

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA MODERNA TEORÍA DEL “BIG CRUNCH” EN LA SELECCIÓN DE BIENES JURÍDICO-PENALES (ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO ECONÓMICO)*

Carlos Martínez-Buján Pérez

I.- INTRODUCCIÓN: LA TEORÍA DEL BIG BANG

En Astrofísica se utiliza la expresión “*Big Bang*” para designar la teoría, hoy dominante, que alude al nacimiento del Universo tras una gran explosión, la cual, a su vez, es científicamente demostrable en la actualidad (aparte de por otras comprobaciones como el resplandor inicial y el espectro del cuerpo negro) merced al movimiento continuamente expansivo de las galaxias. Tras la gran explosión inicial el Universo no dejó nunca de expandirse, aunque debido a la fuerza atractiva de la gravedad (que imperó en el Universo hasta la mitad de su vida) se fue acelerando cada vez más despacio.

Sin embargo, recientemente, se ha verificado además la hipótesis (propuesta ya por Edwin Hubble) de que el Universo se expande en la actualidad cada vez más deprisa. Y ello se atribuye al nacimiento de una misteriosa “energía oscura” que vino a sustituir a la fuerza atractiva de la gravedad. Dicha energía oscura, que permea todo el Universo, vendría a ser una forma de energía vacía (llamada quintaesencia) que satura el espacio, ejerciendo una presión negativa (o sea, hacia fuera), similar a la energía vacía que acompañó a la rápida expansión del Universo que aconteció inmediatamente después de la gran explosión.

La teoría del *Big Bang* ha sido trasladada como metáfora al terreno de la economía y al de las ciencias sociales en general e incluso al lenguaje ordinario, concibiéndose como “renovación radical [de algo]”¹.

A la vista de ello, no puede resultar extraño que, en lo que atañe al ámbito del Derecho penal, también se haya venido aludiendo al fenómeno de la “expansión” de este sector del Ordenamiento jurídico, que en los últimos años se ha revelado como un fenómeno claramente perceptible en detrimento de otros sectores de dicho Ordenamiento o incluso en detrimento de otros sistemas no jurídicos de control social.

Ello se comprueba, en particular, en lo que a nosotros nos afecta en las legislaciones penales vigentes de los países de la U.E., v. gr., en países de gran tradición jurídica en el terreno jurídico-penal, como son Alemania e Italia, y, por supuesto, en nuestro país, en donde esta tendencia se ha materializado incluso en el seno del propio

* Este trabajo fue elaborado como contribución al Libro-Homenaje dedicado al Profesor José Cerezo Mir.

1 Vid. voz *Big Bang* en el **Diccionario del español actual** (ed. de M. SECO), Madrid 1999.

Código penal de 1995, que -según se ha repetido insistentemente por parte de la doctrina penal española- representa un fiel exponente del fenómeno de la expansión.

Finalmente, 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 U.E., especialmente en el aspecto socioeconómico².

II.- LA TEORÍA DEL BIG CRUNCH: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA “ESCUELA DE FRANKFURT”

En Astrofísica se apunta asimismo otra reciente teoría, conocida con la denominación de “teoría del *Big Crunch*” (no científicamente verificable de momento, a diferencia de la teoría del *Big Bang*) que estima que la expansión de las galaxias posee un límite, o mejor un punto de retorno, a partir del cual el Universo no sólo dejará de expandirse sino que, antes al contrario, iniciará un proceso inverso, en virtud del cual las galaxias empezarán a contraerse hasta tornar a concentrarse en un punto similar al que dio origen al Universo.

Pues bien, también puede recurrirse a dicha expresión como metáfora para describir en Derecho penal el fenómeno inverso al que se acaba de señalar en el apartado anterior, y 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. Es cierto que sería imposible de resumir aquí (en los estrechos márgenes de este trabajo) el proteico entendimiento de esta expresión. Ello 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 entre sí: 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; de 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 Ilustración³.

2 Claros ejemplos vendrían representados por el Convenio PIF (Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades europeas) (Bruselas, 26 de julio de 1995), por el CORPUS IURIS de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la UE, o, en fin, por las propuestas de armonización del Derecho penal económico de la UE (EURO-DELITOS).

3 Las referencias bibliográficas podrían ser aquí numerosas. Baste con mencionar, ante todo, al autor más citado en la moderna doctrina y a su obra más emblemática: Vid. FERRAJOLI, **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal** (trad. Andrés, Ruiz, Bayón, Terradillos y Cantarero), Madrid 1995. Por lo demás, dentro de la propia doctrina italiana, y en lo que se refiere ya, más concretamente, a la línea objeto de análisis en el presente trabajo, 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, **La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale**, 2ª ed., Napoli 1997.

En este contexto cobra especial relieve la contribución doctrinal vinculada en su nacimiento a lo que se conoce ya como la “Escuela de Frankfurt”⁴, que ha criticado severamente 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 el fondo de esta crítica 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 jurídico⁵.

Esta 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. En opinión de HASSEMER, cuanto mayor sea la vinculación de una conminación penal con un bien jurídico tanto más intensiva podrá ser, admitiéndose incluso el castigo de la puesta en peligro del bien jurídico (como, p. ej., en el delito de incendios)⁶.

Con todo, es conveniente profundizar en dicha idea con el fin de señalar cuáles son las características del “moderno” Derecho penal, que -según HASSEMER- denotan que se ha superado la concepción clásica del Derecho penal, al verse transformado en un instrumento de solución de conflictos sociales. La primera de ellas sería la perversión del concepto de bien jurídico, que se ha convertido en un criterio positivo para justificar decisiones criminalizadoras, perdiendo el carácter negativo (concepto crítico) que tuvo originariamente: ejemplos de esta primera tendencia se hallarían en la severidad del castigo en materia de aborto o en el terreno del llamado “acoso sexual”. La segunda característica residiría en la exacerbación de la idea de prevención, que encuentra ejemplos paradigmáticos en las infracciones penales relativas a las drogas, en las de terrorismo y, en general, en la denominada criminalidad organizada. La tercera carac-

4 Principalmente, HASSEMER, LÜDERSSEN, NAUCKE, HERZOG, ALBRECHT, PRITZWITZ. Sobre las características de esta “escuela”, vid. por todos SILVA SANCHEZ, **La insostenible situación del Derecho penal**, Granada 2000, Prólogo a la edición española, 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 Vid. por todos HASSEMER, **Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts**, ZRP, 1992, pp. 378 y ss.; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, **Viejo y nuevo Derecho penal**, en **La responsabilidad por el producto en Derecho penal**, Valencia 1995, pp. 15 y ss., especialmente pp. 31 y ss. Y, más allá de la opinión particular 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 antipodas del Derecho penal “moderno” (vid. sobre ello SILVA, Prólogo, 2000, p. XIII). En la reciente doctrina española también ha hallado acogida la “filosofía” de la escuela de Frankfurt: vid. SANCHEZ GARCIA DE PAZ, **El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal**, Valladolid, 1999, pássim, especialmente pp. 81 ss. y bibliografía que se cita.

6 Cfr. HASSEMER, **Derecho penal y filosofía del Derecho en la República federal de Alemania**, (trad. Muñoz Conde) en el libro **Persona, mundo y responsabilidad**, Valencia, 1999, p. 27

terística se manifestaría en una absolutización de la idea de la orientación a las consecuencias, convirtiendo el Derecho penal en un instrumento de pedagogía social con el fin de “sensibilizar” al ciudadano: ello sucedería especialmente en ámbitos tales como la protección del medio ambiente o la discriminación de la mujer⁷.

Así las cosas -prosigue 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 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. 265 b 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 daño⁸.

Ello no obstante, una vez expuesto lo anterior, 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 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 individuales⁹.

7 Vid. HASSEMER/M. CONDE, 1995, pp. 22 ss.

8 Vid. HASSEMER/M. CONDE, 1995, pp. 27 ss. En la reciente doctrina española vid. además MUÑOZ CONDE, **Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal**, en L.H. Valle, pássim, especialmente pp. 570 ss.; SANCHEZ GARCIA DE PAZ, 1999, pp. 36 ss.

9 Vid. HASSEMER, 1992, pp. 383; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, 1995, pp. 43 y ss., especialmente p. 46.

III.- LA VERSIÓN MATIZADA (Y MÁS ACABADA) DE LA TEORÍA DEL BIG CRUNCH: LA PROPUESTA DE SILVA SÁNCHEZ

Profundizando en una línea emprendida en otros trabajos anteriores¹⁰, SILVA ha publicado recientemente un libro de tono muy crítico sobre el fenómeno de la “expansión” del Derecho penal en el seno de las modernas sociedades postindustriales¹¹. 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 garantía¹². 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)¹³.

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 (subjectiva) de inseguridad en el ciudadano, potenciada por los medios de comunicación, que no se corresponde con el nivel de riesgo objetivo¹⁴. A 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 “clases pasivas”, 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 peligro¹⁵. Otro relevante factor vendría representado por el fenómeno general de identifica-

10 Vid. fundamentalmente SILVA SANCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona 1992, pp. 241 ss. y 285 ss. y pássim.

11 Vid. SILVA SANCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, Madrid 1999.

12 Vid. SILVA, 1999, pp. 17 ss., en donde agrega que tal expansión es una característica innegable del C.p. español de 1995 y que “la valoración positiva que importantes sectores doctrinales han realizado del mismo pone de relieve cómo la tópica ‘huida (selectiva) al Derecho penal’ no es sólo cuestión de legisladores superficiales y frívolos, sino que empieza a tener una cobertura ideológica de la que hasta hace poco carecía (...) En realidad, sin embargo, lo evidente era la acogida de ‘nuevas formas de delincuencia’ y la agravación general de las penas imponibles a delitos ya existentes (sobre todo, socioeconómicos); en cambio, la trascendencia de la eliminación de ciertas figuras delictivas resulta prácticamente insignificante” (pp. 18 s.). Esta última apreciación ha sido compartida también de forma expresa recientemente por GIMBERNAT, *La contrarreforma penal de 1995*, en L.H. Valle, pp. 420 s., quien, tras hacerse eco de ella, ha apuntado que “lo dramático ... del nuevo Código es el endurecimiento de las penas y la metastásica ampliación del catálogo punitivo con nuevos delitos”; y, más allá de esta apreciación concreta, hay que resaltar que también parece compartir en general toda la exposición efectuada por SILVA en el antecitado libro (vid. p. 422, n. 14).

13 SILVA, 1999, p. 19

14 Vid. SILVA, 1999, pp. 21-30. Por lo demás, aclara este autor que los ciudadanos pretenden hallar la solución a la inseguridad en el Derecho penal, dirigiendo a los poderes públicos demandas en tal sentido, señaladamente en materia medio-ambiental, económica, de corrupción política, en el ámbito sexual o en el de la violencia familiar (p. 30).

15 Vid. SILVA, 1999, pp. 31-36.

ción 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 víctima¹⁶.

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”¹⁷.

Por lo demás, como factores coadyuvantes se situarían la influencia de los denominados “gestores atípicos de la moral”¹⁸, 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 penal¹⁹.

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 procesales²⁰.

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 penales²¹.

16 Vid. SILVA, 1999, pp. 36-43, quien añade que entonces resulta claro que ni la reducción teleológica de los tipos ni la aplicación analógica de las eximentes, en particular de las causas de justificación, se manifestarían como procedimientos incontestados (p. 39).

17 Vid. SILVA, 1999, pp. 44-46. En concreto, menciona el fracaso de una ética social civil y autónoma, las insuficiencias del Derecho civil y el creciente descrédito de los instrumentos de protección administrativa (ya preventivos, ya sancionatorios).

18 Si tradicionalmente tales gestores habían venido siendo determinados estamentos burgueses-conservadores, en la actualidad adquieren tanta relevancia, o más, organizaciones de diverso signo, ecologistas, feministas, de consumidores, de vecinos, pacifistas o antidiscriminatorias (cfr. SILVA, 1999, pp. 47 s.).

19 Vid. SILVA, 1999, pp. 50 ss., quien aventura, como explicación profunda de esta actitud, la idea proveniente del movimiento del uso alternativo del Derecho- de “propugnar el recurso al Derecho penal como mecanismo de transformación de la sociedad y de intervención contra quienes obstaculizaban el progreso de la misma hacia formas más avanzadas e igualitarias de convivencia democrática” (p. 53).

20 Vid. SILVA, 1999, pp. 63-88. 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 (pp. 83-85). 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 (pp. 85-88).

21 Vid. SILVA, 1999, pp. 97 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. 98).

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 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 ambiente²².

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 penal²³. Ahora bien, 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 libertad²⁴, 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, en el sentido más arriba expresado²⁵.

22 Ahora bien, a los efectos del presente trabajo, lo que me interesa subrayar es que en su censura SILVA 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. Vid. SILVA, 1999, pp. 100 ss.

23 En otro lugar proclama explícita y paladinamente SILVA su discrepancia con la escuela de Frankfurt, al matizar que “si se pretende sacar al Derecho penal de su situación, probablemente insostenible, deben formularse propuestas **posibilistas**, en vez de refugiarse numantamente en el extremo opuesto de la defensa de una utopía (y ucronía) liberal radical”. Vid. SILVA, Prólogo, 2000, p. XIII.

24 Vid. SILVA, 1999, pp. 115 ss. Ello no obstante cita este autor como “próximos” a CID MOLINE y a HASSEMER/M. CONDE (vid. p. 125. n. 210).

25 Vid. SILVA, 1999, p. 125 (vid. ampliamente pp. 83 ss.). Sin embargo, es importante advertir 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. 126).

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, pues, 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 en cuanto ello sea así, “no 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”²⁶.

IV.- VALORACIÓN DE LAS PROPUESTAS ANTERIORES

4.1. Aspectos que (con matices) se comparten

4.1.1. La constatación del fenómeno de la expansión y la crítica del Derecho penal simbólico

Por una parte, es innegable el fenómeno de la expansión del Derecho penal en el ámbito de las legislaciones europeas y, en especial, en el marco del reciente movimiento de reforma desarrollado en el seno de la U.E. Es incuestionable asimismo que dicho fenómeno encuentra un claro ejemplo en el C.p. español de 1995, tanto desde una perspectiva “cualitativa” (creación de nuevos delitos), como desde un punto de vista “cuantitativo” (agravación de los ya existentes), aunque con todo debería matizarse que, salvo alguna excepción que confirma la regla, el legislador español no ha ido más allá -sino más bien al contrario-, que otros legisladores de países de nuestro entorno o la propia U.E.

Por otra parte, tampoco se puede soslayar el dato de que detrás del fenómeno de la expansión del Derecho penal se halla la pretensión de resolver problemas sociales a través del cómodo expediente de limitarse a transmitir a la opinión pública mensajes tranquilizadores (que suelen ser calificados como “simbólicos”), desvinculados de la finalidad “instrumental” que cabalmente debe perseguir la sanción penal, esto es, la de proteger bienes jurídicos.

Ahora bien, conviene efectuar algunas puntualizaciones sobre el concepto y caracterización del Derecho penal simbólico, puesto que un somero repaso a las opiniones doctrinales vertidas sobre él pone de relieve la adopción de posiciones bien diferentes.

Personalmente comparto la idea de que el Derecho penal simbólico se caracteriza de modo general por el dato de que la intervención penal comporta un incumplimiento sustancial de las decisiones político-criminales fundamentadoras de los fines de la pena. Y este debe ser el criterio decisivo de identificación²⁷. En otras palabras, el cali-

26 SILVA, 1999, p. 126

27 Vid., por todos, la exposición de esta tesis en DIEZ RIPOLLES, **El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena**, en A.P., nº 1, 2001, pp. 15 ss.; del mismo autor, ya con anterioridad, **Exigencias sociales y política criminal**, en Claves de razón práctica, nº 85, 1998, p. 50. Por lo demás, es muy importante advertir, a su vez, que el análisis de dicho incumplimiento sustancial no puede estar condicionado por la previa descalificación, total o parcial, de los efectos tildados de “simbólicos” (o, lo que es lo mismo, con mejor terminología, “expresivo-integradores”), dado que tales efectos (los “expresivos”, que suscitan emociones o sentimientos en las conciencias, y los “integradores”, que generan determinadas representaciones valorativas en las mentes) desempeñan un papel relevante y legítimo en la consecución de los efectos “instrumentales o materiales” de la reacción penal, desde el momento en que aquéllos constituyen el núcleo de la prevención intimidatoria, individual o colectiva, además de jugar también un papel decisivo en las teorías de la prevención general positiva (cfr. DIEZ RIPOLLES, 2001, pp. 5 s.).

ficativo “simbólico” no debe ser concebido como portador de una falta de sintonía entre los efectos que se pretenden (o se creen) conseguir y los que realmente se pretenden u obtienen (o sea, como una especie de ficción, merced a la que se aparenta perseguir unos fines diferentes de los efectivamente perseguidos)²⁸, sino como revelador de un problema de ausencia de legitimidad de la intervención penal para producir aquellos efectos socio-personales acordes con las decisiones fundamentadoras de la pena²⁹.

Pues bien, concretando esta concepción, cabe indicar -siguiendo la pormenorizada descripción de DIEZ RIPOLLES- que una intervención penal podrá ser caracterizada como simbólica en atención a diversas razones: en primer lugar, cuando satisfaga objetivos que no son necesarios para mantener el orden social básico, porque el efecto fundamental que produce la sanción penal no atiende a la prevención de comportamientos delictivos³⁰; en segundo lugar, cuando no incide primordialmente sobre delinquentes reales o potenciales próximos, sino sobre personas muy alejadas de la posición de vulnerar bienes jurídicos, esto es, delinquentes potenciales alejados y ciudadanos susceptibles de ser delinquentes³¹; en tercer lugar, cuando su contenido va más allá del efecto de confirmación del orden social básico en ciudadanos con capacidad delictiva, en la medida en que el efecto de la intervención penal rebasa las necesidades de control que debe satisfacer la reacción penal³².

Según se puede observar, en su exhaustiva descripción DIEZ RIPOLLES no incluye los delitos económicos entre la legislación penal simbólica³³. Asimismo, debe ser resaltado que tampoco MUÑOZ CONDE, cuando se refiere a la legislación penal simbólica, configurada como una indeseable consecuencia de la funcionalización del Derecho penal moderno, sitúa en ella los delitos económicos más característicos³⁴. Del

28 Esta es la concepción de algunos autores, p. ej. de HASSEMER, **Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos**, en Pena y Estado, 1991, pp. 28 ss.

29 Cfr. DIEZ RIPOLLES, 2001, p. 15. Así las cosas, como con razón agrega este autor, si una intervención penal produce efectos que previenen comportamientos lesivos de bienes jurídicos, no podrá ser descalificada como simbólica, por más que esos efectos producidos no se hubieran querido o previsto.

30 Vid. DIEZ RIPOLLES, 2001, pp. 16 ss., poniendo, entre otros, como ejemplos: el acoso sexual (art. 184-1), la corrupción de menores (art. 189-3) o la negación de hechos históricos (art. 607-2).

31 Vid. DIEZ RIPOLLES, 2001, p. 18, agregando que, a diferencia del primero, las intervenciones penales de este segundo grupo poseen capacidad para prevenir comportamientos delictivos, aunque ciertamente sus efectos no van más allá de la fase de conminación penal: p. ej., la apología delictiva (art. 18-1) o la provocación al odio contra determinados grupos sociales (art. 510).

32 Vid. DIEZ RIPOLLES, 2001, pp. 18 ss., quien aclara que las intervenciones pertenecientes a este grupo poseen también (al igual que las del anterior) virtualidad para prevenir comportamientos delictivos, pero además son respetuosas con la estructura personal de la intervención penal. Lo que sucede, empero, es que se ignoran las exigencias del principio de subsidiariedad. Entre los ej. cabría citar: el impago de pensiones (art. 227), los delitos de tráfico de influencias (art. 428 ss.), el delito de conducción suicida (art. 384), algunas conductas de los delitos relativos a la flora y la fauna (arts. 332 ss.), la inclusión de los malos tratos psíquicos entre los supuestos de violencia doméstica (art. 153) o la estructura punitiva de los delitos relativos a las drogas (art. 368 ss.).

33 Es más, incluso cuando incidentalmente alude a infracciones socioeconómicas en su sentido más lato, como las relativas al medio ambiente (objeto habitual de reproches referentes a su carácter simbólico), matiza DIEZ RIPOLLES (2001, p. 19, n. 59) que “las críticas a la caracterización simbólica de esta legislación va en demasiadas ocasiones asociadas a una deslegitimación de los bienes jurídicos colectivos, que no comparto”.

34 Vid. MUÑOZ CONDE, L.H. Valle, pp. 570 s., quien cita como claros exponentes de dicha legislación los casos de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, los relacionados con el tráfico de drogas y los relativos a la criminalidad organizada, bandas armadas y elementos terroristas. Por lo demás, cuando este autor ejemplifica a renglón seguido casos de delitos de peligro abstracto que en nada se diferencian de las infracciones administrativas, tampoco incluye los delitos contra el orden económico, dado que menciona como ejemplos algunas figuras delictivas relativas a la ordenación del territorio, al patrimonio histórico o a la protección de la flora y la fauna.

mismo modo, tampoco otros autores muy críticos con el texto del C.p. español de 1995, como GIMBERNAT, aluden explícitamente a los delitos económicos en el marco de esta legislación simbólica³⁵.

4.1.2. Las causas de la expansión

En principio, deben ser compartidas también las causas generadoras de la expansión del Derecho penal apuntadas por los partidarios de la teoría del *Big Crunch*, y, en particular, las minuciosamente descritas por SILVA.

Ello no obstante, procede efectuar determinadas puntualizaciones sobre algunas de dichas causas o de los factores coadyuvantes, en la medida en que ello puede poseer relevancia con respecto a lo que analizaré en páginas posteriores

En lo que afecta a los denominados “gestores atípicos de la moral”, el diagnóstico es certero, pero centrándonos en lo que aquí nos importa (el ámbito de los delitos económicos), no puede pasarse por alto que tales gestores (en nuestro caso, por tanto, la enumeración de SILVA se concretaría en las organizaciones de consumidores) existen porque **previamente** han surgido (o se han incrementado decisivamente) nuevas formas de agresión, desconocidas en el marco del Derecho penal clásico (o desconocidas en esa nueva dimensión). Por tanto, al menos en la esfera económica la sensación del “riesgo” no aparece generada *ex novo* (o potenciada de forma artificial, que es lo que parece darse a entender en la exposición de SILVA) por las organizaciones de consumidores, sino que antes al contrario la implantación de éstas -en grado embrionario en España a mi modo de ver y con una incidencia notablemente inferior a la que deberían tener- es consecuencia ineluctable de las nuevas relaciones de distribución del mercado actual, caracterizadas por la sustitución de “contextos de acción individuales” por “contextos de acción colectivos”, en los que el contacto interpersonal es reemplazado por una forma de comportamiento anónima y estandarizada³⁶. En definitiva, con lo que acabo de indicar simplemente pretendo dejar claro que si existen asociaciones de defensa de los consumidores es porque en la situación de las actuales relaciones de mercado han surgido nuevas formas de ataque a bienes jurídicos individuales (salud, patrimonio) que se inscriben en un contexto diferente al de antaño.

35 Vid. GIMBERNAT (L.H. Valle, p. 420). Es cierto que este autor afirma que lo “dramático” del nuevo C.p. ha sido “el endurecimiento de las penas y la metastásica ampliación del catálogo punitivo con nuevos delitos”, pero a la hora de ejemplificar se limita a citar el tráfico ilegal de drogas (p. 422). Y si examinamos su “diatriba” contenida en el **Prólogo** a la 2ª ed. del Código penal, ed. Tecnos, Madrid 1996, se comprueba que tampoco figuran los delitos económicos, sino aspectos relativos a delitos como la eutanasia, el aborto, el consentimiento en las lesiones o la insumisión, aspectos que yo suscribo plenamente.

36 Las expresiones entrecomilladas son de SCHÜNEMANN, **Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana**, en ADP, 1996, p. 199. Como gráficamente explica este autor, “mientras el ciudadano obtuvo sus alimentos siempre de la misma granja, del mismo carnicero o del mismo panadero, cuyo círculo de clientes a su vez era constante y limitado, la distribución de alimentos nocivos para la salud podía ser abarcada sin problema alguno por medio de los tipos del homicidio o, en su caso, de las lesiones imprudentes, ya que autor y víctima se hallaban vinculados a través de relaciones personales y pertenecían a una vecindad que permanecía constante y era perfectamente abarcable. Sin embargo, al producirse la distribución masiva de alimentos producidos por fabricantes anónimos, por parte de cadenas de almacenes, estas cadenas causales se pierden en el anonimato de la sociedad de masas, y si se quiere mantener bajo estas condiciones de todos modos la protección de bienes jurídicos, la palanca del Derecho penal ha de ser apoyada en la acción de riesgo intolerable como tal, esto es, en la producción e introducción en el mercado de elementos idóneos para producir lesiones en la salud, como así ocurre desde hace mucho tiempo en la Ley de alimentos alemana”. Pues bien, algo exactamente idéntico debe predicarse del ámbito estrictamente económico, como viene a reconocer seguidamente el propio SCHÜNEMANN, al indicar que las reflexiones anteriores son plenamente trasladables a las distribuciones de inversiones en el mercado de capitales, en virtud de lo cual se justificaría la legitimidad del delito alemán de estafa de inversión de capital del art. 264 a) StGB, criticado por los autores de la escuela de Frankfurt.

Por otra parte, en punto a la **actitud de la izquierda política** como factor coadyuvante de la denostada expansión del Derecho penal es menester realizar unas precisiones, puesto que a mi modo de ver existe una mezcla de planos que interesa deslindar.

En primer lugar, habría que individualizar el plano de las declaraciones programáticas de los partidos o de los líderes europeos, en el que SILVA cita declaraciones de personajes del Reino Unido o de Francia dirigidos a sus ciudadanos, pero no de sus homólogos españoles. Y ello es importante porque, dejando ya al margen las diferencias que median entre el laborismo británico y la socialdemocracia italiana, portuguesa o española³⁷, el único ámbito que cita SILVA es el de la “seguridad ciudadana” en el sentido del orden público. Si nos ceñimos al caso español, comprobamos cómo curiosamente no menciona una opinión concreta de la izquierda política española, sino que se limita a reproducir la opinión doctrinal personal de un autor al hilo de la publicación del C.p. de 1995³⁸. Y es que, sin negar que la izquierda española haya cultivado en fechas recientes electoralmente el valor de la seguridad ciudadana (incluyendo aquí en sentido amplio el fenómeno hispánico del terrorismo de ETA), no creo que quepa negar que éste ha sido uno de los argumentos político-criminales decisivos de la derecha española, mantenido también con ocasión de la publicación del C.p. de 1995, aunque, llegado el momento de su aprobación, la derecha se haya abstenido³⁹. En fin, creo que son harto reveladoras las palabras de alguien nada sospechoso en este punto, como es GIMBERNAT, quien ha podido escribir -con toda razón- que el c.p. de 1995 “colma, sin duda, todas las expectativas de los sectores más conservadores de nuestra sociedad. Y, encima, ni siquiera han tenido que votarlo”⁴⁰.

En segundo lugar, si dejamos ahora a un lado el concreto aspecto de la seguridad ciudadana, habría que especificar a qué aspectos del Derecho penal puramente simbólico nos estamos refiriendo a la hora de valorar la influencia de dicha izquierda política. Y la cuestión es muy relevante, dado que las demandas de intervención del Derecho penal que ha propugnado la izquierda se proyectan mayoritariamente en sectores en que -a mi juicio- no cabe hablar en rigor de “simbólicos” con su carga peyorativa, como es el caso de los delitos económicos en sentido estricto, los delitos contra los consumidores o los delitos laborales (o delitos cuya acusación de simbolismo es discutible, como v. gr. los delitos contra el medio ambiente). Y viceversa, si nos referimos, empero, a otros sectores del reciente Derecho penal que unánimemente se vienen calificando como simbólicos, comprobamos que las propuestas de criminalización o bien no son patrimonio exclusivo de la izquierda política (v. gr., la conducción alcohólica o suicida, el impago de pensiones) o bien son propuestas en las que es la derecha política la que posee una influencia decisiva (a mi juicio mucho mayor que la de la izquierda) en la expansión del Derecho penal (v. gr., en materia de tráfico de drogas, corrupción de menores, violencia doméstica, mantenimiento del sistema de penalización del aborto, así como en lo tocante a la solicitud de elevación de las penas en general).

37 No me resisto a citar la reciente declaración de Ulrich BECK en una entrevista publicada por el diario El País, el 20 de octubre de 2002, en la que afirmaba no hallar diferencias sustanciales entre líderes políticos como T. Blair y Berlusconi o Aznar.

38 Se trata de la opinión personal de SAEZ VALCARCEL (**El nuevo código: maximalismo penal**, en JD, 26 julio, 1996, p. 4), de la que, por cierto, hay que concluir que en realidad todos los grupos parlamentarios pensaban de la misma manera: “Pero su espacio de debate es el mismo. Ninguna de esas opciones (scil. las conservadoras y las de izquierda) puso en cuestión la prisión ni la inflación del Derecho penal”.

39 Por una parte, baste con recordar uno de los célebres eslóganes del líder más carismático de la derecha española (todavía en activo): “el mejor terrorista es el terrorista muerto”. Por otra, téngase en cuenta que una de las razones por las que la derecha española no respaldó el C.p. de 1995 se resume en el ulterior eslogan, machaconamente repetido, de que su aprobación “provocaría una salida masiva e inmediata de presos a la calle”.

40 Cfr. GIMBERNAT, **Prólogo**, cit. apdo. II, 6.

4.1.3. La propuesta de crear un “Derecho de intervención” (HASSEMER) o un “modelo dual” de Derecho penal (SILVA)

Abstractamente consideradas, las propuestas de crear un “Derecho de intervención” (al estilo de HASSEMER) o, en su caso, un “modelo dual” de Derecho penal (en la línea sugerida por SILVA) merecen ser tomadas en consideración. Aunque, ciertamente, tengan que ser examinadas con más detenimiento del que se les pueda dispensar en estas páginas, cabe anticipar que, desde luego, tales propuestas son *prima facie* razonables.

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 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 jurisdiccional⁴¹. 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.

En resumidas cuentas, conviene insistir sobremedida 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.

Así concebido, 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

41 Vid. SILVA, 1999, p. 120. 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 sirve con frecuencia ante la actividad sancionadora de las Administraciones públicas.

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 la última propuesta de expertos para la unificación del Derecho penal económico en el marco de la Unión Europea⁴².

Así las cosas, mis discrepancias afectarían al **contenido** del cuerpo normativo accesorio. En efecto, por mi parte, me limito a insistir en la idea -apuntada ya en otro lugar⁴³ de que los delitos económicos de 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)⁴⁴.

4.2. Aspectos que no se comparten: la deslegitimación global de los delitos económicos

De todo lo expuesto hasta aquí puede ya deducirse en buena medida cuáles son los aspectos de la teoría del *Big Crunch* que no se comparten, dado que al comentar anteriormente los aspectos que sí me parecen asumibles se han ido introduciendo diversos matices, que comportan poner de manifiesto ciertas discrepancias con respecto a la antecitada teoría. Ahora bien, en las páginas siguientes me interesa profundizar, en particular, en lo que constituye mi discrepancia esencial, esto es, la deslegitimación general de los delitos económicos.

En efecto, según se señaló más arriba, los partidarios de la teoría del *Big Crunch* incluyen indiscriminadamente todos los delitos económicos en el marco del Derecho penal “simbólico”, con el consiguiente reproche de denunciar la falta de legitimidad de la intervención penal en este sector. A través de este modo de razonar se está transmitiendo (sin los matices y cautelas procedentes) el mensaje de que la expansión del Derecho penal en el ámbito económico debe ser rechazada por principio, con independencia del contenido de injusto de los delitos: como si todos los bienes jurídicos sobre los que se construyen los delitos económicos ostentasen la misma (y magra) relevancia y como si fuese indiferente la técnica de tipificación adoptada.

No otra cosa cabe deducir, v. gr., de la exposición de SILVA cuando ilustra el espectro del Derecho penal simbólico con cuatro ejemplos que pretenden ser represen-

42 Vid. EURO-DELIKTE (Vorschläge zur Harmonisierung des Wirtschaftsstrafrechts in der Europäischen Union. Allgemeiner und Besonderer Teil), Internationales Symposium Freiburg i Br., 13/14 oktober 2000.

43 Vid. MARTINEZ-BUJAN, **Derecho penal económico**, P.G., 1998, p. 29, en donde subrayaba que la opción criminalizadora en el ámbito económico que propugnaba era compatible con la creación, de *lege ferenda*, de un “Derecho de intervención” como el preconizado por la escuela de Frankfurt, con la importante salvedad, eso sí, de que el contenido sería bastante diferente.

44 Sobre esto último vid. MARTINEZ-BUJAN, P.G., pp. 130 ss. y 177 ss.

tativos de sectores encuadrados en el Derecho penal “moderno”, uno de los cuales aparece constituido por el delito español de defraudación tributaria, en cuanto que se reputa fiel exponente de los modernos delitos económicos⁴⁵. Es más, merece la pena destacar que el caso de la tipificación de los delitos socioeconómicos en el C.p. español de 1995 es mencionado expresamente por dicho autor como testimonio (nada más ni nada menos) de que “la tónica ‘huida (selectiva) al Derecho penal’ no es sólo cuestión de legisladores superficiales y frívolos, sino que empieza a tener una cobertura ideológica de la que hasta hace poco carecía”⁴⁶.

Por otra parte, importa resaltar que la aludida falta de justificación de la intervención penal en la esfera económica es algo que se vincula esencialmente a una deslegitimación de los bienes jurídicos supraindividuales y consiguientemente a una descalificación de los tipos de peligro abstracto como técnica de tipificación penal.

De ahí que, enlazando con lo dicho en apartados anteriores, a continuación proceda a analizar tales cuestiones, partiendo de la premisa (relativizadora) básica que aquí se ha acogido, a saber, la de que las infracciones delictivas económicas más graves deben permanecer siempre en el “núcleo duro” del Derecho penal, sin perjuicio de que otras infracciones de menor entidad puedan tener cabida en un Derecho penal alternativo que no recurra a la pena privativa de libertad. Por tanto, una tarea que en este trabajo debe quedar parcialmente abierta es la de decidir de forma pormenorizada cuáles son en concreto los delitos que deben permanecer en el Derecho penal de la pena privativa de libertad y cuáles han de ser reconducidas al cuerpo legal penal accesorio.

4.2.1. La inadecuada proyección del diagnóstico y de las causas de la expansión

En un epígrafe anterior, ya puse de relieve la improcedencia de incardinar sin mayores precisiones los delitos económicos en el ámbito de la legislación simbólica: es cierto que será posible encontrar ejemplos de delitos económicos puramente simbólicos en nuestra legislación penal vigente, del mismo modo que podrán hallarse también ejemplos de tal simbolismo en infracciones ubicadas en capítulos destinados a proteger cualquier otro bien jurídico (incluidos bienes jurídicos fundamentales); sin embargo, lo que no puede admitirse es la idea de que los delitos económicos sean **constitutivamente** en todo caso materia del Derecho penal simbólico, puesto que una infracción delictiva construida sobre un bien jurídico de índole económica no tiene por qué quedar encuadrada en alguna de las tres hipótesis que permiten identificar una legislación simbólica (vid. supra apdo. 4.1.1.).

Ahora bien, lo que en este lugar me interesa subrayar es que, al margen ya de lo que se acaba de decir, lo cierto es que la fenomenología criminal de los delitos económicos tampoco se adecua al diagnóstico y a las causas de expansión del Derecho penal simbólico moderno.

Anteriormente ya aludí al caso de las organizaciones de consumidores en su pretendida posición de “**gestores atípicos de la moral**” como uno de los supuestos en que,

45 Vid. SILVA, 1999, pp. 105 ss. Y debe insistirse en que el ejemplo de la defraudación tributaria se equipara a otros en los que no hay duda alguna de su consideración como genuinos ejemplos de Derecho penal simbólico (los casos 1 y 4).

46 SILVA, 1999, p. 18. Me interesa volver a resaltar que nadie puede negar que algunos de los comúnmente calificados como delitos económicos (no necesariamente basados siempre en la tutela de bienes supraindividuales) creados por el legislador del C.p. de 1995 carecen de justificación político-criminal. Ahora bien, la cuestión radica en que el referido autor alude genéricamente en este lugar a los delitos socioeconómicos, sin efectuar concreción alguna, para posteriormente en otro epígrafe, citar el ejemplo de la defraudación tributaria como uno de los casos paradigmáticos del Derecho penal simbólico.

en mi opinión, se produce un desenfoque del mecanismo de la expansión; pero no es este el único ejemplo de inadecuación, puesto que a él cabría añadir otros.

En primer lugar, habría que poner en tela de juicio la afirmación -más arriba reflejada- de que “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”. Hay que convenir en que esta circunstancia constituye sin duda una de las causas más características de la expansión de la legislación puramente simbólica. Sin embargo, si proyectamos dicha afirmación sobre los delitos económicos, mi percepción de la realidad es, desde luego, bien distinta; incluso diría que la contraria. De hecho, la conclusión que tradicionalmente se ha venido extrayendo de las investigaciones criminológicas confirma esta impresión: el ciudadano medio no tiene conciencia de la gravedad de esta criminalidad y por tanto aquí el riesgo objetivo es muy superior a la sensación subjetiva. Una de las causas de la insuficiente represión de los delitos económicos estriba en su “neutralidad” o “apariencia externa de licitud”⁴⁷.

En segundo lugar, tampoco se puede trasladar a lo económico la idea de que existe un “fenómeno general de identificación social con la víctima (sujeto pasivo) del delito antes que con el autor (sujeto activo)”. De nuevo, la indagación criminológica revela que lo que se ha podido acreditar es justamente lo contrario: es un lugar común en la literatura criminológica afirmar que otra de las causas de la insuficiente represión de los delitos económicos radica justamente en la identificación de la víctima (en muchos casos “diluida” o “difusa”) con el autor del delito⁴⁸.

En tercer lugar, también debe ser objeto de matización, cuando menos, la idea de que vivimos en “una sociedad de ‘clases pasivas’, 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”. Debido a su equivocidad, la descripción de semejante idea es susceptible de inducir a error, puesto que -trasladada a los delitos económicos- puede dar a entender que la tipificación penal de todas las infracciones económicas siempre supone la criminalización de operaciones “meramente arriesgadas” y que además (combinada con la afirmación genérica antecitada de que hay sectores doctrinales que proporcionarían una cobertura ideológica a esta expansión) existe un respaldo doctrinal que avalaría esta última decisión.

Frente a esta impresión hay que recordar que la doctrina penalista que se ha ocupado del tema (en la que me incluyo) nunca ha propuesto la elevación a delito de acciones que comporten la realización de meras conductas de riesgo, consustanciales al mundo de los negocios. Antes al contrario, guiada siempre por principios restrictivos de la intervención penal en este terreno, la doctrina especializada ha propugnado únicamente la criminalización de las infracciones económicas de mayor gravedad, de acuerdo con una concepción material del bien jurídico, y además sólo frente a las modalidades de ataque más intolerables. Y no sólo eso, sino que para estas infracciones verdaderamente graves dicha doctrina ha solicitado, a mayor abundamiento, el respeto más escrupuloso de los principios garantistas, entre los que justamente se cuenta en concreto la exigencia de niveles cualificados de riesgo para la interpretación de los tipos penales económicos, dejando, pues, consiguientemente un amplio espacio de juego para la apreciación del riesgo permitido en este ámbito penal.

47 Vid. MARTINEZ PEREZ, *El delito fiscal*, 1982, pp. 60 s., en donde cito los clásicos trabajos de SCHNEIDER, MERGEN y TIEDEMANN.

48 Vid. MARTINEZ PEREZ, 1982, p. 61 ss. En concreto en referencia a la delincuencia fiscal, vid. las investigaciones (que cito en bibliografía) de STRÜMPPEL y MÖNCH sobre la situación alemana, MIDDENDORFF sobre la de los EEUU y SERRANO GOMEZ sobre la española.

4.2.2. La inadecuada generalización (simplificación) de lo “económico”

Según se ha indicado, una de las características comunes a la posición de los partidarios de la teoría del *Big Crunch* consiste en descalificar globalmente la presencia de los delitos económicos en las modernas legislaciones penales. Sin embargo, comoquiera que nos encontramos con figuras delictivas de contenido muy diverso, resulta imprescindible entrar a aclarar el significado de la categoría de los delitos económicos.

4.2.2.1. La inclusión de lo “socio-económico”

Es más, con carácter previo a dicha clarificación, de entrada convendría incluso comenzar por acotar el ámbito delictivo de lo genuinamente económico, puesto que frecuentemente se utiliza la expresión “socio-económico” para aludir a una categoría más amplia, que, además de los delitos económicos propiamente dichos, engloba infracciones que desde la perspectiva de su contenido sustancial no afectan al orden económico, de conformidad con los criterios de identificación de esta categoría⁴⁹.

La cuestión no es baladí porque precisamente bajo el manto del elemento compositivo “socio” se aglutinan delitos carentes de connotación económica, contruidos en la mayoría de los casos sobre bienes jurídicos de difícil definición, con relación a los cuales sí pueden identificarse claros ejemplos de legislación penal simbólica. Así, v. gr., sucede en la vigente legislación penal española con los delitos relativos a la ordenación de territorio⁵⁰ o con algunos de los delitos referentes a los recursos naturales y al medio ambiente⁵¹.

Ello no obstante, y aunque ciertamente la mayoría de estas infracciones carezca de legitimidad penal, la habitual acusación de simbolismo dirigida al denominado delito ecológico (en la actualidad en el art. 325 del C.p. español) me parece discutible. Ciertamente, dicho delito no pertenece, a mi juicio, a la categoría de los delitos económicos⁵²; no obstante, reviste interés efectuar aquí una serie de matizaciones sobre la deslegitimación penal de esa infracción, en la medida en que se cita críticamente como ejemplo de infracción propia del Derecho administrativo sancionador y como paradigma de delito con daño acumulativo⁵³.

49 Vid. tales criterios en MARTINEZ-BUJAN, P.G., pp. 59 ss.

50 Parece claro que, al menos si se atiende a la tipificación efectuada por el C.p. de 1995, nos hallaríamos aquí ante un claro ejemplo de legislación simbólica. Vid. por todos CORCOY, **Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales**, 1999, p. 202.

51 Es usual en nuestra doctrina aludir genéricamente a todo el capítulo III del título XVI del libro II del vigente C.p. español como ejemplo de legislación simbólica. Vid. por todos recientemente, MUÑOZ CONDE, L.H. Valle, 2001, pp. 570 s.

52 Es evidente que el medio ambiente no es un bien jurídico económico propiamente dicho, puesto que, aunque su vulneración puede poseer un contenido económico, no es ésta obviamente la razón de ser de su tipificación, habida cuenta de que en última instancia lo que se pretende proteger es la salud y la vida de las personas (vid. por todos últimamente HORMAZABAL, L.H. Valle, pp. 1424 s., quien acertadamente precisa que con la tutela del bien jurídico medio ambiente no se trata de proteger la naturaleza en cuanto valor en sí mismo considerado, como valor abstracto, sino en la medida en que se halla al servicio del hombre; lo contrario únicamente conduce a un “fundamentalismo ecológico”). En definitiva, el bien jurídico medio ambiente debe ser concebido como un bien jurídico espiritualizado o institucionalizado (una simple abstracción conceptual), toda vez que la lesividad material (y lo que fundamenta la legitimidad de la intervención penal) reside en el peligro para la vida y la salud de las personas. Por consiguiente, conviene insistir en que es la afectación a estos bienes jurídicos fundamentales individuales -que ciertamente deberían ser exigencias inexcusables de esta figura- la que otorga un contenido material de lesividad, que no poseen otros delitos contra los recursos naturales o los delitos contra la ordenación del territorio. Lo que sí podría discutirse es si la afectación a tales bienes jurídicos individuales debe incluir las generaciones futuras: a mi juicio, la respuesta debe ser afirmativa, dado que no puede limitarse la participación en el contrato social a los individuos que viven en un determinado momento (en este sentido, vid. SCHÜNEMANN, 1996, pp. 192 s.).

53 Así, vid. SILVA, 1999, pp. 106 s.

En mi opinión, no se puede compartir la deslegitimación que, de plano, se efectúa de esta figura delictiva. Y ello por dos clases de razones. De un lado, porque no puede ser incluida, en rigor, en alguna de las categorías típicas del Derecho penal simbólico tal y como éste se ha definido más arriba: en efecto, frente a lo que se esgrime por algunos, hay que oponer que en el terreno de la delincuencia ambiental el Derecho penal ha demostrado su eficacia, siendo útil para la prevención de delitos⁵⁴, y que además su contenido no va más allá del efecto de confirmación del orden social básico en ciudadanos con capacidad delictiva. De otro lado, en lo tocante a la acusación de delito acumulativo que no ofrece posibilidad de introducir elementos de lesividad concreta⁵⁵, habría que matizar que si bien es certera la apreciación que califica al delito ecológico como delito acumulativo, lo que no puede admitirse sin correcciones es la afirmación de que -lisa y llanamente- carece de lesividad concreta y que, en particular, su sanción se basa en una violación del principio de culpabilidad por tratarse de una sanción “*ex iniuria terti*”. En efecto, el delito ecológico puede ser calificado de acumulativo desde la perspectiva de la lesión efectiva de los bienes jurídicos individuales, pero es incuestionable que la conducta delictiva de un sujeto en concreto (por muy modesta que sea esa contribución) es ya peligrosa para los referidos bienes jurídicos individuales; es más, estamos ante un supuesto que estructuralmente cabe calificar de verdadera “*autoría accesoria*” con respecto a los resultados lesivos⁵⁶. Por tanto, no resulta totalmente correcto afirmar que existe aquí una violación del principio de culpabilidad, dado que el autor de la infracción individual no va a ser castigado con la pena que le correspondería por las muertes o lesiones causadas a un nutrido grupo de personas, sino por la parte alícuota que le corresponde por su contribución a cada uno de esos resultados lesivos, al estilo de lo que sucede en los casos de *autoría accesoria*. Lo que sí podría ser invocado es el conflicto con el principio de proporcionalidad, sobre todo en regulaciones penales como la prevista en el C.p. español en donde se anuda una penalidad de notable entidad (prisión que puede llegar hasta los cuatro años, amén de otras sanciones), para una conducta que no necesariamente exige un peligro para la salud de las personas; en tal caso, puede entenderse que infringe el principio de proporcionalidad un delito que castigue con pena privativa de libertad la conducta que, aisladamente considerada, no encierra un riesgo relevante para un bien jurídico individual⁵⁷.

54 Vid. las acertadas consideraciones de CORCOY, 1999, pp. 200 s.

55 Acusación formulada por los partidarios de la teoría del *Big Crunch*: vid. SILVA, 1999, p. 104.

56 El propio SILVA (1999, p. 112 y n.194) viene a reconocer esta última apreciación. Y es que, en efecto, no cabe desdeñar los recientes datos de estudios epidemiológicos que unánimemente confirman que un determinado porcentaje (variable de unos estudios a otros, pero significativo en cualquier caso) de tumores malignos tienen su origen en la contaminación ambiental.

57 Con todo, ello no quiere decir que tal infracción deba ser relegada a la órbita administrativa. Razones basadas en la ineficacia de la sanción administrativa, unidas a la conveniencia de contar con las garantías de la jurisdicción penal, deberían conducir a mantener el castigo en el ámbito del Derecho penal, aunque ciertamente se renunciase a la previsión de la pena privativa de libertad. Por su parte, SILVA (1999, p. 112 y n. 194), en referencia genérica a cualquier delito acumulativo, también admite que, si se renuncia a la pena de prisión, pueda recurrirse al Derecho penal.

Ahora bien, si el tipo penal ecológico se construye exigiendo una potencialidad para afectar a la salud de las personas (o incluso exigiendo una afectación directa a las condiciones de vida) y se entiende que la conducta individual -por más que represente una aportación nimia aisladamente considerada- puede concebirse como co-constitutiva de la lesión de los antecitados bienes jurídicos fundamentales, no veo inconveniente alguno para definir un delito sancionado con pena de prisión, aunque ciertamente no pueda ser una pena de gravedad para evitar la vulneración del principio de proporcionalidad. Del mismo modo que debe ser castigado con pena privativa de libertad el sujeto que contribuye a causar la muerte o lesiones de otro aportando una dosis insuficiente de veneno en un caso de *autoría accesoria*, también debe serlo el autor del delito ecológico definido según los devandichos criterios: estaríamos realmente ante un supuesto de *autoría accesoria* elevado a la categoría de delito independiente, por la razón de que aunque se sabe sin duda que una conducta individual contribuyó a afectar la salud de algunas personas, nunca se podrá demostrar, salvo casos extremos, cuáles fueron en concreto las personas a la postre afectadas.

4.2.2.2. Delitos económicos orientados a la tutela inmediata del patrimonio individual y mediata de un bien colectivo

Si dejamos a un lado la connotación amplia proporcionada por el lexema “socio” y nos adentramos ahora en el terreno de los delitos económicos propiamente dichos, podremos comprobar que -con independencia de las peculiaridades que puedan ofrecer las clasificaciones efectuadas por la doctrina- la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos es diferente en cada caso, en virtud de lo cual cabe asegurar que nos enfrentamos ante un grupo muy heterogéneo de infracciones que presenta unos perfiles muy distintos en cada caso desde la perspectiva de su legitimidad político-criminal.

Por de pronto, conviene tener en cuenta que entre los delitos económicos la doctrina española especializada suele incluir delitos cuyo bien jurídico directamente tutelado no es de naturaleza supraindividual, **sino puramente individual** (el patrimonio), por más que se considere que mediatemente pueden afectar al orden económico⁵⁸. Podríamos, pues, decir que en estos casos estamos ante delitos acumulativos desde la perspectiva del bien jurídico mediato, lo cual no posee relevancia desde el punto de vista técnico de la interpretación del tipo penal⁵⁹, aunque sí puede cobrar algún relieve (como un argumento más) de cara a la cuestión de la legitimación de la intervención penal (lesividad en abstracto). A este esquema se ajustarían los delitos societarios (salvo la figura del art. 294), los delitos contra la propiedad industrial, los delitos de competencia desleal y (si se opta por incluir esta categoría entre los delitos económicos) los delitos de insolvencias punibles. Ahora bien, obsérvese que en el seno de estas familias delictivas la presencia de un bien jurídico individual perfectamente delimitado, como es el patrimonio, no permite asegurar en todo caso la legitimidad de la intervención penal. Es cierto que en la mayoría de los delitos que se integran en los grupos acabados de mencionar no se suscitarán dudas en cuanto a su lesividad penal, pero existen algunos supuestos en que la tipificación penal debe ser censurada: así, claros ejemplos de criticable expansión del Derecho penal pergeñados sobre la base de un bien jurídico de naturaleza individual aparecen representados por las figuras societarias contenidas en los arts. 291 y 293.

⁵⁸ Me parece que es atinada (a la par que muy gráfica) la explicación ofrecida por GALLEGO SOLER (**Patrimonio y perjuicio patrimonial en Derecho penal**, Tesis doctoral, Barcelona 2001, pp. 72 ss. y 535 ss., y pássim), que entronca con una línea sugerida por mí para la comprensión de algunos delitos económicos. Habla este autor de “delitos con referente patrimonial individual mediatizado” para referirse a supuestos en que el único bien jurídico directamente protegido (bien en sentido técnico) es el patrimonio individual, dado que, a diferencia de lo que sucede en delitos contra bienes jurídicos penales de corte supraindividual en sentido estricto (en los que el objeto material se configura intelectualmente), la conducta típica recae aquí sobre un objeto material en el sentido propio del término, o sea, sobre un concreto elemento material; por consiguiente, para la consumación del delito en cuestión no se requiere la afectación a elementos supraindividuales. Ahora bien, la peculiaridad de esta clase de delitos reside en que existe un bien supraindividual que posee relevancia para contribuir a legitimar la intervención penal (lesividad en abstracto). Como ejemplos incardinables en esta categoría cita, ante todo, el caso de algunos delitos societarios, como señaladamente el delito de administración desleal, que técnicamente protege el patrimonio individual, pero que mediatemente se orienta hacia la tutela de un bien supraindividual del orden económico, como es el buen funcionamiento de las sociedades mercantiles. Del mismo modo, incluye este autor otros delitos societarios (como los contenidos en los arts. 290 y 291), así como los delitos de insolvencias punibles. En esta línea de pensamiento, y frente a lo que indicaba HASSEMER, habría que situar aquí el nuevo delito alemán de estafa de crédito (art. 265 b StGB).

⁵⁹ De ahí que no puedan ser aceptadas las tesis de aquellos autores que sitúan en un primer plano, como bien directamente tutelado, un interés supraindividual que de algún modo debe verse afectado en el caso concreto. Por esta vía se introduciría un factor de restricción injustificado en la exégesis de aquellos tipos penales que desde el punto de vista de la lesividad concreta son tipos que se agotan en la lesión del bien jurídico individual.

4.2.2.3. Delitos económicos orientados a la tutela de un bien supraindividual institucionalizado con referente patrimonial individual

Por su parte, y del mismo modo, en el caso de delitos económicos contruídos a partir de la vulneración de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos habrá que proceder a un examen particularizado de las diferentes infracciones con el fin de dilucidar si la intervención del Derecho penal (y, en su caso, la del Derecho de la pena privativa de libertad) se halla, o no, justificada, sin que pueda aceptarse una descalificación global y apriorística de tales delitos, fundamentada exclusivamente en el dato de construirse en torno a bienes jurídicos de índole supraindividual. La diversidad de los bienes jurídicos implicados obliga a ese análisis pormenorizado.

Así, dentro de los delitos con bien jurídico supraindividual o colectivo⁶⁰ es preciso diferenciar los casos en que se tutelan intereses sociales generales (o sea, intereses pertenecientes a la generalidad de las personas que se integran en la comunidad social) de aquellos otros en que se protegen bienes que no se atribuyen a la totalidad de las personas, sino a amplios grupos de individuos, y que se caracterizan por reflejar la suma de los intereses individuales de una multitud de personas. La justificación de la intervención del Derecho penal ofrece perfiles diferentes en ambos casos.

Comenzando por el **segundo de los casos citados**, hay que aclarar que aquí el bien jurídico que en última instancia se preserva es en realidad de naturaleza individual⁶¹, por lo que **conceptualmente** no hay problema a la hora de identificar en principio un auténtico bien jurídico penal, que en la mayoría de los casos será el patrimonio de las personas. Así las cosas, la posible crítica de los partidarios de la teoría del *Big Crunch* tendría que dirigirse aquí más bien hacia la técnica de tipificación, dado que el medio utilizado es el tipo de peligro abstracto. Y en este sentido cabe recordar que la escuela de Frankfurt ha venido orientando sus esfuerzos a criticar acerbamente con carácter general la categoría de los tipos de peligro abstracto⁶².

Por consiguiente, es imprescindible efectuar una serie de precisiones sobre los tipos de peligro abstracto en los delitos supraindividuales con bien jurídico espiritualizado o institucionalizado referido a bienes individuales.

Y es que, en efecto, conviene observar que la censura de los tipos de peligro abstracto que genérica e indiscriminadamente se efectúa por parte de los autores de la escuela de Frankfurt pasa por alto que en este grupo de delitos estamos -como queda dicho- en presencia de un bien jurídico espiritualizado o institucionalizado **con referente individual**, lo cual implica que la propia configuración del bien jurídico, como suma de multitud de patrimonios individuales, no admita otra forma de tipificación que la del recur-

60 Sigo la clasificación ya expuesta en MARTINEZ-BUJAN, P.G., pp. 93 ss., que por tales motivos (sobre todo el de la legitimidad de la intervención penal) me parece preferible a otras clasificaciones.

61 Es cierto que en la doctrina se ha sostenido la tesis de que en el grupo de delitos que se comenta se protegería un bien supraindividual en sentido técnico, sin necesidad de referirlo a bienes jurídicos individuales. Esta tesis encuentra su formulación más genuina en la construcción de TIEDEMANN de los denominados bienes jurídicos intermedios. Sin embargo, según he tratado de fundamentar en otro trabajo, recurrir a dicha tesis para legitimar la intervención del Derecho penal en esta clase de infracciones no sólo es innecesario, sino que incluso puede resultar un obstáculo para conseguir el fin pretendido (vid. MARTINEZ-BUJAN, P.G., pp. 100 ss.). El caso paradigmático es el de los delitos económicos relativos a los consumidores (sección 3ª, capítulo XI del libro II del C.p. español). Y, por tanto, también sería un claro ejemplo el delito alemán de estafa de inversión de capital (art. 264 a StGB), criticado por los autores de la escuela de Frankfurt. Sobre ello vid. por todos PUENTE ABA, **Los genuinos delitos socioeconómicos de consumidores**, Tesis Doctoral, A Coruña 2001.

62 La crítica fue emprendida ya por HASSEMER, NStZ, 1989, pp. 553 ss., y retomada después por otros autores como HERZOG o PRITTWITZ.

so a la técnica de los tipos de peligro abstracto. Por ende, hay que insistir en el dato de que no se trata de peligro abstracto para el bien colectivo (v. gr., el interés del grupo colectivo de los consumidores en la veracidad publicitaria), dado que en realidad dicho bien, en tanto que bien institucionalizado, no es más que una mera abstracción conceptual, que, por cierto, podemos afirmar que se “lesiona” en cuanto pura abstracción, pero se lesiona en tanto en cuanto que (y sólo en esa medida) se pone en peligro el patrimonio de cada una de las personas que integra el grupo colectivo de sujetos pasivos, y cuya afectación es la que legitima verdaderamente la intervención del Derecho penal.

En suma, si se admite el recurso al Derecho penal para proteger bienes jurídicos individuales tradicionales (como la salud o el patrimonio) frente a las agresiones características de la sociedad moderna, que se desarrollan en el marco de los “contextos de acción colectivos”, hay que tener en cuenta que la única técnica de tutela imaginable es la de acudir a los delitos de peligro y, fundamentalmente, a través de los delitos de peligro abstracto. Una cosa implica la otra. El delito de peligro abstracto comporta el empleo de una técnica que va indisolublemente ligada a la protección penal anticipada de aquellos bienes jurídicos. Es más, creo que hay que compartir la opinión de SCHÜNEMANN, cuando con carácter general afirma que la radical oposición de la escuela de Frankfurt al delito de peligro abstracto supone hacer fracasar el Derecho penal en su tarea de protección de bienes jurídicos (fundamentales), al ignorar las condiciones de actuación de la sociedad moderna. Y ello resulta entonces reaccionario porque -entre otras razones- bloquea la necesaria aportación de la Ciencia penal a una legitimación críticamente constructiva de dichos tipos⁶³.

4.2.2.4. Delitos económicos orientados a la tutela de un bien supraindividual general institucionalizado sin referente individual

En lo que atañe al primero de los grupos antecitados, o sea, al de los intereses generales, también es menester diferenciar diversos supuestos.

Por una parte, se hallan los tipos delictivos económicos pertenecientes al **Derecho penal económico-administrativo**, o, lo que es lo mismo, los delitos que afectan al orden económico en sentido estricto, caracterizados por el dato de que afectan a la regulación jurídica de la intervención del Estado en la economía.

Ahora bien, es muy importante matizar que esta caracterización no prejuzga cuál sea el bien jurídico tutelado en sentido técnico, puesto que para que el orden económico en sentido estricto pueda ser considerado como un bien jurídico penal en algunas figuras delictivas es preciso aclarar que tal consideración sólo es sostenible en la medida en que se matice que dicho orden económico, entendido como regulación jurídica, se concreta en un específico y determinado interés jurídico del Estado, diferente en cada delito en particular⁶⁴.

63 SCHÜNEMANN, 1996, p. 200. Ilustrativa es al respecto la opinión de SANCHEZ GARCIA DE PAZ (1999, pp. 76 s.), quien, pese a mostrarse en principio crítica hacia la tutela de los bienes colectivos a través de la técnica del peligro abstracto, reconoce paladinamente que “la protección del bien jurídico individual frente a conductas con amplia capacidad de difusión ofensiva es (scil. el dato) que apoya más decisivamente la construcción del bien jurídico colectivo”.

64 A mi juicio, una adecuada comprensión del problema del bien jurídico en los delitos contra el orden económico en sentido estricto exige diferenciar realmente también un bien jurídico mediato, que se caracteriza en todo caso por tratarse de un bien colectivo **inmaterial** o **institucionalizado** (integrado por el orden económico general, aunque éste sea susceptible de subdivisión de acuerdo con sus diversas funciones), y un bien jurídico **inmediato**, que es el interés directamente tutelado en sentido técnico (vid. MARTINEZ-BUJAN, P.G., pp. 98 ss.).

Y esta última precisión resulta de la mayor trascendencia a los efectos de examinar la legitimidad de la intervención del Derecho penal de la pena privativa de libertad en tales delitos. De ahí se deduce que habrá supuestos en que dicha intervención puede no estar plenamente justificada (ej. arts. 294 y 310 C.p., en donde el injusto se construye esencialmente sobre la simple infracción de determinados deberes extrapenales), y habrá otros en que sí lo esté (ej. arts. 305, 306 y 307, a través de los cuales se trata de tutelar inmediatamente un bien jurídico específico, cuya vulneración entraña una lesividad concreta).

Por otra parte, existen autónomamente, a su vez, auténticos intereses jurídicos supraindividuales de **carácter social general**, que, como sucede con el libre mercado (o libre competencia) resultan ya **directamente** tutelados en sentido técnico sin necesidad de efectuar ulteriores matizaciones. En la medida en que a través de la protección de tales intereses se pretende preservar inmediatamente el propio funcionamiento del sistema de economía de mercado no parece que existan dudas acerca de la legitimidad de la intervención del Derecho penal. El ejemplo característico en nuestro texto punitivo sería el delito de maquinaciones para alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia (art. 284 C.p.), que -con una redacción que no ha sufrido modificaciones sustanciales desde su introducción en el C.p. español de 1848- no puede ser concebido, por cierto, como paradigma de un Derecho penal “moderno”, producto de la expansión actual⁶⁵.

4.2.2.5. En particular: la errónea configuración del delito de defraudación tributaria

Según se acaba de indicar, este delito constituye el ejemplo más representativo de delito orientado a la tutela de un bien supraindividual general institucionalizado sin referente individual. Su interés teórico y práctico, así como su larga tradición en algunas legislaciones penales, justificaría ya *per se* destinar un apartado específico al examen de la legitimidad político-criminal de esta figura. Ello no obstante, la conveniencia de dicho examen se ve reforzada por otros factores ulteriores.

Por un lado, los partidarios de la teoría del *Big Crunch* han recurrido a esta figura delictiva para ilustrar el fenómeno de la expansión del moderno Derecho penal y para ejemplificar la categoría de infracción artificial, que refleja la criticable “administrativización” del Derecho penal.

Por otro lado, el interés se ve acrecentado, desde el momento en que este delito se suele mencionar como prototipo de delito acumulativo. En este sentido, literalmente ha escrito SILVA que “una sola defraudación tributaria, aunque sea de más de 15 millones de pesetas (caso español) ... no pone en peligro el bien jurídico representado por el proceso de redistribución de la renta, etc. Lo peligroso sería aquí el efecto sumativo. Luego entonces no es la conducta individual la lesiva, sino su acumulación y globalización. Desde perspectivas de lesividad concreta, no hay base para la intervención penal, aunque el significado global, sectorial del ‘género’ de conductas puede justificar claramente la intervención del Derecho administrativo ...”⁶⁶.

65 Vid. por todos BRAGE CENDAN, **Los delitos de alteración de precios**, Granada 2001, pp. 147 ss. Por lo demás, obsérvese que, aunque quepa asegurar que el citado delito se halle emparentado con los delitos económicos de consumidores, desde el punto de vista técnico la proyección **general** de su bien jurídico permite diferenciarla de los genuinos delitos de consumo. Y de los denominados delitos económicos en sentido estricto se distingue a su vez en que, si bien es cierto que se trata de tutelar intereses sociales generales, no pertenecen al ámbito del Derecho administrativo económico, concebido como actividad reguladora del Estado en la economía (vid. MARTINEZ-BUJAN, P.G., pp. 106 s.).

66 SILVA, 1999, p. 106. Se trataría, en suma, de un supuesto característico que permite explicar el cambio de modelo del delito de lesión de bienes individuales al modelo de delito de peligro de bienes supraindividuales, o sea, un supuesto que evidencia el tránsito hacia un sistema de protección de “contextos” cada vez más genéricos de bienes jurídicos clásicos, en los que lo determinante no es el riesgo en sí mismo relevante e imputable personalmente a un sujeto determinado, sino la visión macroeconómica o macrosocial (vid. pp. 97 ss.).

A lo anterior cabe añadir la crítica que el propio SILVA expone en otro trabajo, a saber, que el delito de defraudación tributaria se basa en un modelo de protección de la Hacienda pública que se sustrae a la lógica del modelo de la estafa⁶⁷.

Pues bien, a la vista de tales consideraciones críticas acerca de la legitimidad del delito de defraudación tributaria procede responder desde una triple vertiente, dado que en cada una de esas vertientes se ofrece un análisis que -a mi juicio- se apoya en premisas inadecuadas: el diagnóstico de la expansión del Derecho penal en este ámbito, la caracterización del bien jurídico y la comparación con el modelo de la estafa.

4.2.2.5.1. *El enfoque en el diagnóstico*

En primer lugar, habría que entrar ya a poner en tela de juicio la utilización del delito de defraudación tributaria como ejemplo de “moderno” Derecho penal que ilustra el fenómeno de la expansión. Y es que, en efecto, si se pone en relación este aserto con otras afirmaciones referentes al actual movimiento de reforma del Derecho penal español y a la reciente doctrina penal española, puede extraerse la conclusión (sugerida incluso explícitamente por SILVA con carácter general, según señalé más arriba) de que la criminalización de la defraudación tributaria representa uno de los ejemplos paradigmáticos de decisión muy reciente del (“irreflexivo y superficial”) legislador español y que es fiel exponente de la tónica “huida” hacia el Derecho penal, amparada en la elaboración teórica de ciertos penalistas (que no aparecen identificados, pero entre los cuales yo indudablemente me incluyo) que “empiezan a proporcionar una cobertura ideológica de la que hasta hace poco carecía”.

Frente a semejantes observaciones hay que responder que el diagnóstico es totalmente equivocado, se mire por donde se mire. Desde luego ni este delito es un invento exclusivo del legislador hispánico, sino que cuenta con larga tradición en otros países de nuestro entorno jurídico⁶⁸, ni tampoco puede decirse que carezca de antecedentes en nuestra legislación penal⁶⁹. Por lo demás, en su versión moderna la criminalización de la defraudación tributaria proviene ya del año 1977⁷⁰, contando con el respaldo de la doctrina especializada dominante, que desde años atrás había ya preconizado la conveniencia de tipificar un delito de estas características⁷¹, respaldo que se mantuvo por parte

67 SILVA, en SALVADOR/SILVA, **Simulación y deberes de veracidad**, Madrid, 1999, pp. 139 s.

68 Así baste con recordar que en Alemania, prescindiendo de otros antecedentes (que hay que rastrear en los 26 *Länder* que hasta 1918 poseían plena autonomía con respecto al Reich en el campo tributario y financiero), la defraudación tributaria figuraba ya como delito en el art. 392 de la primitiva Ordenanza tributaria de 1919 -aplicable ya a todo el territorio federal- con una redacción que en lo sustancial es la que se mantiene en el art. 369 de la vigente Ordenanza de 1977 y que conlleva una notable anticipación de la intervención penal en comparación con la regulación penal española.

69 Desde el C.p. de 1870 existe ya en nuestra legislación histórica el delito de ocultación fraudulenta de bienes o de industria, que permanece después en los Códigos de 1928, 1932 y 1944.

70 Se introduce merced a la Ley 50/1977 (LMURF), que constituyó una de las primeras reformas penales del nuevo régimen democrático. Evidentemente, es importante advertir que la criminalización del moderno “delito fiscal” se halla indisolublemente ligada a la instauración de dicho régimen, dado que, entre otras razones, este delito sería ilegítimo sin la existencia de un control democrático del gasto público.

71 Vid. RODRIGUEZ MOURULLO (**Presente y futuro del delito fiscal**, Madrid, 1974), por citar el trabajo más influyente y representativo, firmado por un prestigioso penalista de inequívoca raigambre liberal, respetuoso con los postulados del Derecho penal clásico, y poco sospechoso de asumir peligrosas tendencias funcionalistas sistémicas. En él -publicado durante el régimen político autoritario, años antes de la implantación del “delito fiscal”- se reflejaba el pensamiento dominante: no se cuestionaba la legitimidad de la intervención penal y simplemente se supeditaba la criminalización al cumplimiento de las “exigencias previas derivadas del Estado de Derecho” (vid. por todos MARTINEZ PEREZ, 1982, pp. 129 ss.).

de la doctrina posterior y que tuvo plasmación en los primeros textos prelegislativos confeccionados para la reforma global de nuestro Derecho penal⁷².

Por otra parte, no cabe ignorar tampoco que -transcurrido el lógico lapso de tiempo inicial sin pronunciamientos judiciales⁷³- el delito de defraudación tributaria ha sido después ampliamente aplicado (paulatinamente cada vez más) por nuestros Tribunales de justicia, los cuales tampoco han puesto en tela de juicio su legitimidad político criminal. Y no podía ser de otro modo, desde el momento en que nuestra jurisprudencia (nada sospechosa tampoco de profesar peligrosas tendencias funcionalistas sistémicas modernas) había ido mucho más allá al venir castigando ya desde el año 1971 como delito de apropiación indebida un supuesto materialmente idéntico al de la defraudación tributaria, esto es, el de la apropiación de la cuota obrera de la Seguridad social por parte del empresario⁷⁴.

En suma, me parece que el diagnóstico referido a delitos como el de defraudación tributaria debería ser descrito justamente al revés: sólo muy recientemente (y por parte de un sector doctrinal minoritario) se ha venido a cuestionar la falta de justificación político-criminal del delito de defraudación tributaria, el cual, por lo demás, no puede ser considerado en rigor como exponente del “moderno” Derecho penal, nacido al calor de la actual sociedad del riesgo.

4.2.2.5.2. *La inadecuada conceptualización del bien jurídico*

Desde el prisma del bien jurídico la posición crítica hacia la legitimidad del delito de defraudación tributaria parte de la base de considerar que esta infracción se construye como un delito acumulativo y que, por tanto, carece de lesividad concreta. Sin embargo, el punto de partida no puede ser admitido, dado que el delito en comentario no es un delito acumulativo: no puede alegarse que dicho punto de partida haya sido sostenido por la opinión mayoritaria en nuestra doctrina especializada y menos aún cabe atri-

72 Me refiero al PLOCP de 1980 y a la PANCP de 1983, en cuya redacción participaron penalistas de incuestionable prestigio, que no creo que merezcan el calificativo de “frivolos”, y menos aún de “superficiales”. Lo que sí es cierto, empero, es que una de las principales razones por las que dichos textos no se convirtieron en Ley radicó en el rechazo manifestado por la elite empresarial española, que se opuso frontalmente a la tipificación de los delitos económicos y, en concreto, al delito fiscal. La cuestión no era baladí porque, según nos ha relatado recientemente alguien (tan bien informado y tan poco sospechoso de radicalismo) como ALBERTO OLIART en su condición de Ministro de Industria y de Defensa durante los primeros y difíciles años ochenta, uno de los factores que proporcionaron el caldo de cultivo para la situación del golpe de Estado del 23F de 1981 fue la oposición empresarial a la reforma fiscal emprendida por el Gobierno de UCD desde el año 1977 (Vid. las declaraciones de ALBERTO OLIART al diario “El País”, del 23 de febrero de 2001).

73 Las razones de ese período de “carencia” son obvias y de diversa índole. Aparte de la complejidad intrínseca del delito y de los defectos de técnica jurídico-penal del tipo (que servirían por sí mismos para explicar el retraso en los pronunciamientos judiciales), es evidente que la implantación de una nueva figura delictiva necesita siempre un período de tiempo para asentarse en la conciencia ciudadana, y máxime cuando se trata de un delito que había sido -eso sí- fuertemente contestado por la elite empresarial española.

74 Sobre ello vid. por todos MARTINEZ PEREZ, EPCr IX, 1985, pp. 87 ss., en donde se analizaba también la conducta plenamente equivalente de la apropiación de las cantidades retenidas en el IRPF por parte del “retenedor” tributario. Repárese en que con este proceder la jurisprudencia estaba utilizando el delito de apropiación indebida para tutelar el patrimonio público, que venía a equipararse así al patrimonio privado. Tan sólo la creación del tipo específico de defraudación a la S.S. en 1995 puso fin a una consolidada línea jurisprudencial. Por lo demás, este ejemplo nos demuestra bien a las claras cómo el Derecho penal “moderno” ha venido paradójicamente a suavizar el rigor de nuestra jurisprudencia, que, en ausencia de tipos penales económicos específicos, no había vacilado a la hora de recurrir a figuras tradicionales para cubrir las lagunas de punibilidad. Y el ejemplo citado no es un caso aislado: así, el delito de apropiación indebida fue utilizado también en ocasiones para castigar simples administraciones desleales (sin auténtica apropiación) de patrimonio ajeno, y el delito de estafa fue también invocado para sancionar supuestos de mero fraude de subvenciones.

buirme a mí tal entendimiento⁷⁵. La invalidez de la crítica de SILVA en este punto estriba, pues, en adoptar como bien jurídico directamente protegido (en sus palabras “el bien jurídico representado por el proceso de redistribución de la renta, etc.”) lo que -a mi juicio- no es más que un bien genérico o mediato, espiritualizado, o sea una simple *ratio legis* o motivo de la criminalización⁷⁶. Por consiguiente, si se asume que el bien jurídico tutelado en sentido técnico no es el bien mediato espiritualizado, sino el patrimonio de la Hacienda pública, concretado en la cantidad que el Erario público deja de recaudar del contribuyente obligado, entiendo que frente a ello no puede objetarse que el delito de defraudación tributaria carezca de lesividad concreta. Recientemente GALLEGO ha venido a explicar convincentemente la presencia de esta lesividad desarrollando la tesis de que el bien jurídico directamente protegido es el patrimonio público concebido funcionalmente⁷⁷, tesis que considero plenamente identificable con la sostenida por mí⁷⁸.

75 Ello no obstante, SILVA (vid. SALVADOR/SILVA, p. 139) parece asignarme el desarrollo más claro de ese planteamiento. Frente a dicha asignación debo aclarar que, precisamente, lo que he intentado demostrar en diversos trabajos es que no me parece adecuada la tesis de un sector doctrinal que -con matices diferenciales en cada caso- coincide en afirmar que el bien jurídico directamente protegido reside en las “funciones del tributo” (o expresión similar). A partir de esta última premisa sí podría poseer cierta coherencia la conclusión político-criminal que SILVA obtiene de ella en orden a la ilegitimidad de la intervención del Derecho penal en este ámbito; sin embargo, la perspectiva se ve totalmente modificada si se parte de la base de que el bien jurídico en sentido técnico, directamente protegido, es el patrimonio del Erario (la recaudación tributaria), que es el que posee relevancia dogmática, mientras que las aludidas funciones del tributo no representan más que el bien jurídico mediato o *ratio legis* de la criminalización (vid. ya mi Prólogo a BRAN-DARIZ, 2000, p. 23 n. 7).

76 Vid. MARTINEZ-BUJAN, EPCr, XVIII, pp. 171 y ss. y **Los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social**, Madrid 1995, p. 25. De las abundantes páginas dedicadas por mí a la cuestión del bien jurídico en este delito, sólo quisiera volver a traer a colación algo que no siempre ha sido correctamente interpretado: cuando yo recurro a la teoría del bien intermedio, espiritualizado o con función representativa, para explicar la caracterización del bien jurídico en este delito, lo hago en un sentido que no coincide plenamente con el propugnado por otros penalistas que, como TIEDEMANN, SCHÜNEMANN o JAKOBS, también han aludido (a su vez con matices diversos) a dicha teoría. En efecto, la importante nota diferencial de mi caracterización reside en que el denominado bien representante o intermedio (la recaudación tributaria) es el auténtico bien jurídico directamente protegido, mientras que para dichos penalistas el bien jurídico en sentido técnico es el bien colectivo inmaterial representado. Interpretando certeramente mi posición al respecto, vid. recientemente GALLEGO, 2001, pp. 686 s.

Esta aclaración no sólo reviste interés para salir al paso de la objeción de SILVA, sino también para permitir diferenciar mi posición de otras tesis recientes, como la de CORCOY, quien emplea la terminología del bien jurídico intermedio o con función representativa en el mismo sentido otorgado por los mencionados autores alemanes; eso sí, para criticarlo. La peculiaridad de la posición de esta autora radica en que niega la existencia del bien intermedio o con función representativa y sitúa el bien jurídico técnicamente tutelado en el bien colectivo inmaterial, sobre la base de estimar que este último es el que se ve ya efectivamente lesionado mediante un comportamiento individual, en la medida en que la lesión se concibe como “afectación” y no como destrucción (vid. CORCOY, 1999, pp. 260 ss.). Por mi parte, considero que, sin poner en tela de juicio en principio la virtualidad de esta última afirmación (que puede ser válida para ilustrar la configuración de otros bienes supraindividuales como el medio ambiente o el libre mercado), dicha idea no puede ser trasladada para la comprensión de delitos tales como el de defraudación tributaria, en donde es posible hallar un bien jurídico dotado de mayor concreción y susceptible de ser lesionado (y destruido) ya por una conducta defraudatoria individual; de lo contrario, pueden surgir los problemas de legitimación denunciados por SILVA, vinculados a la teoría del delito acumulativo.

77 Vid. GALLEGO, 2001, pp. 689 ss., quien parte de un concepto unitario (o de referencia) de patrimonio, válido tanto para los delitos contra el patrimonio individual como contra el patrimonio público, que luego deberá ser concretado en cada una de las figuras de delito a la vista de la configuración típica. De ahí que -siguiendo las construcciones de TIEDEMANN y DE LA MATA- concluya que las notas que definen el patrimonio público son su carácter circulante y su subordinación a fines concretos, fines “que no son otros que los de optimizar los medios financieros en beneficio de la colectividad conforme a lo dispuesto normativamente” (p. 690). A mi juicio, tales consideraciones son certeras, si bien son susceptibles de una ulterior precisión, que efectué en la nota siguiente con respecto a la aludida subordinación a fines concretos.

78 Ello se infiere paladinamente ya de lo escrito en mi última publicación sobre la materia (vid. MARTINEZ-BUJAN, P.E., 1999, pp. 329 ss.), en donde tras señalar que “el bien jurídico inmediatamente protegido es el patrimonio de la Hacienda pública, concretado ... en la recaudación tributaria” (p. 329), agregó

La lesividad concreta del delito de defraudación tributaria reside, pues, en la afectación que produce al patrimonio público dejar de ingresar en las arcas de la Hacienda pública (o, en el caso de las devoluciones indebidas, ocasionar una disminución patrimonial) una cuantía superior a quince millones de pesetas. Ciertamente, como aclara GALLEGO, es obvio que el sistema de aplicación del gasto público no se ve lesionado materialmente en su globalidad, pero sí que hay una afectación al sistema de gestión del tributo en cuestión y, por ende, a las finalidades socioeconómicas previstas constitucional y legalmente⁷⁹. En suma, el citado perjuicio patrimonial efectivo para las arcas del Erario siempre poseerá una repercusión determinada e ineluctable (por más que en principio sea inespecífica) en algún sector del gasto público (sean menos médicos o camas hospitalarias, sean menos profesores, etc.), y aquí estriba sencillamente la dimensión institucional-funcional que se ve menoscabada por la defraudación. Así las cosas (y aunque la cuestión no posea excesiva relevancia a los efectos de la interpretación de este delito), a mi juicio es incuestionable, por lo demás, que el bien jurídico “patrimonio del Erario” o “recaudación tributaria”, se lesiona en el sentido de “destrucción”, del mismo modo que se destruye el bien jurídico patrimonio en el delito de estafa, en virtud de lo cual no hay necesidad de recurrir aquí al argumento de concebir la lesión como “afectación”⁸⁰.

que “es importante advertir que, a diferencia de la noción de perjuicio patrimonial característico de los delitos contra el patrimonio individual (señaladamente la estafa), en el delito fiscal el alcance del perjuicio típico aparece integrado fundamentalmente por frustraciones de expectativas de ingreso en las arcas de la Hacienda pública ...”. Ahora bien, con relación a esto último y al hilo de su diferenciación con lo que sucede en el delito de fraude de subvenciones, hacía más además las precisiones de ASUA: “en materia tributaria, el déficit recaudatorio derivado del fraude fiscal afecta de forma general e inespecífica (salvo tributos determinados conectados a una aplicación muy concreta) al desarrollo posterior de las obligaciones y funciones públicas de distribución y aplicación de recursos a fines de interés general”, de ahí que “la apelación a estos fines constituye la ratio fundamentadora de la obligación contributiva (scil., el bien jurídico mediato inmaterial representado, añado yo), y por ello de la incriminación de los delitos tributarios, pero no puede operar como objeto específico de tutela de tales delitos”. Por el contrario, “en el fraude de ayudas públicas se perjudica de forma concreta un destino ya determinado, decidido conforme a las pautas procedimentales y materiales que vinculan a los poderes públicos ...”, de ahí que “la lesión o el peligro de una aplicación incorrecta del gasto en este campo sólo puede enjuiciarse desde su adecuación a las pautas legalmente establecidas, de conocimiento público, respecto a las condiciones y fines a alcanzar con la asignación presupuestaria en cuestión” (vid. MARTINEZ-BUJAN, P.E., 1999, p. 386, y L.H. Torío, p. 839).

79 Cfr. GALLEGO, 2001, p. 699, quien acertadamente aclara que “el sistema del gasto público sigue existiendo, pero las posibilidades de actuación se ven menoscabadas por el detrimento que se produce en las arcas públicas: menos ingreso supone menos posibilidad de gasto, y precisamente en eso es donde radica el perjuicio patrimonial en este delito”. En atención a esta última aclaración entiendo que resulta ya preferible hablar de “la recaudación tributaria”, como concreción específica del patrimonio público. Por lo demás, el razonamiento expuesto sería *mutatis mutandis* trasladable a otros delitos materialmente análogos como el fraude de subvenciones, en el que la lesividad concreta estriba en la frustración del fin concreto de la ayuda pública de que se trate en el sentido explicado en la nota anterior, y sin que posea aquí incidencia el bien mediato de la redistribución de rentas. Por este motivo no puede admitirse la objeción de HASSEMER (1999, p. 55), cuando, en referencia al delito alemán de la estafa de subvenciones (art. 264 StGB), indica que sólo requiere la prueba de la acción incriminada, dejando al juez prácticamente sin criterio hermenéutico alguno.

80 De ahí que -pese a compartir toda la exposición de GALLEGO- no pueda, empero, estar de acuerdo en concreto con el matiz que este autor introduce a la hora de señalar que en el delito en comentario la lesión debe ser concebida como “afectación” y no como destrucción, arguyendo que una conducta defraudatoria individual “no destruye *per se* el patrimonio público” (p. 698). Aparte de lo que digo a continuación en el texto, creo que con esta última afirmación se incurre en un equívoco, propiciado por una indebida asunción de la idea (más arriba apuntada) sugerida por un sector doctrinal alemán y español (entre otros por CORCOY), consistente en entender que en **todos** los bienes jurídicos supraindividuales inmateriales puede existir una verdadera lesión, siempre que se conciba como afectación y no como destrucción. En principio, yo no discuto esta idea, que admito que pueda ser aplicable a otros delitos con bien jurídico colectivo y que en el delito en comentario es también trasladable a lo que yo he calificado como bien **mediato** inmaterial institucionalizado (las funciones del tributo); pero lo que pongo en cuestión es que sea trasladable al bien jurídico directamente protegido (el **patrimonio público**) que no es, desde luego, un bien “inmaterial”. Si partimos de un concepto unitario de patrimonio (por más que se conciba funcionalmente), es evidente que este bien jurídico será **material** y que resultará lesionado en la medida en que el Erario se vea privado de los millones de pesetas a que tenía derecho, del mismo modo que sucede con el patrimonio privado, aunque el **perjuicio** se conciba de forma diferente en cada caso.

Y esta última conclusión en modo alguno puede verse empañada por el dato de que en el caso que nos ocupa se trate de un bien jurídico colectivo. Frecuentemente se incurre al respecto en la confusión entre plano abstracto y plano concreto del sustrato del bien jurídico: como con razón se ha señalado ya en nuestra doctrina, para poder hablar de la “lesión” de un bien jurídico colectivo no es preciso acreditar que, como consecuencia de dicha lesión, se ha producido la desaparición de la realidad social preexistente que integra el sustrato del bien jurídico, del mismo modo que para poder hablar de una lesión a la vida tampoco es necesario que desaparezca la vida humana del planeta o de un determinado territorio; en suma, el hecho de que el bien jurídico tenga una dimensión colectiva no implica que tal bien no sea susceptible de diferenciación en elementos individualizables que constituyen concretas formas de manifestación en él⁸¹.

En resumidas cuentas, de lo que expuesto en el presente epígrafe se desprende que la crítica a la ausencia de legitimidad del delito en comentario no puede provenir de la idea de la acumulación, porque esta idea parte de la presuposición de atribuir a dicho delito la tutela de un bien jurídico incorrectamente caracterizado.

Por lo demás, es indudable que una adecuada conceptualización del bien jurídico prejuzga ya en gran medida la réplica que deba efectuarse a la línea argumentativa que pretendo abordar en último lugar, a saber, la comparación del modelo de tipificación penal de la defraudación tributaria con el modelo de la estafa. Con todo, tampoco cabe desconocer que dicha línea argumentativa introduce elementos específicos novedosos que podrían conducir a estimar que, aun partiendo de la formulación de un bien jurídico como el que aquí se sostiene, la protección penal de la recaudación tributaria vulnera el principio de proporcionalidad, en atención a que se produciría una (injustificada) hiperprotección del patrimonio público con relación al patrimonio privado.

4.2.2.5.3. La indebida comparación con el modelo de la estafa

La referida línea argumentativa específica ha sido invocada también por SILVA en el trabajo en el que critica que las inveracidades en los delitos contra la Hacienda pública supongan excepciones al llamado “modelo de la estafa”, toda vez que -a su juicio- en aquellos delitos “no se exige que la inveracidad punible revista el carácter de engaño bastante”, ni tampoco “se requiere perjuicio, sino que basta con el peligro del mismo”; a mayor abundamiento, en referencia concreta a los delitos de defraudación tri-

Por lo demás, creo que el equívoco se despejará mejor si se comprueba la caracterización tan general del bien jurídico que CORCOY (1999, p. 238) propone para la defraudación tributaria; con ella es obvio que sólo podrá hablarse de lesión en el sentido de afectación. Y lo mismo sucede con los bienes jurídicos que esta autora propone para los restantes delitos económicos en sentido estricto, que no pasan de ser una descripción del bien mediato u objetivo político-criminal que se persigue con la criminalización, señaladamente en el caso paradigmático del fraude de subvenciones, en el que la caracterización del bien jurídico carece de precisión y es incapaz de servir de criterio informador y limitador del tipo, según expuse más arriba (p. 239).

81 Cfr. DIEZ RIPOLLES, 1997, p. 18. Por tales razones, en lo que atañe a la defraudación tributaria tampoco es de recibo la ulterior afirmación de CORCOY de que “el Erario público ... constituye el objeto del delito, pero no el bien jurídico”. Frente a ello (aparte de remitirme de nuevo a lo ya escrito por mí en EPCr., XVIII, p. 132 y n. 8), he de añadir ahora -de acuerdo con lo que expongo en el texto- que si bien es cierto que en la figura en comentario el sustrato del bien jurídico (o sea, el objeto del delito en la terminología de CORCOY) serían los ingresos fiscales (o sea, el patrimonio) como realidad social preexistente (sometida a un proceso de abstracción o generalización, que, por ello mismo, se desvincula de sus concretas formas de manifestación), no lo es menos que ello no se opone en absoluto a considerar que el bien jurídico sea la propia recaudación tributaria (en cuanto que valor ideal) en el grado de valoración positiva que merece por la sociedad de cara a cumplir esa serie de fines. Sobre estas diferencias, vid. DIEZ RIPOLLES, 1997, pp. 17 s., quien, a mayor abundamiento, aparte de bien jurídico y su sustrato, distingue las “formas concretas de manifestación” (que en el delito en comentario serían, a mi juicio, los diversos procesos de imposición de los tributos) y el “objeto material en sentido estricto” (los propios tributos, en cuanto que objetos que poseen un valor económico).

butaria y a la S.S., agrega dicho autor que “frente al modelo de la estafa, que parte de una relativa igualdad de deberes/derechos entre las partes, y pese a que es inherente a la posición de las Administraciones públicas una superioridad frente a los ciudadanos, en el modelo de las defraudaciones que afectan al patrimonio público se prescinde de cualquier consideración del incumplimiento de los deberes de autoprotección por parte del sujeto pasivo con fines de exoneración del sujeto activo”⁸².

Sin embargo, ninguna de tales razones puede ser admitida. En efecto, frente a ellas hay que responder desde una doble perspectiva: desde la atinente al desvalor de resultado y desde la concerniente al desvalor de acción.

En cuanto a la primera, no puede ser aceptada la afirmación de que la defraudación tributaria no requiere perjuicio, sino un simple peligro de perjuicio. Según expuse en el apartado anterior, la vulneración del bien representante (y directamente tutelado) ocasionada por una acción defraudatoria individual entraña ya una lesividad concreta indudable y produce un perjuicio efectivo (y no un mero peligro), que es portador en sí mismo de una dimensión institucional-funcional⁸³.

Por otro lado, en lo que concierne a la perspectiva del desvalor de acción, hay que reconocer ciertamente que en la defraudación tributaria no se exige que la inveracidad punible revista el carácter de engaño bastante⁸⁴; mas lo que sucede es sencillamente que no tiene por qué ser así, o, mejor dicho, no puede ser así. A diferencia de la estafa, la defraudación tributaria **no es un delito de relación**, dado que esta clase de fraude no exige conceptualmente una contribución fáctica de la víctima (o sea, un acto de disposición patrimonial de la víctima realizado como consecuencia de un error provocado por el autor). Y por esta misma razón sería ya absurdo trasladar a este delito criterios de imputación objetiva (y en concreto el referente a la autoprotección de la víctima frente al engaño) similares a los que rigen para el delito de estafa; los criterios de imputación objetiva deberán obviamente ser diferentes⁸⁵.

82 Vid. SALVADOR/SILVA, 1999, pp. 138 y 140.

83 De ahí que (en la medida en que se dirija a mi planteamiento, o a construcciones similares, como la reciente de GALLEGO) no sea de recibo la objeción que en concreto formula SILVA, relativa a que la doctrina alude “a la dimensión institucional o funcional del mismo para sustraerlo a la lógica de la estafa, pero luego se asume la evidencia de que, a la hora de sancionar por el delito, nadie procede a constatar la afectación real de tal dimensión institucional” (ibid., p. 140). De nuevo, hay que insistir en la idea de que el delito en comentario no es un delito acumulativo en sentido propio, sino que será acumulativo, en su caso, con referencia al bien mediato (mera *ratio legis*) representado por el funcionamiento del sistema tributario en sí mismo considerado, el cual por su grado de generalización y de abstracción, nunca podrá ciertamente ser lesionado en el sentido predicado del bien jurídico representante. Con todo, **una vez sentada** la existencia de la lesividad concreta (lesividad del acto) que justifica la criminalización de determinadas defraudaciones tributarias con su marco penal correspondiente, tampoco cabe desconocer que el argumento de la generalización no habrá de ser totalmente indiferente para el Derecho penal, sino que puede ser tenido en cuenta como un argumento añadido en el discurso de la legitimidad y necesidad de la intervención penal (vid. en este sentido GALLEGO, 2001, pp. 56 s.), cuando en el plano de la lesividad abstracta el legislador pondere racionalmente los motivos de la criminalización y compruebe que, además de la lesividad concreta, la conducta defraudatoria individual representa también una verdadera autoría accesoria con respecto a un bien de tanta trascendencia como la propia existencia del sistema tributario.

84 Con todo, también esta afirmación es susceptible de matización, dado que puede ser correcta si lo que se quiere indicar es que no se exige un engaño de similares características a las que posee el engaño en el delito de estafa, pero no lo es si lo que se quiere expresar es que en la defraudación tributaria se prescinde totalmente del engaño (al menos para un importante sector doctrinal en el que me incluyo). Sobre el significado del engaño en el delito de defraudación tributaria vid. ampliamente MARTINEZ-BUJAN, 1995, pp. 41 ss.; vid. además recientemente GALLEGO, 2001, pp. 696 s.).

85 Por lo demás, también es preciso matizar la afirmación de SILVA de que en las defraudaciones al patrimonio público se prescinde totalmente de cualquier consideración del incumplimiento de los deberes de autoprotección por parte del sujeto pasivo con fines de exoneración del sujeto activo. Vid., p. ej., las consideraciones que personalmente efectuó al respecto en MARTINEZ-BUJAN, 1995, pp. 50 ss.

Ahora bien, no es eso todo, porque hay que deshacer todavía otro equívoco: el hecho de que para la definición del injusto de la defraudación tributaria se prescindiera del engaño como elemento rector no implica que el delito de defraudación tributaria renuncie a la exigencia adicional de un específico desvalor de acción⁸⁶. Antes al contrario, lo incorpora y es de extraordinaria importancia: este delito incluye la infracción de un especial deber tributario **en la fase de liquidación** de los tributos⁸⁷. Y conviene insistir en este último aspecto que se subraya, puesto que una correcta comprensión del procedimiento de imposición permite salir al paso de la ulterior afirmación de SILVA -derivada del prejuicio inicial- relativa a la pretendida posición de superioridad de las Administraciones públicas frente a los ciudadanos: **en la fase de liquidación** de los tributos (esto es, cuando la deuda tributaria no se ha determinado y cuando esta determinación depende legalmente de la declaración del contribuyente) la posición de la Administración no sólo no es una posición de superioridad, sino que ni siquiera es una posición de relativa igualdad como en la estafa; es una situación de franca inferioridad con respecto al acreedor de Derecho privado⁸⁸, desde el momento en que la Administración se encuentra ya desde un principio en una situación de desconocimiento de la existencia misma de su crédito tributario⁸⁹.

En definitiva, desde mi punto de vista nunca puede hablarse del delito de defraudación tributaria como un “minus de injerencia en la esfera jurídica ajena”⁹⁰, dado que en realidad es un *aliud* con lesividad propia⁹¹, que por tanto no es directamente ponderable con el delito de estafa.

Cuestión distinta -en la que no puedo detenerme aquí- será saber si, una vez afirmada la presencia de un auténtico bien jurídico **penal**, la sanción establecida para el delito de defraudación tributaria español es -desde la perspectiva de proporcionalidad en sentido estricto- adecuada a la gravedad del injusto y equiparable a otros delitos afi-

86 También en otros delitos clásicos de contenido patrimonial se prescindía del engaño como elemento rector de la acción y se incorporaba un especial desvalor de acción, basado en la infracción de un deber, como es el caso de la apropiación indebida o la infidelidad patrimonial. Y ello sucede asimismo en otros delitos que afectan al patrimonio público, como la malversación, cuyo parentesco con el delito de defraudación tributaria es evidente: al lado de la vulneración del auténtico bien jurídico integrado por “patrimonio público” funcionalmente concebido, figura un especial desvalor de acción consistente en la infracción de los deberes propios del cargo (vid. GALLEGO, 2001, pp. 638 ss.).

87 El acto de la declaración tributaria es un acto debido (un deber público de prestación), absoluto e incondicionado, que tiene como fin liquidar y hacer efectiva una obligación tributaria que nace indeterminada y que, por ende, cumple una trascendental misión en los procedimientos de gestión de los actuales sistemas tributarios, hasta tal punto que resultaría ilusorio un sistema fiscal que no impusiera a los contribuyentes dicha obligación a la vista de la situación de desconocimiento en que se encuentra la Administración. Vid. GRACIA MARTÍN, **La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho penal**, 1990, pp. 103 ss. y 106 n. 57; MARTÍNEZ-BUJÁN, 1995, pp. 51 s.

88 Con detenimiento se ha expuesto ya en nuestra doctrina la capital diferencia que media entre la situación del acreedor de Derecho privado y la Administración tributaria ante sus respectivos créditos, lo cual se traduce en unas necesidades de tutela completamente distintas. Vid. PEREZ ROYO: **Los delitos y las infracciones en materia tributaria**, 1986, pp. 115 y s.; GRACIA, 1990, pp. 103 y ss. Eso sí, a otra conclusión hay que llegar si se alude a la **fase de recaudación** de los tributos, cuando ya la Administración conoce la deuda tributaria, puesto que entonces el Estado se convierte en un acreedor verdaderamente privilegiado. Con todo, ello no ha sido obstáculo para que el legislador considere que también esta conducta debe ser punible como delito de alzamiento de bienes, según comento seguidamente.

89 Y precisamente sobre la base de semejante circunstancia la doctrina alemana ha venido desde antiguo defendiendo la justificación político-criminal de este delito. Vid. por todos DANNECKER, **Steuerhinterziehung im internationalen Wirtschaftsverkehr**, Köln 1984, pp. 157 ss.

90 Como cree, empero, SILVA, en SALVADOR/SILVA, 1999, p. 138.

91 Por supuesto, tampoco puede ser concebido como un *minus* con relación a los delitos patrimoniales individuales. Sobre esto en general vid. GALLEGO, 2001, pp. 55 s.

nes de contenido patrimonial. Si bien no es en principio factible llevar a cabo una comparación directa con el delito de estafa, sí lo es de *lege lata* en el seno del C.p. español cotejar el delito en comentario con el delito de alzamiento de bienes del art. 257, habida cuenta de que, según lo preceptuado en su apdo. 2, este último delito incluye todas las obligaciones de Derecho público como presupuesto de un alzamiento. Y la comparación arroja el siguiente resultado: el legislador penal español castiga las infracciones tributarias ejecutadas en la **fase de recaudación** y lo hace además asignándole una pena similar a la que se prevé para la defraudación tributaria; de ahí se infiere la ulterior conclusión de que (en la medida en que entraña una infracción tributaria de una gravedad mucho mayor, o sea, una infracción en la fase de liquidación), este último delito se encuentre **privilegiado** en relación con un alzamiento de bienes ante a un crédito tributario (y máxime si se tiene en cuenta que en el nº 2 del apdo. 1 del art. 257 se castiga un simple obstruccionismo).

4.2.3. Recapitulación: matizaciones a la teoría personalista del bien jurídico en la esfera de los delitos económicos

De lo expuesto en páginas anteriores, cabe extraer la conclusión de que, en tanto en cuanto se basen en el “individualismo monista” de una teoría personalista del bien jurídico, las descalificaciones realizadas por los partidarios de la teoría del *Big Crunch* (especialmente por los de la escuela de Frankfurt) se hallan en buena medida desenfocadas⁹².

Por una parte, hay que tener en cuenta que en muchos de los delitos económicos cuya legitimidad se pone en tela de juicio se tutelan auténticos bienes jurídicos individuales tradicionales, en virtud de lo cual no se puede desconocer que con la ejecución de tales delitos se produce una afectación individual, que en unos casos será “intensa” y en otros “extensa”.

Por otra parte, en algunos de los delitos orientados a preservar inmediatamente bienes jurídicos colectivos se trata de bienes que se hallan indudablemente al servicio del individuo. Y esta observación es de la mayor importancia, desde el momento en que uno de los rasgos fundamentales de la diatriba dirigida desde la escuela de Frankfurt consiste en partir de la premisa de que sólo es función del Derecho penal proteger los intereses de individuos concretos. Ahora bien, esta afirmación es susceptible de ser entendida en un doble sentido. Para algunos ha sido interpretada como una especie de prejuicio ontológico que veda la intervención del Derecho penal allí donde no se acredite una afectación directa de un bien jurídico perteneciente a un individuo concreto⁹³; sin embargo, por esta vía se puede desembocar en la deslegitimación de todos los bienes colectivos, lo cual es insostenible⁹⁴. Por consiguiente, más bien parece que la aludida afectación individual ha de ser entendida en el sentido de que tales bienes colectivos

92 He de insistir en que aquí no se pretende entrar en el examen global de la propuesta de la escuela de Frankfurt, sino sólo en su proyección concreta sobre los delitos económicos. Evidentemente ello no quiere decir tampoco que comparta las restantes conclusiones obtenidas por los representantes de dicha escuela. Para una crítica general (a mi juicio bastante fundada), que empieza dirigiéndose ya al manejo arbitrario de la historia, puede verse SCHÜNEMANN, 1996, 190 ss.

93 De ahí que se haya podido hablar de “individualismo monista” o “funcionalismo individualista” (vid. SCHÜNEMANN, 1996, pp. 190 y 206).

94 Algo que es reconocido por autores inscritos en principio en la dirección del *Big Crunch*, como, v. gr., SILVA, quien ha escrito que la exigencia de afectación individual no significa que no quepa la protección de bienes universales, dado que al ser la persona un ser social sólo puede preservar y realizar sus intereses dentro de la sociedad y de las instituciones de la misma. Ello “no sólo permite sino que incluso obliga a proteger penalmente, en ciertos casos, ... las instituciones económicas, laborales, etc.” (1992, pp. 291 s.).

deberán ser concebidos desde una perspectiva instrumental con respecto a la persona, o sea, referidos a la libre autorrealización del individuo⁹⁵. En suma, si la persona es un ser social, es evidente que habrá intereses jurídicos de naturaleza colectiva que deben reputarse esenciales para el individuo en la medida en que sirvan de base para que todo hombre participe en los sistemas sociales⁹⁶.

Pues bien, este es, desde luego, el caso de los delitos que afectan a estructuras económicas básicas del Estado (delitos económicos en sentido estricto), y en concreto, el caso examinado de los delitos contra la Hacienda pública: si el patrimonio del Estado debe ser concebido como el patrimonio de todos los ciudadanos, la afectación individual resulta evidente, aunque dogmáticamente no se trate de un bien de naturaleza individual; nada obstaría pues, en vía de principio, a la criminalización de delitos que lesionen efectivamente el patrimonio común⁹⁷. En esta línea de pensamiento, con razón se ha podido llegar a hablar en nuestra reciente doctrina de bienes jurídicos institucionalizados de titularidad individualizable para aludir a delitos tales como los referentes a la Hacienda pública⁹⁸.

En definitiva, es indudable que uno de los principales factores que ha contribuido al desenfoque de la cuestión ha provenido de una inadecuada comprensión del auténtico contenido material de los bienes supraindividuales⁹⁹. A su vez, a este factor se ha venido a añadir un ulterior elemento de confusión: muchos de los aspectos censurables del “moderno” Derecho penal no son reconducibles a la ilegitimidad (*per se*) de determinados bienes supraindividuales sino que dimanaban realmente de la deficiente técnica de tipificación adoptada¹⁰⁰.

95 Sobre ello vid. por todos ya MARX, *Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”*, Köln 1972, pp. 62 ss.

96 En concreto, sobre la reconducción de los bienes supraindividuales de contenido patrimonial a la idea del libre desarrollo de la personalidad como sustrato fundamentador y legitimador de la intervención penal en la medida en que posibilite el bienestar personal del individuo y su autorrealización, vid. recientemente en nuestra doctrina GALLEGÓ, 2001, pp. 68 ss.

97 El contrato social también comporta la decisión de poner en común parte del patrimonio del individuo, con el fin de que -administrado correctamente por sus propios representantes- la sociedad moderna pueda subsistir. Por lo demás, objetar que una conducta defraudación tributaria individual de quince millones de pesetas ocasiona una afectación nimia al patrimonio de cada uno de los ciudadanos españoles sería tanto como rechazar la legitimidad del castigo penal de una conducta constitutiva de estafa o apropiación indebida por una pequeña cantidad de dinero, basándose en el mero dato de que el titular del bien jurídico fuese un colectivo numeroso de personas (v. gr., un banco o una importante sociedad anónima).

98 Vid. TERRADILLOS, L.H. Valle, p. 806, quien aclara que lo característico de dichos delitos es que “la Administración ha mediado expresamente en la hipotética relación autor-víctima última, constituyéndose en titular directo del bien jurídico afectado”.

99 En este sentido ha apuntado DIEZ RIPOLLES (1997, p. 19) que el reto de la doctrina penal reside ante todo en la búsqueda de una formulación de tales bienes jurídicos que compatibilice una adecuada descripción empírica de realidades sociales merecedoras de protección penal con una delimitación conceptual aceptable en los estrictos términos de la dogmática penal. De ahí se deriva la necesidad de elaborar un concepto de lesión material (lesividad concreta) de tales bienes.

100 A esta circunstancia se refiere explícitamente CORCOY (1999, pp. 195 y 198 ss.), y a ella ya se hizo referencia más arriba, al hilo especialmente de la regulación del C.p. de 1995. Por tanto, el proceder metodológico correcto no será -a fuer de elevar a categoría lo que son sólo meros aspectos “fenoménicos”- descalificar globalmente la tutela de determinados bienes supraindividuales, sino denunciar estrictamente la presencia de los tipos penales puramente simbólicos y contrarios a los postulados garantísticos. Y, precisamente, como escribe DIEZ RIPOLLES (1997, p. 18), el desafío de la ciencia penal consiste en neutralizar tales defectos. Por lo demás, no se olvide que en la tarea de diferenciar el ilícito penal y el ilícito administrativo ha sido el propio HASSEMER quien ha recurrido a la distinta “técnica de tutela”, y no a una diferenciación fundada en los bienes jurídicos propiamente dichos (vid. sobre ello GARCÍA ALBERO, L.H. Valle, pp. 361 s.).

En esta línea de pensamiento, resultará imprescindible profundizar en la elaboración de una teoría de la legislación penal¹⁰¹ y, en concreto, en la caracterización del bien jurídico **penal**. A tal efecto, no resultará cuestión irrelevante determinar cuál es la concepción metodológica de la que se parte y cuál es, además, la posición que se sustenta acerca de determinados aspectos centrales en la construcción de las categorías penales¹⁰²: a mi juicio, una concepción democrática y garantista de la imputación penal como la que se deriva de la moderna “concepción significativa de la acción” ofrece, desde luego, un paradigma para la selección de bienes jurídico-penales supraindividuales y para llevar a cabo las adecuadas restricciones en la tipificación penal de tales bienes¹⁰³. Y ligado a lo que se acaba de exponer cobra especial relieve, asimismo, la (diferente) cuestión del análisis del procedimiento a través del cual se puede llegar a obtener un legítimo consenso sobre la naturaleza penal de un determinado bien jurídico¹⁰⁴. Con respecto a ello, comparto la idea de que el genuino criterio legitimador para la identificación de un bien jurídico penal no puede ser otro que el configurado por las convenciones generales, esto es, un criterio “democrático”, en virtud del cual son las mayorías sociales amplias -históricamente condicionadas en sus valoraciones- las que deben determinar toda decisión de política legislativa criminal. Este es el único criterio coherente con una sociedad pluralista, construida por ciudadanos autorresponsables y críticos, a quienes no se puede privar de la decisión de lo que en cada momento consideran que es fundamento imprescindible para la convivencia¹⁰⁵.

V.- CONCLUSIÓN FINAL

Si bien es innegable el fenómeno de la expansión del moderno Derecho penal y que esa expansión se ha llevado a cabo en ocasiones de un modo censurable, esta reflexión no autoriza a realizar una descalificación global de la legitimidad de la intervención penal en sectores que tradicionalmente permanecieron al margen de la órbita del Derecho penal clásico, y menos aún cuando dicha descalificación se proyecta, en particular, sobre el ámbito del orden económico.

101 Sobre ello vid. especialmente DIEZ RIPOLLES, 1997, pp. 12 ss. y 15 ss., en donde puede encontrarse un excelente resumen de las fases de dicha teoría de la legislación penal, así como una exposición de los principios estructurales de la intervención penal garantista.

102 Así, no deja de tener parte de razón SCHÜNEMANN (1996, pp. 200 s.) cuando, en referencia al postulado de la escuela de Frankfurt de restringir el Derecho penal a los delitos de resultado y rechazar los tipos de peligro abstracto, denuncia la paradoja de que la propuesta provenga en ocasiones de sectores que parten de configurar la producción del resultado en Derecho penal como algo que depende puramente del azar o como “mera nocividad resultante”.

103 Vid. VIVES ANTON, **Fundamentos del sistema penal**, Valencia 1996. Obviamente ello no quiere decir que a partir de otras premisas metodológicas no pueda construirse una teoría jurídica del delito basada en una “teoría democrática de la imputación penal”. Vid. así expresamente MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, **Derecho Penal. Parte general**, 4ª ed., 2000, pp. 233 ss. Vid. también la concepción que se deriva de un sistema abierto de orientación teleológica construido dialécticamente en SILVA, 1992, pp. 362 ss. Sobre la proximidad entre esta última construcción y la que se deriva de la concepción significativa de la acción, vid. MARTINEZ-BUJAN: **La “concepción significativa de la acción” de T.S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito**, en RÉCPC, 01-13 (1999) y en L.H. Barbero.

104 Vid. sobre ello DIEZ RIPOLLES, 1997, p. 10

105 Cfr. DIEZ RIPOLLES, 1997, p. 17. Obviamente, como añade este autor, se ha de partir de mayorías muy cualificadas y que, además, muestren respecto a la cuestión correspondiente un notable grado de estabilidad. Por otra parte, tales mayorías han de lograrse por la línea de mínimos y no de máximos, es decir, habrá de castigarse penalmente sólo aquello que la práctica totalidad de ciudadanos considera que debe ser reputado delictivo, y no, por supuesto, lo que cada uno de los grupos de presión social cree que debe criminalizarse. En fin, la plasmación de tal criterio presupondrá, por último, una decidida utilización de métodos democráticos, como instrumentos de especial relevancia.

Del mismo modo que se ha podido acreditar científicamente, de acuerdo con la teoría del *Big Bang*, que tras la gran explosión inicial el Universo no dejó nunca de expandirse y que en la actualidad lo hace cada vez más deprisa, en las páginas anteriores se ha intentado demostrar que, en vía de principio, el crecimiento paulatino del Derecho penal gestado en la época de la Ilustración se halla justificado y que incluso resulta lógico que, al compás de las profundas renovaciones sociales que se han operado en los últimos tiempos, crezca de forma cada vez más acelerada. Obviamente ello no implica que desde aquí se propugne una ampliación indiscriminada, que, por ello mismo, entrañe una flexibilización de las reglas penales de imputación y una relativización de los principios político-criminales de garantía. Antes al contrario, siempre que los “nuevos” delitos permanezcan integrados en el Derecho penal de la pena privativa de libertad habrá que exigir que se extreme el rigor en el mantenimiento de tales reglas y principios, los cuales únicamente admitirían una cierta flexibilización en el caso de aquellas figuras delictivas que no tuviesen asignada la pena privativa de libertad; todo ello en el seno de un modelo dual (en la línea propuesta por SILVA), que aquí se asume con los matices de contenido más arriba expuestos.

Por el contrario, de la misma manera que en el momento presente no es científicamente verificable el retorno a un punto similar al que dio origen al Universo, en el sentido descrito por la hipótesis del *Big Crunch*, tampoco parece sensato proponer en el terreno del Derecho penal un regreso al instante del nacimiento del Derecho penal clásico, como pretenden los autores que militan en la escuela de Frankfurt¹⁰⁶.

Por lo demás, es indudable que la teoría penal del *Big Bang*, íntimamente vinculada (aunque no siempre) al desarrollo de nuevos bienes jurídicos colectivos, posee una clara y confesable cobertura ideológica: la que le proporciona la idea del moderno Estado social y democrático de Derecho¹⁰⁷. De ahí que interese recalcar que el fenómeno de la creciente expansión del Derecho penal no responde a algo ignoto, equiparable a la misteriosa “energía oscura” a la que aludía al principio del presente trabajo, sino a una “energía” perfectamente identificable y comprobable sin el auxilio de métodos complejos de detección. Esta, y ninguna otra, es en fin la ideología que viene a proporcionar la susodicha cobertura, de la que ciertamente se carecía en el Derecho penal de la Ilustración, pero que en la actualidad “debe permear”, por así decirlo, todo el “Universo penal”.

106 Como lúcidamente ha reconocido SILVA (1999, p. 115), la pretensión de la escuela de Frankfurt de regresar al Derecho penal liberal (circunscrito a los bienes altamente personales y al patrimonio con estricta vinculación a los principios de garantía) es un pretensión ucrónica. De ahí que este autor haya orientado acertadamente el debate hacia un modelo dual **dentro** del Derecho penal. Es más, como ha observado SCHÜNEMANN (1996, p. 199, y n. 37), los delitos de peligro abstracto aparecen ya en las leyes penales de la época de la Ilustración.

107 Sobre la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos, basada en la idea del Estado social vid. DIEZ RIPOLLES, 1997, p. 18 y, 1998, p. 53. En particular, en referencia a la legitimidad en el ámbito de un orden económico al servicio del libre desarrollo del individuo, vid. también ARROYO, 1997, pp. 2 ss.

Como bien ha escrito MIR la idea **sintética** del Estado social y democrático de Derecho que late en la base de las Constituciones modernas comporta la ambición de conciliar dos modelos políticos en principio contrapuestos: el modelo liberal, que tiende a reducir al mínimo la acción del Estado, y el modelo social, que admite la necesidad de un Estado que intervenga en la vida de la sociedad. Que un compromiso de esta índole es necesario lo demuestra la historia política de los dos últimos siglos, en la cual se ha podido comprobar tanto el fracaso de la perspectiva puramente individualista del inicial Estado de Derecho como el fracaso del punto de vista exclusivamente social que margina al individuo. De ahí, en fin, que, en sintonía con la opinión pública ampliamente mayoritaria de los países democráticos, deba ser compartida la propuesta de dicho autor de, asumiendo la verdadera complejidad de la realidad, huir de soluciones radicales e intentar conciliar los principios limitadores del *ius puniendi* con el reconocimiento de la necesidad de protección de intereses sociales no estrictamente individuales. Cfr. MIR PUIG, Prólogo al libro de CORCOY, 1999, p. 12. A su vez, y como ya puede deducirse claramente de lo expuesto en páginas anteriores del presente trabajo, la opinión de MIR reflejada en el texto puede ser concebida también como un excelente resumen de las tesis mantenidas por la propia CORCOY en el libro de referencia.

La que, en cambio, no siempre acabo de ver clara es la cobertura ideológica de los partidarios de la teoría del *Big Crunch* en el ámbito económico. Ciertamente, en principio y en abstracto ésta puede verse como el producto de un loable afán garantista (aunque, a mi juicio, un tanto desmedido y desenfocado), pero a la vista de la diversidad metodológica e ideológica de los autores que se inscriben en esta dirección no observo otro máximo común denominador y me inclino a pensar que el manto aglutinador se teje merced a una proteica mixtura de intereses, en algunos casos confesables, en otros no tanto.

Sí hay, en concreto, una idea que se repite hasta la saciedad, especialmente por parte de los autores de la escuela de Frankfurt, y que a mi juicio tiene que ser, desde luego, relativizada. Me refiero a las continuas apelaciones que, para restringir la esfera de intervención del Derecho penal desde un concepto personal del bien jurídico, se efectúan a la libertad ... ¡del infractor de la norma penal!. Sin dejar de subrayar la perversión de valores en la que se puede desembocar a raíz de este planteamiento¹⁰⁸, no estaría de más recordar que el Ordenamiento jurídico no sólo tiene que proteger la libertad de quienes infringen las normas sino también -y fundamentalmente- la libertad de quienes las cumplen¹⁰⁹. En fin, tomando prestada la conocida frase feliz de FERNANDO DE LOS RIOS, podemos concluir afirmando que si queremos hacer al hombre libre, hay que convertir a la economía en esclava.

108 Vid. SCHÜNEMANN, 1996, pp. 193 ss., quien lo resume con toda su crudeza: “la teoría personal del bien jurídico ha caído en la trampa de esta sociedad postmoderna, ha tomado sus mundos ficticios y sus técnicas de encubrimiento por su núcleo esencial y ha elevado a la categoría de objeto de protección de mayor rango del Derecho penal al despilfarro de los recursos de generaciones venideras por parte del hedonismo sin sentido de un pseudoindividualismo fabricado industrialmente, despilfarro que en verdad cumple con el concepto primigenio de delito” (p. 195).

109 Vid. contundentemente CORCOY, 1999, pp. 192 ss.