Sánchez García de Paz, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, 1999.
- Schünemann, Bernd, “¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?”, trad. T.R. Montañés, *Cuadernos del Consejo general del Poder judicial*, núm. 8, 1991.
- Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.
- _____, prólogo al libro *La insostenible situación del Derecho penal*, J. Silva (ed.), Granada, 2000.
- _____, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., Madrid, 2001.
- Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, 2003.
- Stampa Braun, José María y Enrique Bacigalupo, *La reforma del Derecho penal económico español* (Informe sobre el Título VIII del Proyecto de Código penal de 1980), Madrid, 1980.
- Stratenwerth, Günter, “Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1993.
- Terradillos Basoco, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, 1995.
- _____, *Cuestiones actuales de Derecho penal económico y la empresa*, Lima, 2010.
- Tiedemann, Klaus, *Lecciones de Derecho penal económico*, Barcelona, 1993.
- _____, *Manual de Derecho penal económico*, Valencia, 2010.

