

LOS DELITOS DE PELIGRO COMO TÉCNICA DE INCRIMINACIÓN EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO: BASES POLÍTICO-CRIMINALES

JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN

Universidad de León

Sumario

1. Introducción. 2. La realidad económica como punto de partida. 3. Bienes jurídicos y necesidades sociales (económicas). 4. La justificación moral y política de los bienes jurídicos. 5. Justificación instrumental (económica) de la intervención jurídica coactiva. 6. Bien jurídico y bien jurídico-penal: la relevancia sistémica. 7. Principio de subsidiariedad. 8. Algunos problemas específicos de la definición de los bienes jurídicos en el «nuevo Derecho Penal»: bienes jurídicos supraindividuales, difusos e intermedios. 9. La selección de las conductas a incriminar: determinación de las normas primarias y estrategia político-criminal. Merecimiento de pena y necesidad de pena. 10. Exigencias del principio de proporcionalidad. 11. Excurso sobre la determinación de la lesividad de las conductas en el «nuevo Derecho Penal». 12. Recapitulación y aplicación al caso de los delitos de peligro: crítica de la praxis legislativa.

1. Introducción

En el desarrollo del moderno Derecho Penal económico¹ el empleo de la técnica legislativa de los delitos de peligro como medio de protección de intereses económicos individuales y colectivos constituye, según todas las evidencias, un recurso habitual y creciente. En efecto, lo cierto es que la tendencia general parece ser la de anticipar la intervención penal, prescindiendo en principio del requisito de una lesión efectiva de dichos bienes jurídicos para conformarse, como condición para la afirmación de la plenitud de la antijuridicidad penalmente típica y para la imposición de la máxima pena, con la mera puesta en peligro del mismo. Dicho fenómeno tiene lugar al menos en dos grupos de casos que pueden ser diferenciados: primero, en el ámbito del Derecho Penal patrimonial más clásico, allí donde el mismo toca al mundo de la actividad empresarial, con alguna frecuencia se considera necesario recurrir a la técnica de tipificación de los delitos de peligro para afrontar nuevas formas de delincuencia (o formas antiguas que generan una nueva preocupación)², que no parecen quedar reguladas satisfactoriamente con los delitos clásicos de lesión en este ámbito³.

¹ Debe observarse que la expresión misma «Derecho Penal económico» presenta importantes ambigüedades, en la medida en que puede ser entendida en distintos sentidos (*vid.*, por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico. Parte General*, 1998, pp. 31 y ss.): como referida a todos los delitos cometidos en el contexto del tráfico jurídico patrimonial (incluyendo entonces a los delitos patrimoniales más clásicos); ciñéndose a aquellos delitos cometidos habitualmente en el contexto de la actividad empresarial (acepción en la que en el Derecho Penal económico confluirían delitos patrimoniales clásicos y otros delitos «novedosos»); o, en fin, limitándose aún más, a los delitos —distintos, por ende, de los patrimoniales clásicos— que protegen intereses económicos supraindividuales. Por mi parte, utilizaré aquí la segunda de las acepciones (la menos pura, por lo tanto, desde el punto de vista conceptual de la Dogmática jurídica), en el entendimiento de que la propia expresión «Derecho Penal económico» tiene más que ver con el surgimiento de un cierto género de fenómenos en el plano criminológico (la delincuencia alrededor de la actividad empresarial), antes que con categorías perfectamente delimitables desde el punto de vista dogmático, por lo que con dicha acepción nos permite tener una visión más omnicompreensiva del problema. Ello, por cierto, en nada empece que (como ya indiqué en PAREDES CASTAÑÓN, «Los delitos contra el patrimonio en el nuevo Código Penal», *Revista Huarte de San Juan*, 3-4 (1996-1997), p. 179) sea deseable, tanto desde el punto de vista interpretativo como desde el crítico, una clarificación acerca de cuáles son los bienes jurídicos protegidos —individuales o supraindividuales— en cada una de las figuras delictivas de esta área del Derecho Penal económico.

² *Vid.*, muy expresivamente al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, 1999, pp. 24-30.

³ Piénsese, por ejemplo, en lo que ha hecho el legislador español de 1995 en el campo de las insolvencias punibles (arts. 257 y ss. CP), al incrementar el grado de

En segundo lugar, hay otros supuestos en los que el recurso a los delitos de peligro parece deberse más bien a la dificultad para precisar suficientemente la definición del bien jurídico protegido y, con ello, para establecer el momento en el que el mismo puede considerarse lesionado (para diferenciar, en suma, entre lesión efectiva y mera puesta en peligro). Ello parece suceder especialmente en el supuesto de bienes jurídicos supraindividuales de carácter más o menos «difuso», cuya aparente intangibilidad dificulta su definición y la concreción de qué conductas revisten los requisitos de ofensividad bastante para ser incriminadas. A este segundo grupo de casos de utilización amplia de la técnica de los delitos de peligro pertenecen frecuentemente, por ejemplo, los delitos contra el medio ambiente y, en general, buena parte de los delitos contra intereses económicos supraindividuales (consumidores, competencia, sistema bancario, mercado de valores, delitos societarios...)⁴.

Sea como sea, lo cierto es que estos dos problemas (nuevas formas de delincuencia o una mayor preocupación por la misma, de una parte, y la dificultad para concretar en forma de tipos penales la protección de «intereses difusos») confluyen en un mismo fenómeno legislativo, de proliferación —comparativamente al menos— de los delitos de peligro en este ámbito. Frente a tal situación se vienen alzando numerosas y cualificadas voces en la doctrina penal contemporánea; voces que, todo hay que decirlo, han sido escasamente escuchadas por el legislador⁵. En este sentido, las críticas han sido de dos tipos. En pri-

intervención penal en la materia, recogiendo, junto con las clásicas figuras del alzamiento de bienes y de las quiebras fraudulentas (que, aun cuando ello fuera discutible, podían ser interpretadas —y, en mi opinión, debían serlo— como delitos de lesión), otras modalidades delictivas, consistentes en la mera puesta en peligro de la pretensión de los acreedores de satisfacer sus créditos (obstaculizando sus actuaciones procesales, etc.). *Vid.*, por todos, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 13.ª ed., 2001, pp. 443-445. Me he ocupado de este tema en PAREDES CASTAÑÓN, «Lo subjetivo y lo objetivo en el tipo del delito de alzamiento de bienes», en QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS (coords.), *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001, pp. 1629 y ss.

⁴ *Vid.*, igualmente, por todos, MUÑOZ CONDE, *PE*, 2001, pp. 461 y ss.

⁵ Como indica SILVA SÁNCHEZ, *Expansión*, 1999, pp. 19-20, esta desatención obedece seguramente a la falta de sintonía entre doctrina penal y opinión pública en esta materia: frente a las reclamaciones de mayor seguridad (y de lograrla a través de una mayor y más eficaz intervención penal), las razones de principio en las que las voces doctrinales críticas vienen apoyando su rechazo a esta tendencia difícilmente pueden llegar a prevalecer. Pues frente a necesidades sociales —reales o sentidas como tales— muy concretas parecen oponerse únicamente vaporosos —y, a veces, muy discutibles— argumentos acerca de cuál sería un «Derecho Penal óptimo» (habitualmente identificado como «Derecho Penal mínimo»); es decir, frente a necesidades

mer lugar, se discute la legitimidad con la que puede recurrirse a la técnica de los delitos de peligro. Discusión esta que se subdivide, a su vez, en varias otras: si, en general, la técnica de los delitos de peligro —y la anticipación de la intervención penal que conlleva— es legítima; si lo es concretamente en el terreno del Derecho Penal económico; y, en fin, si lo es en todas sus manifestaciones (especialmente, cuando se recurre a los delitos de peligro abstracto). En segundo lugar, la polémica alcanza también a la cuestión de la eficacia. Pues, en efecto, aun en el supuesto de que la respuesta a la primera pregunta fuera afirmativa, todavía quedaría por plantearse, en un Derecho Penal que se pretenda racional, el problema de si a través de la creciente introducción de tipos de peligro en el Derecho Penal económico se está afrontando verdaderamente de una manera más eficaz la realidad de la criminalidad empresarial. O si, por el contrario, todo ello no es sino un ejemplo paradigmático de utilización meramente simbólica —reputada ilegítima— del Derecho Penal⁶, pretendiendo simplemente reforzar la confianza ciudadana en normas y valores y tranquilizar a la opinión pública frente a la sensación de inseguridad y de injusticia que los grandes fenómenos de delincuencia económica generan, pero sin ninguna aspiración de aplicación efectiva generalizada.

Me parece, por consiguiente, que tanto en la actitud de los legisladores que acuden recurrentemente a los delitos de peligro en el ámbito del Derecho Penal económico como en la de quienes critican acremente tal tendencia subyace en verdad una latente y no siempre explícita discusión acerca de cuál es la Política Criminal —y, en general, la Política Jurídica— adecuada para afrontar los innegablemente graves y preocupantes fenómenos de delincuencia económica y empresarial. Y creo, por ello, que sólo el examen reflexivo y crítico de esta cuestión puede permitir que hagamos alguna luz sobre la cuestión, ale-

«reales» se opone un modelo ideal —«racional»— de Derecho Penal, olvidándose con ello el carácter instrumental y funcional que el Derecho Penal posee y ha de poseer siempre. Naturalmente, soy consciente de que esta presentación de las opiniones críticas con la Política Criminal predominante en nuestros días es parcialmente injusta (y, desde luego, nada dice sobre si tienen o no razón en la cuestión de fondo). En cualquier caso, probablemente se corresponde bien con la forma en la que las mismas son percibidas en los foros políticos y de la opinión pública, aquellos que influyen más decisivamente sobre el legislador. Se quiere destacar, por lo tanto, antes el problema de (in)comunicación existente en la materia que hacer aún ninguna afirmación sobre el fondo de la cuestión.

⁶ *Vid.*, por todos, NOLL, «Symbolische Gesetzgebung», *SchwZSt* 97 (1981), pp. 347 y ss.; VOß, *Symbolische Gesetzgebung*, 1989; W. HASSEMER, «Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos», trad. E. Larrauri, *Pena y Estado*, 1 (1991), pp. 23 y ss.

jándonos tanto de la aceptación acrítica de la voluntad de los legisladores y de la opinión pública menos meditada como de una crítica idealista de las regulaciones penales en la materia, no anclada en las verdaderas necesidades sociales contemporáneas. Por ello, y como un prolegómeno necesario para investigaciones monográficas más detalladas, expongo a continuación un esbozo de lo que considero que constituye un método racional y equilibrado para desarrollar dicha política criminal, realizando algunas aplicaciones ejemplificativas a casos problemáticos del ámbito del Derecho Penal económico y recapitulando al final algunas conclusiones directas y generalmente aplicables a los delitos de peligro en dicho ámbito⁷.

2. La realidad económica como punto de partida

En mi opinión, la reflexión político-criminal requerida debe realizarse en dos pasos sucesivos: uno primero referido a los objetos de la

⁷ Debe tenerse presente, no obstante, en todo momento cuál es el estatuto epistemológico de la propuesta político-criminal que a continuación se expone. Pues, en primer lugar, es obvio que no constituye una descripción de ninguna «naturaleza de las cosas», «mundo de los valores» (o de los fines político-criminales) o —menos aún— Derecho positivo: aunque me apoye en conocimientos de diversa índole (descriptiva para unos, interpretativa para otros y normativa para otros más), se trata ante todo de una propuesta política, pero de racionalización (evidentemente, en términos de racionalidad práctica: *vid.* ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2.^a ed., 1991, pp. 219 y ss.; BILBENY, *Aproximación a la Ética*, 1992, pp. 74-105; CORTINA, *Razón práctica*; en la misma (dir.), *10 palabras clave en Ética*, 1994, pp. 327 y ss.) de la legislación penal y de la interpretación de la misma. En segundo lugar, también debe resultar evidente que no se trata de establecer preceptivamente un proceso pre-legislativo (*cfr.* ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, 1997, pp. 64-71) tan largo y complejo como el que a continuación se estaría, aparentemente, indicando. Se trata, por el contrario, más bien de proponer criterios de crítica —y de justificación, por ende— del Derecho positivo (sobre la aplicación de la distinción entre «contexto del descubrimiento» y «contexto de la justificación» al mundo del Derecho, *vid.* ATIENZA, *Las razones del Derecho*, 1991, pp. 22-26), de tal manera que aquellos preceptos, o partes de los mismos, que no sean capaces de justificarse conforme a este método puedan ser declarados como irracionales desde la perspectiva político-criminal (desde la aquí adoptada). Lo que, evidentemente, sólo tiene interés si se aceptan dos condiciones: primero, que el Derecho Penal deben poder justificarse racionalmente (premisa que aceptarán seguramente todos los juristas —*cfr.* ATIENZA, *Legislación*, 1997, pp. 27 y ss., 91-100—, aunque no estoy tan seguro de que políticos y opinión pública estuvieran totalmente de acuerdo con ella) y, segundo (y esto es sin duda merece ser discutido con mayor detalle), que dicha justificación exige examinar una combinación de argumentos morales e instrumentales, del tipo de la que aquí se ensaya, orientada siempre por los que se proclaman —al menos sobre el papel— como principios básicos del *ius puniendi* estatal.

protección otorgada a través de los delitos de peligro, esto es, a los bienes jurídicos del Derecho Penal económico; y otro segundo que atiende a las técnicas de protección (especialmente, de tipificación) más idóneas⁸. Así, por lo que hace a la primera de las cuestiones, hay que determinar dos datos: cuál es la realidad sobre la que el Derecho Penal económico opera y, también, qué valores y pautas de conducta debe intentar impulsar (y, por lo tanto, cuáles reprimir)⁹. En este sentido, las características más peculiares de la realidad económica contemporánea, que pueden justificar la imposición de una regulación jurídica (y, en su caso, jurídico-penal), son las siguientes¹⁰. En primer

⁸ He esbozado ya este método en PAREDES CASTAÑÓN, *La protección penal de las patentes e innovaciones tecnológicas*, 2001, pp. 73 y ss.

⁹ No comparto, sin embargo, una concepción hiperconstitucionalista de los bienes jurídicos, que pretende deducirlos directamente de las constituciones: *cfr.*, sin embargo, GONZÁLEZ RUS, *Bien jurídico y Constitución*, 1980, pp. 30 y ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, «Bien jurídico y Constitución», *CPC*, 1991, pp. 5 y ss. Pues me parece, de una parte, que la dinámica social (especialmente en un régimen político liberal, pluralista y democrático) resulta necesariamente más compleja que cualquier texto normativo, de manera que es habitual, y legítimo, que objetos no recogidos a nivel constitucional ni fácilmente deducibles de su texto, sean protegidos jurídicamente, y jurídico-penalmente (en sentido similar, HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, 1991, pp. 142-144; BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, I, 1997, p. 58; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 4.^a ed., 2000, p. 66); y, de otra, creo que el aspecto funcional del concepto de bien jurídico no puede ser ignorado, por cuanto, como veremos, es preciso conectar los objetos de protección del Derecho con el sistema social en el que el mismo está arraigado. Me parece, por ello, más atinada la posición de RUDOLPHI, «Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs», *FS-Honig*, 1970, pp. 161-165; el mismo, en RUDOLPHI, HORN y SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6.^a ed., 1997, n. 8 ante §1; AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, 1972, pp. 369 y ss.; el mismo, «Rechtsgutsverletzung und Sozialschädlichkeit», en JUNG, MÜLLER-DIETZ y NEUMANN (eds.), *Recht und Moral*, 1991, pp. 278-279; ARROYO ZAPATERO, «Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 4 (1987), pp. 97 y ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, GARCÍA RIVAS, FERRÉ OLIVÉ y SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 1996, pp. 33-36; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal español. Curso de iniciación. Parte General*, 2.^a ed., 1996, pp. 51-56; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES (dir.), en *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 1999, p. 286, quienes combinan el aspecto funcional con el axiológico. Y es que ocurre que, en realidad, los contenidos axiológicos y normativos forman también parte de la cultura, a partir de la que se definen las necesidades sociales que pueden constituirse en objeto de la protección jurídica (*vid. infra* 3); y, además, que todo ello no elimina la obligación de justificar en el plano moral la deseabilidad de dicha protección (*vid. infra* 4). Por eso, pienso las necesidades a las que esta concepción hiperconstitucionalista intenta atender pueden ser resueltas igualmente de otra forma, sin la pérdida de potencia explicativa que dicha concepción conlleva.

¹⁰ Debe observarse que, en realidad, me limito a trasladar aquí, resumidamente, la ya tradicional discusión sobre la justificación de la intervención pública en una economía de mercado. Aunque, naturalmente, de las justificaciones aducidas en dicha

lugar, los elevados niveles de riesgo para intereses individuales o colectivos, riesgo difícilmente controlable por lo demás, que con alguna frecuencia ocasionan hoy acciones individuales (de personas físicas, jurídicas o grupos sin personalidad reconocida), debido al elevado grado de interacción social existente, unido al desarrollo de la tecnología¹¹: piénsese, por ejemplo, en las graves consecuencias medioambientales o financieras que determinadas decisiones de una empresa de cierta envergadura pueden ocasionar.

En segundo lugar, es conocido que la economía de mercado, incluso en condiciones de competencia perfecta, posee dos características que la hacen relativamente ineficiente. Se trata, de una parte, de sus dificultades para gestionar adecuadamente la distribución de bienes públicos (esto es, de aquellos bienes —económicos— que se caracterizan porque su consumo no genera rivalidad y porque no es posible excluir del mismo a quien no esté dispuesto a pagar por él), permitiendo que surja el fenómeno de los *free riders* (consumidores que no contribuyen a financiar la producción del bien, pero se benefician de su consumo)¹²: así, por ejemplo, la prestación de muchos servicios públicos reviste dicha naturaleza de bienes económicamente públicos, lo que hace racional la evasión tributaria y obliga a la intervención pública para evitarla. De otra parte, los mecanismos de formación de precios propios de la economía de mercado no toman en consideración las economías externas de la producción y del consumo, es decir, no contabilizan los costes o beneficios que afectan a terceras personas a consecuencia de actividades económicas¹³: un ejemplo típico de tales economías externas —aquí, negativas— son los daños medioambientales.

En tercer lugar, también es patente que los sistemas económicos reales distan casi siempre, tanto a nivel microeconómico como macroeconómico, de las condiciones de competencia perfecta presupuestas por la teoría económica. Por ello, puede ser precisa también la intervención pública para garantizar unas condiciones mínimamente adecuadas de competencia¹⁴.

discusión aún no puede derivarse directamente la naturaleza que ha de adoptar la intervención, que no tiene por qué ser necesariamente a través de regulaciones jurídicas (y menos aún penales). Quiero decir con ello que, como veremos (*infra* 4-6), esta conclusión exige un ulterior paso argumentativo.

¹¹ Cfr. BECK, *La sociedad del riesgo*, trad. J. Navarro, D. Jiménez y M. R. Borrás, 1998.

¹² GARCÍA VILLAREJO y SALINAS SÁNCHEZ, *Manual de Hacienda Pública general y de España*, 1985, pp. 123 y ss.

¹³ GARCÍA VILLAREJO y SALINAS SÁNCHEZ, *Hacienda*, 1985, pp. 135 y ss.

¹⁴ GARCÍA VILLAREJO y SALINAS SÁNCHEZ, *Hacienda*, 1985, pp. 150 y ss.

Finalmente, los mecanismos de regulación de la producción y de la distribución de bienes de una economía de mercado se caracterizan por establecer unas condiciones de igualdad para el intercambio que son puramente formales, y que prescinden completamente de si dicha igualdad posee o no alguna base material¹⁵. Ello hace que bastante frecuentemente las posiciones de los agentes económicos resulten en la realidad más que notoriamente desiguales, lo que podría justificar a veces una intervención pública para proteger extraordinariamente a aquel agente que se halle en situación de inferioridad. Es ésta la realidad que late tras los delitos laborales, societarios, bancarios, relativos al mercado de valores, etc.

Son, pues, éstas las cuatro características estructurales del sistema económico que han de ser destacadas como base de una regulación jurídica del mismo (en el plano supraindividual, por consiguiente). Por otra parte, desde la perspectiva de los intereses individuales (y ciñéndonos aquí al ámbito de la delincuencia empresarial)¹⁶, constituyen fenómenos dignos de atención al menos los siguientes casos de desviación respecto de las reglas de conducta del sistema económico¹⁷. Primero, las conductas de apropiación, usualmente de bienes que ya están en poder del sujeto actuante (la apropiación indebida es un caso paradigmático). Segundo, y entre las conductas que alteran el valor del patrimonio generando un resultado no equitativo (conforme a las reglas de conducta del sistema económico), podemos distinguir cuatro grupos de supuestos problemáticos: los de infidelidad en la gestión de patrimonios y negocios ajenos; los de desequilibrios significativos y malintencionados en las prestaciones establecidas en negocios jurídicos onerosos (conductas defraudatorias y engañosas); los de ineficacia provocada de las obligaciones contraídas (insolvencias...); y, finalmente, los de enriquecimiento sin causa (uso de información privilegiada, aprovechamiento de reglas de responsabilidad solidaria, mancomunada o subsidiaria, aprovechamiento de negocios ilícitos, abuso de derechos legítimos...)¹⁸.

¹⁵ Como es sabido, el lugar clásico de la crítica es K. MARX, *El Capital*, Libro primero, I, trad. M. Sacristán Luzón, Ed. Grijalbo, 1976, pp. 181 y ss. Cfr. también ROEMER, *Teoría general de la explotación y las clases*, trad. M. Pascual Morales, 1989.

¹⁶ Vid. *supra*, n. 1.

¹⁷ Como es evidente, ningún sistema puede funcionar como tal —tampoco el económico— si no es sobre la base de ciertas reglas que cumplen la función de reducir la complejidad, al generar ciertas expectativas de comportamiento (de carácter normativo: esto es, de aquellas cuya defraudación se imputa a los sujetos actuantes, y no a la expectativa misma): LUHMANN, *Sistemas sociales*, trad. J. Torres Nafarrate, S. Pape y B. Erker, 1998, pp. 267-269, 293.

¹⁸ Me referí ya a todos estos supuestos en PAREDES CASTAÑÓN, *Revista Huarte de San Juan*, 3-4 (1996-1997), pp. 171-174.

Todos ellos son casos absolutamente habituales en la práctica del tráfico jurídico patrimonial entre empresas, lo que podría hacer necesaria la intervención jurídica para reducir dicha habitualidad.

3. Bienes jurídicos y necesidades sociales (económicas)

Con la anterior descripción —sustancial y conscientemente selectiva— de algunos rasgos significativos de la realidad económica contemporánea he intentado determinar ya aquellas áreas (genéricas: esto es, que admiten ulteriores concreciones) en las que es posible hallar *objetos que podrían resultar idóneos para la protección jurídica* (aunque aún no necesariamente jurídico-penal). Y es posible hallar dichos objetos porque en dichas áreas podemos detectar necesidades, individuales o colectivas, que han de ser satisfechas en la mayor medida posible¹⁹. Denominamos necesidades a aquellos objetivos (estados de cosas) perseguidos por el individuo o la colectividad que resultan universalizables: esto es, aquellos respecto de los que, independientemente de quien o quienes los persigan de hecho en un momento concreto, hay razones para que cualquier sujeto racional (que lo será siempre dentro de unos términos históricamente dados), a la vista de las razones —necesariamente públicas— que existen para perseguirlos, considere justificado hacerlo²⁰. De entre las necesidades pueden distinguirse,

¹⁹ CUELLO CONTRERAS, PG, I, 1996, pp. 51-52. Sólo en esta limitada medida (en cuanto que las áreas en las que pueden definirse bienes jurídicos se determinan a partir de las necesidades sociales) es cierta la afirmación de MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, 1994, pp. 150-151, de que «las teorías del bien jurídico son teorías de la sociedad» (cfr., en el mismo sentido, *op. cit.*, pp. 157-159). Pues, en efecto, Müssig, desde una perspectiva que se pretende eminentemente funcionalista, tiende a ignorar el momento de justificación moral y política de los bienes jurídicos (que no son sin más una autodescripción ni una autocomprensión de la sociedad, aunque partan sin duda de las mismas), confundiendo funciones sociales del Derecho —en el plano descriptivo— con los fines moralmente justificables del mismo, en el normativo. Mantienen una posición similar, TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, n.º 63 (1981), pp. 136-141; BUSTOS RAMÍREZ, «Los bienes jurídicos colectivos», *L. H.-Jiménez de Asúa*, 1986, pp. 159-160; BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *DPen*, I, 1997, pp. 60-61; BOTTKE, «Sobre la legitimidad del Derecho Penal económico en sentido estricto y de sus descripciones típicas específicas», trad. N. J. de la Mata, en VV.AA., *Hacia un Derecho Penal económico europeo*, 1995, pp. 643-644. Sin embargo, en mi opinión, este momento normativo no puede ser obviado (*vid. infra* 4).

²⁰ DOYAL y GOUGH, *Teoría de las necesidades humanas*, trad. J. A. Moyano y A. Colás, 1994, pp. 67-71.

lógicamente, algunas de carácter más básico que otras (necesidades intermedias, de distinto grado), que se relacionan entre sí desde el punto de vista de la racionalidad instrumental: una necesidad sirve para satisfacer otra, más básica, y así sucesivamente²¹. Y, en último extremo, parece que las necesidades básicas nos vienen impuestas «por naturaleza»: más exactamente, por el objetivo último de preservar o lograr unas ciertas condiciones en la existencia humana en un momento y lugar dados, con sus componentes genéticos y aquellos otros, mudables, de origen histórico y social; o, en otras palabras, por lo que llamamos cultura²².

Así, en el plano de la economía, es evidente que todo individuo y toda sociedad han de atender necesariamente a exigencias de producción de bienes y servicios *necesarios* para un cierto modo de vida, así como a la reproducción del mismo²³; y, además, todo eso se realiza en un determinado marco, de relaciones sociales²⁴. En concreto, en el caso de nuestras sociedades, y en el ámbito de la economía mercantilizada (el resto de la actividad económica —especialmente la reproductiva— permanece, hoy por hoy, prácticamente fuera de consideración, lo que, desde luego, debería ser discutido)²⁵, se produce cierto tipo de bienes y servicios para el consumo individual y excluyente (propiedad privada), distribuidos básicamente a través del mercado: es decir, mediante la libre contratación entre sujetos, en función de sus preferencias individuales y de su respectiva capacidad adquisitiva (obtenida a su vez por la venta de su fuerza de trabajo en el mercado laboral o por las rentas provenientes del capital que poseía previamente). Ello conlleva, a su vez, ciertas necesidades intermedias: la propiedad privada, las condiciones de competencia en el mercado, la libertad de contratación...²⁶. Y, del mismo modo, estas necesidades exigen, instrumentalmente, la satisfacción de otras necesidades intermedias con un mayor nivel de concreción. Y así sucesivamente.

²¹ DOYAL y GOUGH, *Necesidades*, 1994, pp. 200-217

²² En el mismo sentido, AMELUNG, en JUNG, MÜLLER-DIETZ y NEUMANN (eds.), *Recht und Moral*, 1991, p. 277. Sobre el concepto de cultura, *vid.* HARRIS, *Introducción a la Antropología general*, trad. J. O. Sánchez Fernández, V. Bordoy, O. Bordoy, A. Díaz de Rada Brun y F. Cruces Villalobos, 3.^a ed., 1991 (reimpr. 1995), pp. 145-146, 154.

²³ HARRIS, *Antropología*, 1991, pp. 263 y ss.

²⁴ COHEN, *La teoría de la historia de Karl Marx: una defensa*, trad. P. López Máñez, 1986, pp. 69 y ss.; HARRIS, *Antropología*, 1991, pp. 307 y ss.

²⁵ *Cfr.* CARRASCO, *El trabajo doméstico*, 1989; la misma, *El trabajo doméstico y la reproducción social*, 1991; POOLE, *El trabajo doméstico: un análisis económico*, 1991.

²⁶ ARROYO ZAPATERO, «Derecho penal económico y Constitución», *RevPen*, 1 (1998), p. 2.

En definitiva, por este procedimiento, mediante opciones sucesivas²⁷, se van concretando las necesidades. En cualquier caso, habrá que detener el proceso de concreción en algún punto²⁸. Y, precisamente en ese punto, es preciso pasar del plano de los estados de cosas al del comportamiento humano. O, en otras palabras, debe determinarse qué conductas humanas (activas o de abstención) contribuirían, en términos causales, a provocar el estado de cosas necesario (que se considera que constituye una necesidad), o a preservarlo²⁹; y, además,

²⁷ El hecho de que la conexión entre las necesidades más básicas y sus «satisfactores» (las necesidades, intermedias y menos básicas, que satisfacen aquellas) sea de carácter instrumental —relación medio/fin— implica tres consecuencias importantes. La primera es que no existe una conexión necesaria entre una necesidad básica y las necesidades intermedias que la satisfacen: una misma necesidad podría ser, en abstracto, satisfecha de muchas maneras diferentes; y, frecuentemente, ello también ocurre en el caso concreto, dándose varias alternativas (posibles) de satisfacción (DOYAL y GOUGH, *Necesidades*, 1994, p. 200). Así, es evidente que cualquiera de las necesidades económicas enunciadas en el texto admite diversos modos de satisfacción. La segunda consecuencia es que, debido a ello, la forma de descomponer las necesidades más básicas en necesidades intermedias más concretas consiste en elegir la forma óptima de satisfacción de aquellas. Lo cual significa, en definitiva, que tal cuestión deberá ser argumentada en términos de la Teoría de la Decisión: *cfr.*, al respecto, RESNIK, *Elecciones*, trad. S. Villarrea y B. Rodríguez, 1998; SCHICK, *Hacer elecciones*, trad. M. Zangaro, 1999. Y, precisamente, la tercera consecuencia es que cada una de las alternativas de satisfacción para una necesidad más básica ha de ser sometida igualmente a justificación moral, puesto que, evidentemente, la decisión acerca de la alternativa óptima para dicha satisfacción sólo es posible si las alternativas en cuestión son valoradas (RESNIK, *op. cit.*, pp. 53-54, 141 y ss.); valoración que, en nuestro caso, deberá tener un componente moral. En cualquier caso, no me ocupo con más detenimiento del problema porque el mismo ha de ser resuelto con carácter previo a la reflexión legislativa, a lo largo del constante debate político y de moral social que tiene lugar, al menos en las sociedades democráticas, en la opinión pública. Aunque conviene no perder de vista estos condicionamientos, en la medida en que aumentan o disminuyen el nivel de racionalidad —moral e instrumental— de las ulteriores decisiones legislativas.

²⁸ En realidad, el momento en que se detenga la concreción no deja de ser arbitrario, aunque es cierto que estará culturalmente condicionado: me refiero a que si una sociedad —la nuestra, por ejemplo— dada se plantea la necesidad de la libre competencia y no, en un más alto grado de abstracción, la del mercado en su conjunto, es porque la teoría social (aquí, la económica) no permite manejar este último concepto con carácter *operativo*. Es decir, la teoría económica es capaz de definir de manera específica la competencia perfecta, lo que permite verificar en un caso concreto si se dan o no los elementos de su definición; mientras que, al contrario, el concepto de mercado es en sí mismo más polisémico, lo que dificulta su operatividad. Así pues, el nivel de concreción de las necesidades puede variar a medida que evolucione el conocimiento (que, en el caso de nuestra sociedad y de la vida económica, será fundamentalmente el conocimiento científico).

²⁹ Los actos humanos (activos o de abstención) son intervenciones que causan sucesos: esto es, cambios de un estado de cosas a otro (VON WRIGHT, *Norma y acción*,

en qué medida lo harían. Ello, naturalmente, tiene que hacerse conforme al conocimiento científico: en nuestro caso, según los conocimientos propios de la ciencia económica. Así, por ejemplo, si la libre competencia es una necesidad, entonces hay que establecer, conforme a la Teoría Económica, qué conductas contribuyen a (producir o preservar) la libre competencia, y cuáles a hacerla desaparecer; y cuáles contribuyen más, y cuáles menos (teniendo en cuenta, por lo tanto, también análisis coste/beneficio y coste/eficacia)³⁰. Se trata, en suma, de determinar qué pauta(s) de conducta³¹ es deseable si se pretende provocar o mantener un cierto estado de cosas, el considerado necesario: así, por ejemplo, cuál es el comportamiento deseable de los agentes económicos concurrentes en el mercado, si es que la libre competencia ha de mantenerse³².

El resultado del anterior proceso lleva a un resultado final, que es la fijación de una(s) pauta(s) de comportamiento en el ámbito de la vida social de que se trata, que debería ser preservado. Y, precisamente, eso es lo que puede —si se dan las condiciones de legitimidad para ello— constituir la materia de la protección jurídica³³.

trad. P. García Ferrero, 1970, pp. 44-46, 53-54, 62). Por lo tanto, es absolutamente racional que, en una situación —como lo son todas las que aquí nos interesan— en la que son posibles las conductas humanas, se plantee la cuestión de su relación con los estados de cosas considerados como necesidades.

³⁰ *Vid.*, resumidamente, WÄLDE, «Entscheidungstheoretische Perspektiven für die Rechtsanwendung», *Rechtstheorie*, 6 (1975), pp. 231-236, con ulteriores referencias.

³¹ Entendemos por pauta de conducta una regularidad de comportamiento social verificada empíricamente y acompañada de la creencia, también social, en el carácter debido —en sentido amplio, no necesariamente «moral»— de dicho comportamiento: *vid.* GEERTZ, «Descripción densa: hacia una teoría interpretativa de la cultura», en el mismo, *La interpretación de las culturas*, trad. A. L. Bixio, 1988 (reimpr. 1996), pp. 24-26; HARRIS, *Antropología*, 1991, pp. 145-146, 154, 309 y ss. Por ejemplo, son pautas de conducta de la actividad económica contemporánea las siguientes: «*se deben cumplir los tratos*», «*no se debe engañar al cliente*», «*se debe intentar obtener el máximo beneficio posible*», etc. Y sobre la base de dichas pautas de conducta es como se determinan los objetos de protección del Derecho, en los casos en los que dicha protección pueda justificarse moralmente (*vid. infra* 4).

³² Entiende la definición de los bienes jurídicos en un sentido semejante al aquí propuesto (pautas de conducta), MÜSSIG, *Schutz*, 1994, pp. 142, 160, 195.

³³ Debe destacarse una importante virtud del enfoque acerca de los bienes jurídicos que aquí se está presentando: que el mismo, dada su explicitud desde el punto de vista ontológico (al vincular bienes jurídicos a necesidades sociales, y éstas a las condiciones socioculturales de partida), permite con mayor facilidad que otros el establecimiento de una base empírica, altamente relevante cuando se trata de discutir sobre la justificación de la intervención coactiva del Ordenamiento (*cf.* W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, pp. 100 y ss.). Señala también la necesidad de clarificar el estatuto ontológico de los bienes jurídicos, aunque desde posi-

4. La justificación moral y política de los bienes jurídicos

Ahora bien, a partir de lo anterior no puede extraerse de manera automática la conclusión de que la protección jurídica deba ser efectivamente otorgada. Por el contrario, dicha conclusión depende todavía de dos condiciones, que han de ser explicitadas a continuación. En primer lugar, es preciso llegar a la conclusión de que, desde el punto de vista ético (ético-social), es deseable proteger tales objetos³⁴. En este sentido, dos datos deben ser tenidos en consideración. El primero es el relativo a la moralidad positivamente vivida³⁵ en el seno de nuestro sistema económico³⁶. En este sentido, parece bastante claro que todos los fenómenos expuestos, tanto los estructurales del sistema económico como los referidos a comportamientos individuales, son usualmente valorados como negativos —moralmente incorrectos— por las convicciones imperantes en los agentes del sistema³⁷.

No obstante, entiendo —y la cuestión es, desde luego, discutible— que a partir de ello aún no puede deducirse que esté justificado ver objetos de la protección jurídica en el seno de dichos fenómenos. Pues, en efecto, frente a las concepciones acerca de lo que debe o no proteger el Ordenamiento jurídico de corte positivista (se debe proteger lo que el legislador —o el constituyente— voluntaristamente establezca,

ciones diferentes a las aquí adoptadas, M. MARX, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»*, 1972, pp. 8-10. Así, por ejemplo, parece evidente que la discusión acerca de qué Derecho Penal de la competencia debe existir no puede ni debe desvincularse de los conocimientos de los economistas acerca de las condiciones reales de competencia en el mercado —en un determinado mercado— o sobre qué consecuencias tienen para la competencia diferentes formas de comportarse de los agentes económicos. Además, como se verá luego, la cuestión vuelve a cobrar trascendencia, ya en sede de subsunción y aplicación del Derecho Penal a casos concretos, cuando se trata de precisar cuál es el contenido empírico de la lesión —o puesta en peligro— de dichos bienes jurídicos (*vid. infra* 11).

³⁴ FRISCH, «An den Grenzen des Strafrechts», *FS-Stree/Wessels*, 1993, pp. 82-83, indica acertadamente la importancia de que la doctrina penal se plantee igualmente la previa legitimidad de los objetos de protección del Ordenamiento, antes de entrar en las cuestiones específicamente penales.

³⁵ Se trata aún, pues, de un dato de naturaleza meramente descriptiva (BRANDT, *Teoría ética*, trad. E. Guisán, 1982, reimpr. 1998, pp. 107-108): qué convicciones poseen los agentes del sistema económico acerca de lo que es correcto o incorrecto hacer, desde el punto de vista moral, en la actividad económica.

³⁶ *Cfr.* POLANYI, «El sistema económico como proceso institucionalizado», en VELASCO (comp.), *Lecturas de Antropología social y cultural*, 1995, pp. 385 y ss.

³⁷ Sobre las relaciones entre ética y economía, *vid.* SEN, *Sobre ética y economía*, trad. A. Conde, 1989; el mismo, «Ética del comportamiento y éxito económico», trad. M. Burke, *Revista de Occidente*, n.º 215 (abril 1999), pp. 123 y ss.

sea lo que sea) o funcionalista (se debe proteger aquello que resulta funcional para la estabilidad del sistema social)³⁸, pienso que no es conveniente ni satisfactorio renunciar al momento de la justificación ética de las normas³⁹. Justificación que, en el caso de las normas jurídicas, remite en definitiva a una teoría de la justicia⁴⁰. Así, en el caso que nos ocupa, no basta con constatar —aunque tal información resulte imprescindible⁴¹— que los fenómenos descritos más arriba generan disfuncionalidades en el funcionamiento del sistema económico, ni que son interpretados como irregularidades desde el punto de vista de las convicciones morales dominantes en los operadores de dicho sistema. Pues una decisión basada únicamente en tales datos estaría presuponiendo una prioridad valorativa absoluta —en el plano axiológico— y una autonomía funcional —en el plano descriptivo— del sistema económico que están lejos de resultar admisibles. Por ello, es preciso dar un paso más para establecer una justificación ética racionalmente aceptable para la intervención jurídica: se trata de determinar si, desde una perspectiva global, de la ética social aceptada en la sociedad, se justifica moralmente la protección de tales objetos. Y, claro está, no sólo si se justifica, sino también hasta qué punto. Para dicho razonamiento, soy de la opinión de que el marco ineludible, en el seno de una sociedad democrática y pluralista, tiene que ser algún género de procedimiento discursivo de justificación moral, que parta a su vez de los presupuestos axiológicos comúnmente aceptados en dicha sociedad⁴².

³⁸ Dejo aquí a un lado otras concepciones, hoy menos aceptadas, como son las de corte iusnaturalista (se debe proteger lo que la razón, dios..., dictan).

³⁹ Pues, en definitiva, si las normas establecen un género de vinculación para sus destinatarios distinta de la meramente instrumental —la propia de las reglas técnicas— o de la simple motivación psicológica —que produce también, por ejemplo, cualquier orden—, esto es, si en las normas hay una referencia ineludible a un deber (al momento moral: *vid.* BAYÓN MOHÍNO, *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, 1991, pp. 140-143, 196), entonces la justificación de tal contenido y de tal vinculación no puede derivarse de meros hechos (voluntad del legislador, funcionalidad social), sino que exige algún género de razonamiento moral: BRANDT, *Teoría ética*, 1982, pp. 55-108, 187-217.

⁴⁰ *Id.* BRANDT, *Teoría ética*, 1982, pp. 471-472; ATIENZA, *Legislación*, 1997, pp. 39-40, 88-89; el mismo, *Introducción al Derecho*, 1998, pp. 83 y ss. Naturalmente, no es posible aquí esbozar siquiera tal construcción, aunque algo se dirá a continuación sobre hacia dónde se inclinan mis ideas al respecto. En cualquier caso, me parece importante destacar por encima de todo esas implicaciones morales que las opciones legislativas, en relación con la vida económica como con cualquier otro ámbito de la vida social, poseen.

⁴¹ Precisamente, desde el punto de vista de las racionalidades teleológica y pragmática: ATIENZA, *Legislación*, 1997, pp. 36-38, 42-52.

⁴² Ya he dicho antes que no es posible abordar aquí una exposición detallada de tal procedimiento. Pueden consultarse, sin embargo, con provecho, en relación con

Así, por lo que se refiere al ámbito económico, parece que no es arriesgado concluir que todos los fenómenos más arriba expuestos pueden dar lugar a objetos de la protección jurídica⁴³. Cuestión distinta es la de determinar el alcance que debería poseer dicha protección, dado que a este respecto han de entrar en la discusión una multiplicidad de factores, que ahora sólo pueden ser enunciados:

- En el caso de los fenómenos derivados de la generalización de los riesgos, es preciso establecer puntos de equilibrio entre riesgo y libertad, riesgo y desarrollo económico, etc.⁴⁴
- En el caso de las ineficiencias del mercado (bienes públicos, economías externas), es necesario adoptar decisiones sobre cuestiones distributivas (quién debe beneficiarse de los bienes públicos y a qué precio, quién debe pagar los costes de las economías externas negativas).
- En el caso de las imperfecciones de la competencia, debe decidirse sobre qué nivel de prácticas monopolistas puede verse jus-

el procedimiento discursivo de justificación moral: RAWLS, *Teoría de la justicia*, trad. M. D. González, 1979; el mismo, *Justicia como equidad*, trad. M. A. Rodilla, 1986; APEL, *La transformación de la filosofía*, trad. A. Cortina, J. Conill y J. Chamorro, 1985; el mismo, *Estudios éticos*, trad. C. de Santiago, 1986; el mismo, *Diskurs und Verantwortung*, 1988; el mismo, *Teoría de la verdad y ética del discurso*, trad. N. Smilg, 1991; APEL, CORTINA, DE ZAN y MALIANDI (eds.), *Ética comunicativa y democracia*, 1991; HABERMAS, *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. R. García Cotarelo, 1985; el mismo, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, trad. M. Jiménez Redondo, 1991; el mismo, *Facticidad y validez*, trad. M. Jiménez Redondo, 1998, pp. 147 y ss.; el mismo, *Aclaraciones a la ética del discurso*, trad. J. Mardomingo, 2000; ALEXY, *Juristische Argumentation*, 1991, pp. 219 y ss. Y, en relación con la necesidad de un marco axiológico de partida, *cfr.*, además, WALZER, *Spheres of justice*, 1983; WILLIAMS, *Ethics and the limits of philosophy*, 1985; MACINTYRE, *Tras la virtud*, trad. A. Valcárcel, 1987; TAYLOR, *Sources of self*, 1989; SANDEL, *El liberalismo y los límites de la justicia*, trad. M. L. Melón, 2000.

⁴³ Pues, en efecto, sin necesidad de reconstruir aquí la justificación, parece claro que podrían hallarse razones bastantes, partiendo de los valores básicos comúnmente aceptados en nuestra sociedad (libertad, igualdad, seguridad, justicia), para afirmar que la protección frente a riesgos, frente a las ineficiencias del mercado, frente a las prácticas monopolistas o frente a la desigualdad material excesiva, así como frente a conductas individuales consideradas netamente irregulares, pueden formar legítimamente —al menos, desde el punto de vista moral— parte de lo merecedor de protección jurídica.

⁴⁴ Me he ocupado en parte de esta cuestión, aunque más bien en la fase de aplicación del Derecho Penal, en PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, 1995; el mismo, «El límite entre imprudencia y riesgo permitido: ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios?», *ADPCP*, 1996, pp. 909 y ss., ambos con ulteriores referencias.

tificada en términos de eficiencia (monopolios naturales, ventajas competitivas frente a otros oligopolios —por ejemplo, en el comercio internacional—).

- En el caso de la desigualdad material en el mercado, hay que decidir cuánto se quiere promover la igualdad material, a costa de libertad de contratación y de los incentivos —económicos— para los agentes económicos más poderosos.
- Finalmente, en el caso de las conductas irregulares de carácter individual, hay que establecer los límites entre la conducta económicamente arriesgada, pero aún admisible (o incluso digna de elogio), y lo que se califica directamente como fraude⁴⁵.

En definitiva, pues, todos los ámbitos en los que el Derecho Penal económico puede aspirar a operar plantean sin duda importantes cuestiones morales. Evidentemente, no nos corresponde ahora a nosotros intentar resolverlas aquí todas ellas. No obstante, sí que importa tener en cuenta este hecho, y la necesidad del razonamiento político-moral en este ámbito, pues desgraciadamente es frecuente que el legislador (a veces también la doctrina) prescinda de este género de cuestiones para acogerse a una estrecha visión de corte «funcional» (o, con mayor propiedad, chatamente instrumental), conforme a la cual se trataría de proteger —y, además, de hacerlo a través del Derecho Penal— intereses inequívocamente merecedores de tal protección, y solamente habría que discutir sobre medios, no sobre fines. Pero ya hemos visto que, si bien es cierto que en el marco de los fenómenos económicos que hemos destacado hay intereses idóneos para ser protegidos, no es tan claro en todos los casos (en casi ninguno, en realidad) cuál debería ser el alcance de tal protección, dado que en todos los supuestos problemáticos de la vida económica existe una contraposición conflictiva de intereses que exige la previa resolución. Y no es extraño que, en muchas ocasiones, dicha resolución delimite ya en el punto de partida de manera drástica qué puede y qué no puede ser (legítimamente) objeto de la protección jurídica.

No creo necesario exponer ahora un largo elenco de casos de lo anterior. Pues, en efecto, sólo con pensar en algún problema específico, como, por ejemplo, los relativos a la protección jurídica del medio ambiente y a la de la libre competencia, con las delicadas ponderaciones de valores e intereses a las que deben dar lugar necesariamente,

⁴⁵ Me he ocupado también de esta cuestión, en sede de aplicación de las normas, en relación con las insolvencias punibles, en PAREDES CASTAÑÓN, *LH-Valle Muñiz*, 2001, pp. 1629 y ss., *passim*, con ulteriores referencias.

comprenderemos cuánto debería esforzarse un legislador que se pretenda racional (y, especialmente, quienes le auxilien en tal labor) en justificar su opción por la intervención a través de normas coactivas, como son las jurídicas. De hecho, seguramente la toma en consideración de todos esos valores e intereses debe llevar, en los mencionados supuestos del medio ambiente y de la competencia, a una reducción significativa de aquello que puede constituirse en objeto de la protección jurídica, frente a lo que resultaría de una mera definición conceptual de tales bienes jurídicos.

Por cierto que, lo haya hecho o no por su parte el legislador, la exigencia de racionalización —aquí, en el aspecto moral— no desaparece en absoluto para el aplicador del Derecho: al contrario, el mismo deberá, de una parte, reconstruir la fundamentación moral que el legislador ha otorgado a su decisión normativa, para hacerla aplicable al caso concreto; y, de otra parte, tendrá que completar aquello que el legislador haya dejado sin fundamentar, o sin hacerlo suficientemente, para que la concreta decisión aplicable al caso concreto esté, ésta sí, suficientemente justificada⁴⁶.

5. Justificación instrumental (económica) de la intervención jurídica coactiva

Superado el paso anterior, debe observarse que falta todavía un segundo razonamiento para que pueda considerarse suficientemente justificada la intervención jurídica (insisto en que aún no me he planteado los específicos problemas que suscita el Derecho Penal). Se tratará, en este momento, de examinar la cuestión desde el punto de vista de la racionalidad instrumental. Y es que, en efecto, puesto que la regulación coactiva no es el único medio posible de intervención estatal en la economía (ya que puede acudirse también a otros medios, como la política fiscal —impuestos y gasto público—, medios administrativos de control —autorizaciones, inspecciones...—, etc.)⁴⁷, hace falta una justificación, en términos de eficiencia, de la razón por la que es preferible acudir a dicha técnica y no a otra. Dicha justificación ha de basarse, lógicamente, en la información acerca de las alternativas y de sus efectos que la ciencia económica proporcione.

De cualquier modo, entiendo que es razonable asumir (aun cuando en rigor necesitaríamos un análisis más elaborado, de índole eco-

⁴⁶ Vid. ATIENZA, *Tras la justicia*, 1993, pp. 24, 127-131, 136-139.

⁴⁷ GARCÍA VILLAREJO y SALINAS SÁNCHEZ, *Hacienda*, 1985, *passim*.

nómica, para afirmarlo con certeza)⁴⁸ que en todos los ámbitos enumerados en el texto hará falta algún género de regulación coactiva. Lo que es más discutible —y exige la realización de dicho análisis económico— es el alcance que tal regulación debería tener. Y, por ello, sólo con una discusión de los costes y beneficios de las técnicas alternativas a la regulación jurídica coactiva, sobre la base de la mayor cantidad de información empírica disponible, podrá llegarse a alguna conclusión que resulte racional.

Como ejemplo de lo anterior, puede pensarse en la reflexión usual de que, en ciertos ámbitos (como, por ejemplo, el del medio ambiente, o el de la protección de la competencia), el recurso a técnicas administrativas de autorización, así como ciertas políticas tributarias, pueden ser sin duda mucho más eficaces en la práctica para el logro de los objetivos de protección que la regulación coactiva —prohibición o mandato— de conductas.

6. Bien jurídico y bien jurídico-penal: la relevancia sistémica

De todo lo anterior podrá concluirse, por lo tanto, que es deseable llevar a cabo una regulación jurídica de un cierto ámbito de la actividad económica. Pero de ello no se sigue aún que esté justificado intervenir mediante la incriminación de conductas, mediante la imposición de sanciones penales. Pues, en efecto, si nos tomamos en serio el carácter de *ultima ratio* que se suele predicar del Derecho Penal⁴⁹, entonces no puede bastarnos con la deseabilidad de una protección jurídica: dado el carácter extremadamente afflictivo y restrictivo de derechos fundamentales que implica la incriminación de conductas, hará falta una específica justificación de lo deseable y necesario de la protección jurídico-penal. Dicha justificación pasa, en mi opinión, por dos pasos. El primero se refiere a la justificación de que se proteja penalmente la pauta de conducta en cuestión (el bien jurídico)⁵⁰. Y, luego, habrá que

⁴⁸ Cfr., al respecto, POSNER, *Economic Analysis of Law*, 2.ª ed., 1977; el mismo, *The Economics of Justice*, 2.ª ed., 1983; POLINSKY, *Introducción al análisis económico del Derecho*, trad. J. M. Álvarez Flórez, 1985; TORRES LÓPEZ, *Análisis económico del Derecho*, 1987, pp. 47 y ss.; PASTOR, *Sistema jurídico y economía*, 1989, 25 y ss., 71 y ss.; MERCADO PACHECO, *El análisis económico del Derecho*, 1994, pp. 148 y ss.

⁴⁹ Vid., por todos, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, 1996, pp. 82-84.

⁵⁰ Cfr., en este sentido, MIR PUIG, «Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*», en el mismo, *El Derecho penal en el Estado social y democrático*

justificar por qué se adoptan ciertas opciones de incriminación y no otras, para llevar a cabo dicha protección.

Por lo que hace a la primera de las cuestiones (la justificación de la relevancia jurídico-penal del objeto de protección, del bien jurídico), son dos las condiciones para que tal justificación se dé. La primera es que se demuestre la extraordinaria relevancia social del bien en cuestión⁵¹. Naturalmente, dicha relevancia social puede ser establecida de una manera más o menos imprecisa, pero no creo que eso sea suficiente como fundamentación racional —que debe considerarse imprescindible— de la intervención penal. Por ello, parece más fructífero intentar una argumentación más elaborada. Dicha argumentación exige tomar en consideración, de una parte, las conexiones funcionales reales existentes entre el bien jurídico en cuestión y el resto del sistema social: en nuestro caso, la conexión entre competencia, medio ambiente, protección de la buena fe en los negocios jurídicos, etc., y el funcionamiento del conjunto del sistema económico. De otra parte, además, necesitaremos (puesto que nos hallamos ante un problema eminentemente valorativo, que no puede ser solucionado únicamente mediante la recopilación de datos descriptivos, sociológicos o económicos) establecer la jerarquía axiológica del bien jurídico en cuestión en el contexto global del Ordenamiento jurídico^{52,53}.

Sobre la base de estos datos, hay que establecer la línea de demarcación entre lo jurídico-penalmente relevante y aquello que no lo es. En este sentido, parece que el Derecho Penal, en cuanto que Derecho eminentemente público, ha de limitar su actuación a aquellos conflictos⁵⁴ que posean una trascendencia fundamental⁵⁵ para la supervi-

co de Derecho, 1994, pp. 159 y ss.; JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, trad. J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, 2.^a ed., 1997, pp. 55-56, distinguiendo entre bien jurídico y bien jurídico-penal (merecedor de la protección del Derecho Penal), y exigiendo un plus de justificación para afirmar que un bien debe pertenecer a esta última categoría.

⁵¹ GÜNTHER, «Die Genese eines Straftatbestandes», *JuS*, 1978, pp. 12-13; MIR PUIG, en el mismo, *Derecho penal en el Estado social*, 1994, pp. 162-166.

⁵² *Vid.* las atinadas consideraciones al respecto de MIR PUIG, en el mismo, *Derecho penal en el Estado social*, 1994, pp. 162-166.

⁵³ Se ha utilizado este método ya en PAREDES CASTAÑÓN, *Patentes*, pp. 73 y ss.

⁵⁴ Sobre el concepto de conflicto, desde el punto de vista de la teoría de sistemas, *vid.* LUHMANN, *Introducción a la teoría de sistemas*, ed. J. Torres Nafarrate, 1996, pp. 244-248; el mismo, *Sistemas sociales*, 1998, pp. 324 y ss.

⁵⁵ *Cfr.* AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, 1972, pp. 366 y ss.; CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, 1974, pp. 130-154; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 1976, pp. 137-140; el mismo, *Derecho Penal. Parte*

vencia del sistema (económico) como tal⁵⁶ 57. Por ello, puede ser de interés partir de la distinción que realiza la teoría de sistemas entre conflictos de interacción y conflictos sociales propiamente dichos: los primeros son conflictos entre sujetos presentes que interactúan; los segundos, por el contrario, afectan al conjunto de las interacciones posibles, al sistema social en su conjunto, por lo tanto⁵⁸. Pues bien, entiendo que sólo estos últimos deben ser de la incumbencia del Derecho Penal.

De este modo, y en el campo de la actividad económica, habría que delimitar el ámbito del Derecho Penal económico (frente a los del Derecho privado y/o el Derecho Administrativo económico) según que el conflicto de que se trate afecte únicamente a la interacción entre dos (o más) agentes económicos o, por el contrario, tenga repercusión para la supervivencia del sistema económico como tal⁵⁹: pues es materia

General, 5.^a ed., 1998, p. 137. Precisamente, la introducción, anteriormente propuesta, de un momento previo de fundamentación moral hace que ahora ya, cuando se trata de decidir si el bien jurídico debe gozar del rango de *bien jurídico-penalmente protegido*, podamos acogernos a la perspectiva funcional (evidentemente fructífera a la hora de concretar la relevancia social del objeto de protección) sin temor a caer en una concepción de bien jurídico excesivamente acrítica.

⁵⁶ Esto es, del sistema como ente diferenciado —respecto de su entorno— y en funcionamiento: MÜSSIG, *Schutz*, 1994, p. 160; LUHMANN, *Introducción*, 1996, pp. 61 y ss.; el mismo, *Sistemas sociales*, 1998, pp. 40-62. Sobre los elementos constitutivos del sistema social, *vid.* PARSONS, *El sistema social*, trad. J. Jiménez Blanco y J. Cazorla Pérez, 1982 (reimpr. 1999), *passim*. Y, sobre los elementos constitutivos del sistema económico, *cf.* LUHMANN, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, 1994, *passim*.

⁵⁷ Una precisión, por consiguiente: no toda desestabilización del sistema social (o de alguno de sus subsistemas: por ejemplo, el económico) tiene que resultar disfuncional, sino que, al contrario, puede ser perfectamente funcional y, por ende, no considerarse objeto de represión: LUHMANN, *Sistemas sociales*, 1998, p. 332. Esto tiene su importancia, en la medida en que nos sustrae a la perenne tentación conservadora que todo pensamiento funcionalista conlleva y nos conduce, nuevamente, al terreno de la Ética, donde habrá que valorar si la desestabilización en cuestión merece o no la pena. Así, por ejemplo, es posible que cierto género de conductas arriesgadas y heterodoxas en los mercados financieros resulten, pese a todo, y aun siendo desestabilizadoras, económicamente rentables (y, por lo tanto, funcionales). Habrá que establecer, sin embargo, también si ello —y su permisión— se justifica moralmente.

⁵⁸ *Cfr.* LUHMANN, *Sistemas sociales*, 1998, pp. 353-354, 363 y ss.

⁵⁹ Desde el punto de vista moral, y puesto que ya se ha justificado antes (*vid. supra* 4-5) la necesidad de proteger jurídicamente una cierta pauta de conducta —aquí, en el ámbito económico—, y dando por supuesto que el Ordenamiento jurídico parte necesariamente de la justificación moral del sistema económico en su conjunto, no hay por qué exigir ya que la acción irregular en cuestión (que, por definición, ha de ser considerada, según hemos visto, contraria a la moralidad subyacente a la regulación jurídica en la materia) tenga una trascendencia extraordinaria para el funcio-

extrapenal lo que constituye únicamente un perjuicio al patrimonio de individuos o de grupos (que debe reconducirse al Derecho privado)⁶⁰, o lo que únicamente crea incertidumbre (que ha de reconducirse al Derecho Administrativo económico). Y, naturalmente, tal selección de lo penalmente relevante o irrelevante debería poder argumentarse en estos términos.

Debe advertirse, sin embargo, que la anterior distinción es todo menos simple. Y ello, en primer lugar, porque las cuestiones de relevancia sistémica de las actuaciones irregulares de los agentes económicos no dependen únicamente de sus características «ontológicas» (de cuánto perjuicio patrimonial ocasionan, de cuántas reglas de comportamiento violentan...), sino que es una materia de observación, desde el sistema económico mismo⁶¹. Y, por ello, depende de las condiciones del sistema en un momento dado. Así, lo que en un cierto tiempo no es sino un conflicto de interacción, solventable fuera del ámbito del Derecho Penal, puede entrar en él si en otro momento alcanza una mayor trascendencia: para momentos anteriores en la evolución del sistema económico la defraudación tributaria no poseía la trascendencia —sin duda, sistémica— que hoy posee.

En segundo lugar, ocurre que las formas que adopta dicha relevancia sistémica pueden ser variadas (dado que dependen de la observa-

namiento general de toda la sociedad: basta, al contrario, con que afecte —eso sí, de manera esencial— al subsistema económico mismo. Esta advertencia es importante frente a quienes (*vid. infra* 8) pretenden reducir el Derecho Penal patrimonial y económico a su «núcleo esencial», a aquel conjunto de conductas que atacan más directamente al patrimonio individual, y que ocasionan con ello una mayor alarma social (entendida, además, casi siempre en términos puramente empíricos, como sensación socialmente extendida de inseguridad, con lo problemático que ello resulta en una sociedad mediatizada por los medios de comunicación: SILVA SÁNCHEZ, *Expansión*, 1999, pp. 24-30) y una mayor exigencia de intervención punitiva, al patentizarse más claramente las conexiones entre efecto económico y responsabilidad individual. Con lo que, en la práctica, la consecuencia sería la despenalización —*de iure* o *de facto*— de las conductas menos «alarmantes», esto es, de buena parte de la delincuencia «de cuello blanco»: comportamientos irregulares cuya vinculación a daños patrimoniales concretamente cuantificables no es siempre fácil de establecer. Y, sin embargo, muchos de tales comportamientos son, desde el punto de vista del funcionamiento del sistema económico (y aun cuando no generen esa evanescente «alarma social»), absolutamente perturbadores, por lo que se justifica el entendimiento de que la pauta de conducta atacada pueda considerarse como bien jurídico-penal.

⁶⁰ O, en ocasiones, a esa especie de Derecho «privado privilegiado» —a favor de la Administración Pública— constituido por el Derecho Tributario y el Derecho del gasto público: así, si el perjuicio patrimonial se ocasiona a la Administración (en tanto que persona jurídica, no a la colectividad).

⁶¹ LUHMANN, *Sistemas sociales*, 1998, pp. 57-58, 332-335.

ción —e interpretación— desde el sistema mismo). Pues, en efecto, la relevancia puede derivarse de bases «ontológicas»: por ejemplo, la enorme trascendencia económica de las consecuencias derivadas de la acción en cuestión. Pero también puede tener un origen meramente simbólico: así, es obvio que la confianza constituye un elemento fundamental del funcionamiento de la economía de mercado, por lo que en ciertas ocasiones puede ser objeto idóneo para la protección penal.

En tercer lugar, la distinción entre conflictos de relevancia sistémica y conflictos de interacción no puede ser equiparada totalmente (aunque coincida en buena medida) con la distinción entre actos contra patrimonios individuales y actos contra reglas superiores de funcionamiento del sistema económico. Pues puede ocurrir que la violación de algunas de estas últimas no ocasione, sin embargo, una repercusión global suficiente: así, actos individuales de desobediencia a las reglas de conducta (prácticas monopolistas, actos contaminantes, fraudes tributarios...) que no tengan por sí mismos la suficiente cuantía y no generen efectos simbólicos añadidos de importancia. Pero, sobre todo, sucederá con alguna frecuencia que ciertos actos contra patrimonios individuales tengan, pese a todo, una neta repercusión sistémica: así, en ciertos contextos (por ejemplo, mercados financieros que dependen en muy alta medida de la confianza), actos irregulares individuales de escasa trascendencia patrimonial objetiva pueden, no obstante, poseer repercusiones añadidas —simbólicas o reales— que justifiquen su incriminación⁶².

⁶² Debe distinguirse, sin embargo, este supuesto del de los «delitos de acumulación» (por lo demás, otro tanto habría que decir respecto de la distinción entre «delitos de acumulación» y los delitos de peligro abstracto legítimos). Pues, a diferencia de aquellos, se dan en el caso expuesto en el texto —y en los genuinos delitos de peligro abstracto— dos requisitos que son imprescindibles para admitir su legitimidad: primero, se parte de la correspondiente fundamentación moral del objeto de protección; y sobre todo, en segundo lugar, se exige una justificación de la relevancia sistémica *del acto individual incriminado* (es decir, no sólo de una acumulación de los mismos). Así, no debe bastar (contra lo que piensan los partidarios de los «delitos de acumulación»: *vid.*, señaladamente, KUHLEN, «Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerungsverunreinigung (§324 StGB)», *GA*, 1986, pp. 399-408; el mismo, «Umweltstrafrecht - auf der Suche nach einer neuen Dogmatik», *ZStW*, 105 (1993), pp. 715-720) con que una acumulación de actos individuales irregulares pudiese generar eventualmente una disfunción sistémica (conforme al pensamiento de «¿Qué ocurriría si todo el mundo obrase así?»), sino que será necesario que cada acto en particular pueda, en atención a las condiciones contextuales en las que el mismo tiene lugar, generarla. Por lo demás, habrá que estar también, por supuesto, a las exigencias del principio de proporcionalidad de las sanciones, para comprobar si la pena impuesta atiende, efectivamente, tan sólo a (el merecimiento y necesidad de pena de) la acción realizada (*vid. infra* 9-10) o, por el contrario, se gradúa además conforme a otros factores, espurios.

A partir de las anteriores observaciones queda claro que la determinación de cuáles de las conductas irregulares que atentan a pautas de conducta consideradas correctas en el ámbito de la actividad económica debe considerarse que provocan una perturbación de rango sistémico en dicho sistema económico (y no únicamente la perturbación de una concreta interacción entre agentes económicos) es una cuestión que depende netamente de la interpretación —y, por ende, de la argumentación— en el caso concreto. Es decir: de la significación y alcance que un determinado comportamiento reviste en atención al contexto (espacial, temporal, circunstancial)⁶³ en el que el mismo es llevado a cabo. En efecto, cuando hablamos de comportamientos que produzcan perturbaciones suficientemente relevantes para el conjunto del sistema económico nos estamos refiriendo a aquellas actuaciones que ponen en cuestión las pautas de conducta de la vida económica⁶⁴ que

⁶³ De este triple condicionamiento contextual de la relevancia sistémica de un comportamiento irregular se deriva la consecuencia de que una misma pauta de conducta puede merecer protección penal o no merecerla de forma variable en lugares y momentos históricos distintos; e igualmente, una misma conducta irregular, en circunstancias diferentes (por ejemplo, en dos ámbitos diferentes del mercado), puede poseer una mayor o menor relevancia. Hay que extraer necesariamente tales consecuencias a partir del método funcional (sistémico) que estoy proponiendo para la determinación de la relevancia jurídico-penal de un bien jurídico, puesto que en el mismo se condiciona dicha relevancia a la funcionalidad social, que es necesariamente cambiante, como lo es la sociedad misma. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que, en relación con el momento legislativo, los argumentos de orden funcional que aquí se apuntan sólo pueden ser tomados en consideración de manera limitada, en la medida en que la obligada generalidad de las normas legales impide un exacto ajuste entre necesidades funcionales y la definición del bien jurídico-penalmente relevante. Así, por ejemplo, en términos de técnica legislativa no parece razonable intentar una atención al contexto circunstancial de la conducta irregular que concrete el mismo mucho más allá de un cierto sector productivo (no sería, pues, seguramente razonable, por razones de economía legislativa, distinguir según cuál sea el tamaño de la empresa, las características de sus propietarios..., aunque en algún caso tales datos pudieran influir sobre la relevancia sistémica que el comportamiento irregular conlleva). Además, es obvio que hay otros principios básicos, de rango constitucional (señaladamente, el principio de igualdad), que vedan también una exacta adecuación desde el punto de vista funcional. Se trata, pues, de *establecer —fundadamente— una tipología*, seleccionando (y caracterizando) aquel tipo de actos de cuestionamiento de pautas de conducta que resulta más disfuncional para el sistema económico. En todo caso, el examen de la repercusión de actos concretos habrá de realizarse por el aplicador del Derecho Penal, cuando constate la presencia efectiva de antijuridicidad material (ofensividad) en la conducta que enjuicie.

⁶⁴ Se pone en cuestión una pauta de conducta defraudando las expectativas (cognitivas y normativas) que la misma crea (MÜSSIG, *Schutz*, 1994, pp. 144-145; LUHMANN, *Sistemas sociales*, 1998, pp. 350-352): en el aspecto conductual, no sometándose a la regularidad de comportamiento —en principio— previsible; y, en el aspecto creencial,

resultan de importancia vital para la misma, y no cualquiera otra. Ahora bien, desde el momento en que, como hemos visto, tales pautas de conducta están vinculadas a necesidades propias del sistema económico⁶⁵, cualquiera de las pautas de conducta asumidas como tales podría en principio tener tal importancia. Se trata, pues, de establecer el alcance real que en una concreta situación (histórica y social) posee —potencialmente, al menos— el cuestionamiento de una pauta de conducta, lo que, como he dicho, depende básicamente de cuál sea el funcionamiento del proceso social de comunicación en dicho momento histórico y en dicha sociedad⁶⁶. A este respecto, la primera conclusión que ha de extraerse es que no existen fenómenos «naturalmente» trascendentes o intrascendentes, por lo que, *ceteris paribus*⁶⁷, será siempre

cuestionando, simbólicamente, el carácter «debido» de dicho comportamiento. Usualmente ambos aspectos van unidos en la conducta que incumple la pauta de conducta [cfr. AUSTIN, *Cómo hacer cosas con palabras*, trad. G. R. Carrió y E. A. Rabossi, 1971 (reimpr. 1996), *passim*; SEARLE, *Actos de habla*, trad. L. M. Valdés Villanueva, 1994, pp. 62 y ss.], aunque tal unidad no es necesaria: podría haber un cuestionamiento simbólico —lingüístico o, en general, mediante signos— sin conducta externa que incumpla la regularidad de comportamiento previsible (por ejemplo, la expresión de una opinión sobre lo injusto de un sistema económico que funcione sobre la base del egoísmo individual); e igualmente, una conducta que incumpla con tal regularidad sin un efecto —objetivo— de cuestionamiento de la misma (por ejemplo, una conducta no intencionada ni reputada negligente que, sin embargo, produce error en un cliente). En realidad, sin embargo, y puesto que el incumplimiento y el cuestionamiento de una pauta de conducta operan, como ella misma, en el plano de la cultura (por ende, de lo simbólico: GEERTZ, en el mismo, *Interpretación*, 1988, pp. 20-32; Eco, *Tratado de Semiótica general*, trad. C. Manzano, 5.ª ed., 1995, pp. 51-52), en tanto que acciones (LUHMANN, *op. cit.*, pp. 161-168), este último caso no puede ser considerado como auténtico cuestionamiento de la pauta, ya que no es posible atribuirle tal interpretación simbólica. Así pues, únicamente actos dotados de eficacia también en el plano simbólico pueden gozar de relevancia jurídico-penal: *vid.*, en este sentido, JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. M. Cancio Meliá, 1996, pp. 94-97; el mismo, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, 1996, pp. 10-19; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, 1999, pp. 223-225; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, pp. 190-193. No obstante, además, debe advertirse que la protección jurídico-penal frente a actos de repercusión exclusivamente simbólica, aun justificada en términos funcionales, desde otro punto de vista chocará, salvo excepciones, bien con el principio «*cogitationis poenam nemo patitur*», o bien con la libertad de expresión, por lo que resultará también ilegítima.

⁶⁵ *Vid. supra* 3.

⁶⁶ *Vid.*, en el mismo sentido, LUHMANN, *Introducción*, 1996, pp. 176-183; el mismo, *Sistemas sociales*, 1998, pp. 108-109, 370-377.

⁶⁷ La matización no es superflua, puesto que, evidentemente, la repercusión sistémica del acto defraudador de la pauta de conducta convertida por el Ordenamiento en bien jurídico no fundamenta aún suficientemente, pese a todo, la incriminación: por ejemplo, porque la misma no respete el principio de subsidiariedad, o cualquier

la interpretación otorgada desde la sociedad lo que convierta a una conducta irregular de la vida económica en trascendente para todo el sistema o simplemente trascendente para el sujeto o sujetos perjudicados.

En este sentido, y basándonos nuevamente en la distinción entre sistemas de interacción y sistemas sociales, podemos decir que una conducta irregular —en realidad, una especie de ellas— de la vida económica (que cuestione una pauta de conducta merecedora, en los términos ya indicados, de protección jurídica) produce una perturbación que afecta únicamente a la propia interacción en la que la conducta tiene lugar (o a algunas interacciones cercanas) cuando el alcance comunicativo de dicho comportamiento se limita a los sujetos implicados en la interacción o en las interacciones cercanas⁶⁸. En tal supuesto, ya he señalado que ese género de cuestionamientos de pautas de conducta carece aún de la suficiente relevancia para justificar la intervención del Derecho Penal, debiendo resolverse el conflicto por medios extrapenales (Derecho privado, Derecho Administrativo sancionador)⁶⁹. Por el contrario, el cuestionamiento de la pauta de conducta que es objeto de la protección jurídica constituye una perturbación de relevancia sistémica (para todo el sistema económico), y puede justificar la incriminación, cuando la significación propia de los actos que implica (y no, por lo tanto, la mera posibilidad de acumulación de acciones similares y de la repercusión ampliada que ello conllevaría)

otro de los límites que se vienen apuntando. Es decir, que la relevancia de alcance sistémico de la perturbación funcional producida es condición necesaria, pero no suficiente, para la incriminación.

⁶⁸ Puesto que los sistemas sociales están constituidos alrededor de comunicaciones, y es la relevancia comunicativa lo que les conforma, pero también lo que los perturba: LUHMANN, *Introducción*, 1996, pp. 68-71; el mismo, *Sistemas sociales*, 1998, pp. 59-60, 350-351.

⁶⁹ El Derecho privado de las relaciones obligacionales servirá para resolver el conflicto entre los sujetos participantes en la interacción: las reglas sobre incumplimiento de obligaciones satisfarán a los contratantes defraudados en sus expectativas. El Derecho privado de la responsabilidad extracontractual servirá para atender a los participantes en interacciones próximas a aquella en la que surgió el conflicto, si es que se han visto afectadas por éste: así, los terceros pueden verse satisfechos si la conducta irregular de un sujeto con el que no han contratado les perjudica. Y, finalmente, el Derecho Administrativo sancionador deberá intervenir, en su caso, si es que es preciso preservar el orden público, la sensación de seguridad de los participantes en interacciones: si la conducta irregular en cuestión —una mala información al consumidor, por ejemplo— es de tal índole que, aun no siendo muy relevante en sí misma, su generalización crearía un exceso de incertidumbre (y, por ende, de inseguridad) en los agentes económicos (es aquí, precisamente, y no en el Derecho Penal, donde tiene cabida el «pensamiento de la acumulación»: SILVA SÁNCHEZ, *Expansión*, 1999, pp. 102-105; *vid. también supra*, n. 62).

es perceptible, potencialmente al menos, por todos los agentes económicos; es decir, cuando los receptores potenciales del acto de cuestionamiento son indeterminados.

La determinación del alcance comunicativo del cuestionamiento de unas u otras pautas de conducta propias de la actividad económica depende principalmente de dos factores: de la potencia significativa de los actos de cuestionamiento y, en definitiva, de la pauta de conducta misma; y, en segundo lugar, de cuál sea la dinámica de la comunicación social en un momento dado⁷⁰. Así, de una parte, es evidente que desde el punto de vista del agente económico racional no todas las pautas de conducta poseen igual significación, por lo que tampoco puede poseerlo su cuestionamiento: de hecho, es obvio que hay pautas de conducta que se consideran «esenciales» y otras que se consideran de importancia secundaria; igual que, por otro lado, hay pautas de conducta que parecen atañer «a todos», esto es, a los intereses comunes de todos los agentes económicos, mientras que otras sólo (sólo son vistas como que) tienen que ver con intereses particulares. Y no hace falta que indique nuevamente que tales percepciones son relativas, culturales, cambiantes, puesto que, precisamente, la evolución contemporánea de las concepciones de la ciudadanía acerca de la vida económica ofrece un perfecto ejemplo de tal historicidad. En cualquier caso, lo cierto es que parecen ser las dos citadas (importancia «objetiva» y número de sujetos afectados) las marcas semánticas⁷¹ que caracterizan relevantemente a los actos de cuestionamiento de pautas de conducta desde el punto de vista de las expectativas del ciudadano respecto del Ordenamiento jurídico⁷². Por ello, es necesario investigar acerca de la forma en la que tales marcas son concebidas socialmente (aquí, para el caso de la vida económica), puesto que tal investigación proporcionará uno de los datos relevantes para establecer el grado de relevancia de los actos que cuestionen pautas de conducta establecidas⁷³.

⁷⁰ En términos de la Teoría de la Comunicación: de la naturaleza del mensaje y del canal (cfr. BAYLON y MIGNOT, *La comunicación*, trad. M. Talens, 1996, p. 47).

⁷¹ Cfr. Eco, *Semiótica*, 1995, pp. 136-137.

⁷² Expectativas de expectativas (de las expectativas que el Ordenamiento jurídico ha de tener frente a los ciudadanos destinatarios del mismo): cfr. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 3.^a ed., 1987, p. 33.

⁷³ Debe observarse que la investigación —y argumentación— que ahora se propone se diferencia sustancialmente de la empleada *supra* 4-5. En efecto, allí, al intentar establecer qué pautas de conducta merecen la protección jurídica, se trataba de examinar razones, morales e instrumentales, para que resultara justificado otorgar tal protección. Ahora, por el contrario, asumido lo anterior, estamos intentando determinar el grado de relevancia que realmente posee en la sociedad el cuestionamiento

Por lo que hace a la primera de ellas, la importancia de la pauta de conducta cuestionada, debe observarse una peculiaridad característica del subsistema económico, que no aparece —al menos, no del mismo modo— en otros ámbitos de la vida social, y que es el grado de racionalización, comparativamente muy elevado, que posee la interacción social dentro del mismo. En efecto, el terreno económico es el del imperio de la racionalidad instrumental y estratégica de los agentes económicos operantes, de tal manera que los mismos tienden a moverse fundamentalmente en virtud de cálculos racionales acerca de costes, beneficios, eficacia, etc.⁷⁴ Este dato resulta, a mi entender, fundamental para comprender cuál es la valoración que se hace en la vida económica de las pautas de conducta propias de la misma: en términos generales (y aunque es esto algo que habría que comprobar caso por caso), podrá decirse que son pautas de conducta consideradas «esenciales» precisamente aquellas que la Teoría Económica considera como tales. Por ello, y a diferencia de lo que ocurre en otros terrenos de la interacción social (piénsese, por ejemplo, en los elevados niveles de componentes irracionales que poseen las concepciones sociales relativas a la protección de la vida humana, de la actividad sexual, del honor, de la dignidad...), aquí vamos a poder partir prácticamente siempre de las conclusiones, que ya antes hayan sido justificadas⁷⁵, acerca de qué pautas de conducta son las principales, las más necesarias, para el funcionamiento del sistema económico. En definitiva, lo que es objetivamente más importante para dicho funcionamiento es también lo que más perturba cuando no se respeta.

Por lo tanto, el punto central a investigar, desde el punto de vista de las percepciones sociales sobre la actividad económica, es la forma en que en tales percepciones se distingue entre pautas de conducta «de interés general» y aquellas otras cuyo cuestionamiento, por el contrario, no afecta más que a ciertos sujetos interesados en una concreta

de dichas pautas de conducta (merecedoras de protección); y ello, tanto si la relevancia se justifica racionalmente como si obedece a fenómenos comunicativos difíciles de justificar desde este punto de vista (*cf.*, al respecto, CUESTA, *Psicología social de la comunicación*, 2000, pp. 95 y ss.). Esta diferencia explica el cambio de método: antes, nos basábamos en la Teoría de la Decisión, la Teoría Económica, la Ética y la Teoría de la Justicia; ahora, tenemos que partir de la Sociología, la Psicología Social, la Teoría de la Comunicación y la Semiótica.

⁷⁴ *Cfr.*, sin embargo, SEN, *Ética*, 1989, *passim*, indicando diversas inconsistencias e insuficiencias de las que adolece la tradicional concepción del *homo economicus*. No obstante, para el caso de la actividad empresarial —aunque seguramente no para otros ámbitos de la actividad económica, ni para el sistema económico en su conjunto— sigue siendo básicamente cierto lo indicado en el texto.

⁷⁵ *Vid. supra* 3-4.

relación. A este respecto, vamos a considerar solamente algunos grupos de casos de diferente índole, que, a modo de calas, nos pueden proporcionar algunas claves interpretativas desde las que enfocar la cuestión (aunque, como siempre, hay que advertir que nada puede sustituir al examen del grupo concreto de casos de que se trate):

- a) Casos de incumplimiento de obligaciones: En principio, parece que tales casos son considerados más bien como problemas de naturaleza individual, que afectan únicamente a los participantes en el negocio de que se trate o, a lo sumo, a algunos terceros. Ello, no obstante, varía cuando la conducta conlleva cierto cariz de habitualidad (por ejemplo, porque se trata de un fraude preconcebido) y, por ende, de peligrosidad hacia el futuro: en tal caso, parecería que los intereses generales en el correcto tráfico económico empiezan a padecer.
- b) Casos de prácticas monopolistas: En este supuesto, parece que se entiende que se perturban los intereses generales, puesto que cualquier otro agente económico puede verse afectado en su actividad.
- c) Casos de competencia desleal: Se entiende más bien que afectan únicamente a algunos sujetos, y no a todos. Salvo cuando, por su enorme magnitud, cualquier agente económico de ese sector del mercado puede verse afectado.
- d) Comportamientos fraudulentos frente a consumidores: Parece que, debido a los destinatarios potencialmente indeterminados del fraude, se suele considerar que se afecta a intereses generales.
- e) Comportamientos de fraude tributario: Dada la concepción de la Hacienda Pública como «patrimonio de todos los ciudadanos» que, al menos en su vertiente tributaria (y también en ciertos sectores del gasto público), predomina en nuestras sociedades, se entiende que el fraude tributario ataca a intereses generales. No obstante, no todas las conductas perjudiciales para la Hacienda Pública han de gozar necesariamente de dicha consideración: piénsese, por ejemplo, en ciertos fraudes de subvenciones o en la contratación pública, donde en ocasiones es más discutible si lo que se ataca es un interés particular (el interés de la persona jurídica «administración pública») o el interés general, dependiendo de la concepción —que viene evolucionando en los últimos años— que resulte predominante en ese ámbito de actividad sobre el carácter más bien público o más bien patrimonial de la misma.

Éstas son, pues, ejemplificaciones —desprovistas aquí de cualquier base empírica⁷⁶— del tipo de consideraciones que deben ser tenidas en cuenta a la hora de establecer la relevancia comunicativa de la defraudación de las diversas pautas de conducta propias de la vida económica (y dignas de protección jurídica).

Ahora bien, como ya más arriba he advertido, lo anterior no determina aún suficientemente dicha relevancia comunicativa. Pues, junto con ello, debe tenerse en cuenta además la dinámica real de la comunicación social en una sociedad y un momento histórico concreto (en nuestro caso, en relación con el marco del subsistema económico). En concreto, el contexto social en el que tiene lugar el cuestionamiento de una pauta de conducta influye necesariamente en dicha relevancia⁷⁷: así, el alcance dependerá también del tipo de redes de comunicación existentes en dicho lugar del subsistema económico⁷⁸, así como de la manera en que la comunicación se desarrolla en las mismas (vertiente pragmática)⁷⁹. De esta manera, conductas que, en sí mismas y en abstracto, no son consideradas muy importantes ni relevantes para los intereses generales, sin embargo, pueden adquirir tal relevancia —desde el punto de vista comunicativo— por la especificidad del lugar y el elevado grado de potencialidad comunicativa (con el resto de la economía) que el mismo posee: por ejemplo, algunos comportamientos fraudulentos producidos en determinados sectores de la vida económica (mercados de valores, banca...).

En todo caso, debe observarse los dos aspectos en los que se basa la consideración de la relevancia comunicativa de un cierto objeto de protección. De una parte, es necesario un componente objetivo, en la medida en que únicamente algo que haya sido definido previamente —en sede extrapenal— como un bien jurídico, conforme al método expuesto, podrá llegar a ser bien jurídico-penal. De este modo debería quedar vedada, por ilegítima, cualquier intervención penal que atienda únicamente a demandas o sensaciones, más o menos irracionales, de inseguridad, de la necesidad de «hacer algo»,

⁷⁶ Pues, en efecto, nuevamente la investigación empírica (aquí, sociológica) puede proporcionar datos preciosos a un legislador que pretenda aplicar una política criminal razonable y regida por la idea directriz de intervención mínima. Y además, como ya indiqué *supra*, n. 33, permitirá también verificar —en alguna medida, al menos— hasta qué punto la incriminación está o no suficientemente fundamentada.

⁷⁷ ABRIL, *Teoría general de la información*, 1997, pp. 25-26; CUESTA, *Psicología*, 2000, pp. 155-157.

⁷⁸ Cfr. CUESTA, *Psicología*, 2000, pp. 157 y ss.

⁷⁹ Cfr. BAYLON y MIGNOT, *Comunicación*, 1996, pp. 107 y ss.

etc.⁸⁰ De otra parte, sin embargo, no bastará con la existencia de un objeto que resulte legítimo proteger, sino que, al contrario, únicamente cuando dicho objeto alcance verdadera relevancia general en el «imaginario social» —en términos comunicativos, por tanto— podrá ponerse en marcha legítimamente la intervención penal.

En conclusión, en este paso de la argumentación se trata de establecer, en virtud del principio (político-criminal) *in dubio pro libertate*⁸¹, una carga de la argumentación sobre quien propugna la incriminación⁸². Y, aquí, dicha carga obligará a argumentar, en los términos propuestos, acerca de la —extraordinaria— relevancia social de la pauta de conducta jurídicamente protegida (y, consiguientemente, del cuestionamiento de la misma), condición necesaria (aunque, como veremos a continuación, no suficiente) para que resulte justificada la decisión de crear tipos delictivos. Podrá suceder, en ocasiones, que la conclusión no sea absoluta (que el bien jurídico en cuestión merece la protección penal, o que no la merece), sino más matizada: así, por ejemplo, que solamente ciertos aspectos de lo que constituye un bien jurídico protegible reúna condiciones para convertirse en bien jurídico-penal. Y así se produce nuevamente un efecto limitador de la intervención penal.

7. Principio de subsidiariedad

Idéntica carga de la argumentación ha de imponerse, en segundo lugar, cuando, asumido lo anterior (esto es, que el bien jurídico posea extraordinaria relevancia social), ha de justificarse la segunda de las

⁸⁰ Sobre la enorme presencia actual de este género de demandas irracionales de incriminación, *vid.*, por todos, HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991, pp. 52-70; JÄGER, «Irrationale Kriminalpolitik», *FS-Schüler-Springorum*, 1993, pp. 229 y ss.; PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 1993, pp. 236 y ss.; ALBRECHT, «Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik», *StV*, 1994, pp. 265 y ss.; W. HASSEMER, «Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik», *StV*, 1995, pp. 483 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Expansión*, 1999, pp. 21 y ss. Y, para el caso del Derecho Penal económico, SCHUBARTH, «Das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung im Wirtschaftsstrafrecht», *ZStW*, 92 (1980), pp. 80 y ss., *passim*.

⁸¹ *Vid.* CUELLO CONTRERAS, *PG*, I, 1996, pp. 59-61; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *PG*, 2000, p. 89.

⁸² En sentido similar, W. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, 1984, pp. 39-41; W. HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, 1989, p. 72; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, 3.^a ed., 1998, pp. 466-467. En contra, GÜNTHER, *JuS*, 1978, pp. 10-11.

condiciones para que la incriminación de conductas para proteger dicho bien resulte legítima: que se cumpla con el principio de subsidiariedad⁸³. De acuerdo con el mismo, la intervención del Derecho Penal sólo resulta legítima cuando no exista otro medio menos restrictivo de derechos fundamentales (para el infractor) que permita proteger suficientemente el objeto en cuestión⁸⁴. Medio que hay que entender que debe reunir dos requisitos: ser eficaz y no provocar un coste que, en una ponderación, resulte superior a aquél que ocasiona la intervención penal (en términos de restricción de libertad y privación de derechos fundamentales)⁸⁵.

Esto significa, en definitiva, básicamente dos cosas. Primero, determinar cuáles son las alternativas posibles de intervención frente a la especie de conductas irregulares de que se trate. Pues, en efecto, con frecuencia —especialmente en el ámbito de la delincuencia económica— la eliminación o reducción del número de conductas de tal naturaleza es posible a través de diversos instrumentos jurídicos, no siendo el jurídico-penal sino uno de ellos⁸⁶. Y tal dato debe ser establecido con precisión.

En segundo lugar, será necesario establecer cuáles son los costes y cuál la eficacia de cada una de las alternativas de intervención. Pues, evidentemente, allí donde las alternativas a la incriminación no resulten suficientemente eficaces, podremos dar por respetado el principio de subsidiariedad, dado que en tal caso no existe ninguna razón admisible para exigir que se sacrifiquen bienes merecedores de protección y de extraordinaria trascendencia social⁸⁷. Y, por otra parte, y aun supo-

⁸³ MIR PUIG, en el mismo, *Derecho penal en el Estado social*, 1994, pp. 166-167.

⁸⁴ TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, 1969, pp. 136-138; KAUFMANN, «Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht», *FS-Henkel*, 1974, pp. 100 y ss.; ZIPF, *Kriminalpolitik*, 2.^a ed., 1980, pp. 52-53; ROOS, *Entkriminalisierungstendenzen im Besonderen Teil des Strafrechts*, 1981; BRANDT, *Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzip für Entpoenalisierungen im Strafrecht*, 1988; MAURACH y ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 8.^a ed., 1992, p. 25; FRISCH, *FS-Stree/Wessels*, 1993, pp. 85-88; CUELLO CONTRERAS, *DPen*, I, 1996, p. 63; LUZÓN PEÑA, *PG*, I, 1996, p. 82; POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal. Parte General*, I, 4.^a ed., 2001, pp. 356-360; BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *DPen*, I, 1997, p. 66; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 3.^a ed., 1997, pp. 25-27; RUDOLPHI, en RUDOLPHI, HORN y SAMSON, *SK*, 1997, n.º 14-15 ante §1; MIR PUIG, *PG*, 1998, p. 90; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *PG*, 2000, pp. 80-82; GARCÍA PABLOS, *Derecho Penal. Introducción*, 2.^a ed., 2000, pp. 382-383.

⁸⁵ Destaca este último aspecto JAKOBS, *PG*, 1997, pp. 60-61.

⁸⁶ En efecto, es lo habitual que en relación con las conductas irregulares en la actividad empresarial existan diversas opciones de Política Jurídica posible: controles —a priori o a posteriori— administrativos, sanciones administrativas, responsabilidad civil, tributos, seguros...

⁸⁷ JAKOBS, *PG*, 1997, p. 61.

niendo que las alternativas al Derecho Penal parezcan razonablemente eficaces, habrá que ponderar los costes de las mismas: si tales costes resultasen superiores a los costes de la intervención penal, nuevamente tampoco habría razón para renunciar a esta última⁸⁸. Ahora bien, debe observarse que los costes que pueden ponderarse en este momento son únicamente aquellos que tienen que ver con derechos fundamentales de los ciudadanos: del lado de la intervención penal, la restricción de la libertad que implica la incriminación, así como la aflicción que, en términos de privación de derechos fundamentales, conllevan las penas; y, del lado de las alternativas extrapenales, únicamente aquellas privaciones de derechos fundamentales que las mismas conllevarían⁸⁹. No, por lo tanto, cualquier otro coste: señaladamente, los de carácter económico, puesto que difícilmente puede aceptarse — en la escala axiológica de nuestro Ordenamiento jurídico— que frente a la privación o limitación de derechos fundamentales, que implica siempre la intervención penal, se valoren costes económicos (al menos, en tanto los mismos no constituyeran, en virtud de su entidad, una verdadera perturbación sistémica de carácter autónomo, lo que hoy por hoy no parece ser el caso en nuestras sociedades)⁹⁰; restando solamente, por lo tanto, el problema —que ya no es estrictamente penal, sino de política fiscal y presupuestaria— de cómo se distribuyen tales costes.

En el Derecho Penal económico es especialmente pertinente, a este respecto, el problema de la incidencia de la posición de la víctima —entendida en sentido amplio, sin restringir aquí el concepto al sujeto pasivo del delito— en la fenomenología de las conductas irregula-

⁸⁸ En el mismo sentido, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 199 (aunque restringiendo el análisis a los costes «colaterales», no intencionales —en términos de estigmatización, paralización de la administración de justicia, etc.— de la intervención penal, y no refiriéndose, como aquí se propone, exclusivamente a los costes en términos de libertad); FREUND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1998, p. 8.

⁸⁹ En este sentido, JAKOBS, *PG*, 1997, p. 61. Privaciones para cualquier ciudadano, que será el término a comparar con la privación de derechos fundamentales que la pena conllevaría.

⁹⁰ Me parece que aquí estriba el fallo de muchos estudios sobre Política Criminal desde la perspectiva del análisis económico del Derecho (*cfr.* BECKER, «Crime and punishment», *Journal of Political Economy*, 1968, pp. 169 y ss.; STIGLER, «The optimum enforcement of laws», *Journal of Political Economy*, 1970, pp. 526 y ss.; POSNER, *Economic Analysis*, 1977, pp. 163 y ss.; el mismo, *Justice*, 1983, pp. 163 y ss.; PASTOR, *Sistema jurídico*, 1989, pp. 167 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, «Eficiencia y Derecho Penal», *ADPCP*, 1996, pp. 93 y ss.), que, no obstante, ponen de manifiesto interesantes datos relativos a la eficacia de las regulaciones, así como a la distribución de costes y beneficios que las mismas conllevan.

res: así, no es infrecuente que la víctima juegue un papel esencial en su propia autoprotección. Piénsese, por ejemplo, en las posibilidades de autoprotección frente a conductas fraudulentas en la realización de negocios jurídicos, o frente a prácticas de competencia desleal. Y la existencia de tales posibilidades podría llevar a pensar en ocasiones que no se cumple con el requisito de la subsidiariedad de la intervención penal cuando tal autoprotección resulte, en un determinado caso, factible y eficaz. Desde luego, parece claro, en primer lugar, que tal conclusión sólo puede ser considerada cuando la autoprotección no conlleve costes para los derechos fundamentales de la víctima⁹¹: así, por ejemplo, sería inaceptable negar la legitimidad de la intervención penal sobre la base de que un determinado empresario podría haberse dedicado a otra actividad productiva diferente, ya que tal razonamiento choca frontalmente con el derecho a la libertad de empresa. Por lo demás, y dentro de estos —amplios— límites, parece que tiene que existir una decisión política (de política económica) respecto a quién deben atribuirse los costes de mantenimiento de la seguridad del funcionamiento del sistema económico, o de alguno de sus subsistemas⁹². En todo caso, entiendo que dicha decisión debería ser previa: es decir, en el momento de la definición del bien jurídico (extrapenal) debe considerarse, como hemos visto, en qué medida una regulación jurídica coactiva e imperativa acerca de ciertas materias económicas constituye un buen instrumento de política económica⁹³. Y es precisamente entonces cuando debe adoptarse la decisión de cuánto del coste de la preservación de ciertas condiciones en la actividad económica debe cargarse sobre las víctimas de conductas irregulares que afectan a dichas condiciones. Adoptada, pues, esa decisión fuera del Derecho Penal, la ponderación propia del principio de subsidiariedad en sede penal debería limitarse, como he dicho, al problema de los costes en términos de derechos fundamentales. Así, si se ha decidido en general —en sede extrapenal— que corre de cuenta de los posibles perjudicados la protección frente a ciertas conductas irregulares (por ejemplo, la revelación de ciertos secretos empresariales), entonces es evidente que no existe bien jurídico protegible, por lo que tampoco sería legítima la incriminación. Y, al contrario, si se ha decidido en sede extrapenal que la protección frente a dichas conductas no corre de su cuen-

⁹¹ JAKOBS, PG, 1997, p. 61.

⁹² KINDHÄUSER, «Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal económico», trad. F. Molina Fernández, en VV.AA., *Derecho Penal económico*, 1995, pp. 450-451. Destaca también la importancia del aspecto distributivo ARROYO ZAPATERO, *RevPen*, 1 (1998), p. 5.

⁹³ *Vid. supra* 5.

ta, entonces la alegación del principio de subsidiariedad en relación con un «principio victimológico» no podrá deslegitimar la incriminación⁹⁴.

A partir, pues, de la ponderación correspondiente⁹⁵ podrá establecerse si, pese a todo, la opción por la protección jurídico-penal es la mejor —la menos mala— o si, por el contrario, debe acudirse a otra solución. Y, en todo caso, como antes se indicó, la carga de la argumentación recae sobre la opción criminalizadora, por lo que nuevamente habrá que aplicar el principio *in dubio pro libertate*.

8. Algunos problemas específicos de la definición de los bienes jurídicos en el «nuevo Derecho Penal»: bienes jurídicos supraindividuales, difusos e intermedios

De acuerdo con el método que acabo de esbozar, podemos afrontar problemas específicos que plantea la definición de bienes jurídicos en el Derecho Penal económico (y, en general, en todo el Derecho Penal «no clásico»)⁹⁶ y que parecen condicionar notablemente la tendencia hacia el uso y abuso de los delitos de peligro. Y es que parece ser que en este sector la configuración de bienes jurídicos se separa notoriamente de la tradicional, por su carácter supraindividual y, sobre todo, por resultar mucho más imprecisos que los bienes jurídicos clásicos (vida, integridad física, propiedad...). Se habla, así, de bienes jurídicos difusos, funcionales, intermedios...

A partir de la mera observación de la legislación penal positiva en materia de delitos económicos, así como de la teoría construida acerca de los mismos en la doctrina y en la jurisprudencia, se puede con-

⁹⁴ ROXIN, *AT*, I, 1997, pp. 508-509. De otra opinión, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, 1979, p. 198; el mismo, «Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts», *FS-Bockelmann*, 1979, pp. 130-131; el mismo, «Die Zukunft der Viktimo-Dogmatik: die viktimologische Maxime als umfassendes regulatives Prinzip zur Tatbestandseingrenzung im Strafrecht», *FS-Faller*, 1981, pp. 361 y ss.; el mismo, «Einige vorläufige Bemerkungen zur Bedeutung des viktimologischen Ansatzes in der Strafrechtsdogmatik», en SCHNEIDER (ed.), *Das Verbrechenopfer in der Strafrechtspflege*, 1982, pp. 407 y ss.; R. HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, 1981, pp. 79 y ss.

⁹⁵ Sobre el procedimiento de ponderación, *vid.* PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, pp. 483 y ss.; y, más recientemente, ERBGUTH, OEBBECKE, RENGELIN y SCHULTE (eds.), *Abwägung im Recht*, 1996, *passim*, ambos con ulteriores referencias.

⁹⁶ *Vid.* W. HASSEMER, *ADPCP*, 1992, pp. 235-241; SILVA SÁNCHEZ, *Expansión*, 1999, pp. 97-100.

cluir sin duda alguna que algo diferencia la forma en la que se definen los bienes jurídicos en este ámbito. Ahora bien, entiendo que en realidad son dos los fenómenos que se pueden identificar bajo esta peculiaridad: de una parte, la protección por el Derecho Penal de objetos (intereses difusos, funciones...) diferentes de los que le eran habituales; y, de otra, la posible introducción en este terreno de bienes jurídicos «instrumentales» o «intermedios», es decir, de bienes que constituyen la cobertura —y un anticipo en la protección— de otros bienes jurídicos, que serían los verdaderamente relevantes (los bienes finales). Examinaremos a continuación cada uno de estos dos fenómenos por separado.

A) *Bienes jurídicos supraindividuales y/o difusos*

El problema de la legitimidad o ilegitimidad de la tutela de intereses difusos y de funciones a través del Derecho Penal viene constituyendo el objeto de una amplia y multiforme polémica en la doctrina penal. Me parece, sin embargo, que verdaderamente hay dos cuestiones distintas implicadas. En primer lugar, se discute si es legítima la protección jurídico-penal de bienes jurídicos de alcance supraindividual dotados de entidad propia: así, hay quien pretende reducir el Derecho Penal patrimonial y económico a su «núcleo esencial», a aquel conjunto de conductas que atacan más directamente al patrimonio individual sobre la base de la idea de que sólo la protección —más o menos directa— de intereses individuales puede justificar la intervención penal⁹⁷. Frente a esta posición, personalmente no veo —evidentemente, desde mi propia posición ideológica— razón alguna para sostener una concepción tan restrictiva del Derecho Penal, salvo desde posiciones políticas netamente neoliberales, que, además de resultar cuando menos muy discutibles, resultan de difícil acomodo en la escala axiológica de nuestro Ordenamiento jurídico⁹⁸. Pues, en efecto,

⁹⁷ Aunque con distintas peculiaridades, *cfr.* W. HASSEMER, «Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre», en PHILLIPS y SCHOLLER (eds.), *Jenseits des Funktionalismus*, 1989, pp. 90-94; el mismo, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.^a ed., 1990, pp. 274-276; el mismo, «Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno», trad. E. Larrauri, *ADPCP*, 1992, pp. 241-242, 248; W. HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1989, pp. 109-110; HERZOG, *Unsicherheit*, 1991, pp. 116-119, 138-139; HOFMANN, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, 1991, pp. 147-175; el mismo, «Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht», *GA*, 1992, pp. 77 y ss.; KIND-HÄUSER, en VV.AA., *Derecho Penal económico*, 1995, pp. 445-446; KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1997, pp. 32-33.

⁹⁸ No obstante, hay que reconocer que la preocupación inicial de los defensores de esta concepción tan restrictiva de los bienes jurídico-penalmente protegibles

de acuerdo con el método propuesto más arriba, cualquier objeto puede constituirse en materia idónea para la protección jurídico-penal, con tal de que se cumplan las condiciones enunciadas (vinculación a necesidades sociales, justificación moral e instrumental, efecto comunicativo de relevancia sistémica y respeto al principio de subsidiariedad). Y, por lo tanto, también intereses supraindividuales y de titularidad más o menos difusa⁹⁹, pueden entrar dentro del Derecho Penal. De

—al menos, entre los penalistas— parece ser más bien la constatación de los perversos efectos que la introducción generalizada de bienes jurídicos supraindividuales, junto con otros fenómenos propios del «moderno Derecho Penal», está produciendo en las garantías procesales y sustantivas que clásicamente se reconocieron como propias de la justicia penal. En este sentido, se propugna una diversificación de las respuestas frente a las conductas desviadas, limitando el Derecho Penal, tal y como hoy lo entendemos, al núcleo clásico de los bienes jurídicos individuales y supraindividuales bien asentados. Y reconduciendo el resto de los fenómenos merecedores de sanción a otro ámbito (se le ha denominado «Derecho de intervención»), en el que no regirían las garantías clásicas, pero tampoco podrían imponerse las sanciones más afflictivas (las privativas de libertad). *Vid.*, en este sentido, W. HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, 1995, pp. 41-46; W. HASSEMER, «Perspectivas del Derecho penal futuro», trad. E. Anarte Borrallo, *RevPen*, 1 (1998), p. 40; SILVA SÁNCHEZ, *Expansión*, 1999, pp. 118-127. La cuestión es que, de hecho, este género de propuestas implica una larvada despenalización —al menos, relativa— que, desde mi punto de vista, carece de justificación, con lo que, intencionalmente o no, se acaba por apoyar las tesis políticas neoliberales apuntadas en el texto. Por otra parte, desde el punto de vista garantista, con ser ciertas muchas de las críticas que se señalan, no es tan claro que la única alternativa sea la propuesta. Por el contrario, pienso que la misma participa de un espíritu derrotista, de una «renuncia a la razón» (al esfuerzo por seguir intentando racionalizar la legislación y la práctica del Derecho Penal, como siempre ha hecho la Dogmática jurídica-penal moderna: SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 1992, pp. 43-45) muy propia de nuestra época, pero no necesariamente fundada ni aceptable.

⁹⁹ En efecto, desde el punto de vista de su legitimidad, no veo ninguna diferencia relevante entre bienes jurídicos supraindividuales que protegen intereses de toda la comunidad (bienes supraindividuales «generales») o de sectores de la misma (bienes supraindividuales «difusos»): *vid.* la distinción en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPe económico-PG*, 1998, pp. 94-95 (esta distinción parece corresponderse a la que hace TIEDEMANN, *Lecciones de Derecho Penal económico*, 1993, p. 35). Pues, de una parte, lo cierto es que de hecho, y aunque ello no siempre se haga explícito, muchas veces los sujetos primariamente interesados en ciertos bienes supraindividuales considerados «generales» se podrían reducir a ciertos grupos sociales específicos: así ocurre, por ejemplo, en el caso de la protección de la competencia, o del medio ambiente. Y, de otra, los intereses sectoriales pero no determinados individualmente son, desde luego, y en la medida en que resulten legítimos, también intereses generales (en sentido similar, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *op. cit.*, pp. 101, 103-105). Ello es especialmente evidente en los modernos Estados sociales, en los que las estructuras corporativistas (representaciones de trabajadores, empresarios, consumidores...) constituyen una parte fundamental de la configuración del régimen político: *vid.*, por ejemplo,

hecho, parece ser una tendencia natural de la evolución social la de ir volviendo más complejas las relaciones sociales, de tal manera que, junto a los conflictos derivados de interacciones persona a persona, aparezcan conflictos que atañen directamente a instituciones, funciones sociales, etc. (aunque, por supuesto, se afecte también, bien que de modo indirecto, a las personas)¹⁰⁰.

Así pues, este primer aspecto de la polémica cobra ante todo —aunque no sólo— tintes políticos e ideológicos. Desde el punto de vista metodológico, reviste mayor interés, sin embargo, el otro aspecto de la cuestión. Pues el debate tiene también que ver con el problema del grado de concreción que debe poseer una definición —operativa— del bien jurídico protegido. En efecto, es cierto que frecuentemente la definición de los bienes jurídicos del Derecho Penal económico adolece de un carácter excesivamente genérico e impreciso: «estabilidad del sistema crediticio», «buen funcionamiento del mercado de valores»... Y ello hace que tales definiciones carezcan muchas veces de la potencialidad crítica e interpretativa que en principio deberían poseer, puesto que, si no se concretan más, es difícil extraer consecuencias fundadas, ni críticas (ya que siempre puede hallarse alguna conexión —sobre todo si la misma se establece también de modo impreciso— entre una conducta considerada irregular y la «estabilidad» de un sector de la actividad económica) ni interpretativas (porque la conexión será tan laxa que no podrá establecerse ni el momento de ofensividad ni, consiguientemente, la forma de restringir al ámbito de aplicación del tipo penal en atención al mismo). Por eso, y aun cuando la forma que adopte una definición es siempre convencional, no cualquier definición es

DE ESTEBAN y LÓPEZ GUERRA, *El régimen constitucional español*, I, 1980 (reimpr. 1983), pp. 81-83. No obstante, es cierto que la distinción puede tener su interés a la hora de realizar las ponderaciones de intereses que deben justificar moral y políticamente la definición del bien jurídico (puesto que sirve para determinar de quién son los intereses que deben ser considerados), así como para la articulación de una estrategia adecuada para protegerlo (ya que el círculo de sujetos afectados por las conductas irregulares es relevante a la hora de establecer dicha estrategia).

¹⁰⁰ En sentido similar, PORTILLA CONTRERAS, «Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos», *CPC*, 1989, pp. 739-742; STRATENWERTH, «Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?», *ZStW*, 105 (1993), pp. 692, 694; MÜSSIG, *Schutz*, 1994, pp. 184 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, 1995, pp. 46-48; SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, trad. M. Cancio Meliá, 1996, pp. 19-25; ROXIN, *AT*, I, 1997, p. 21; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, pp. 186-194; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 5.^a ed., 1999, p. 319. Y, para el Derecho Penal económico, *cfr.* TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, pp. 119-121; ARROYO ZAPATERO, *RevPen*, 1 (1998), p. 2.

aceptable; al menos, no lo es como instrumento operativo de la Dogmática^{101,102}.

Así, desde el punto de vista de la función práctica que han de cumplir en la Dogmática jurídico-penal las definiciones de los bienes jurídicos, resultará preferible una definición que contenga elementos con una referencia empírica clara a una que no los contenga (o los contenga en menor grado). Términos como «estabilidad» o «buen funcionamiento» (de un subsistema de la actividad económica) son, por ello, menos útiles como definiciones de los bienes jurídicos que otros dotados de mayor referencia empírica. Y, precisamente por eso, hay que recordar que, como antes indiqué, la forma más idónea de definir operativamente los bienes jurídicos es aquella que lo hace en relación con pautas de conducta. En efecto, las pautas de conducta son, como ya señalé, regularidades empíricas, a las que se les añade un cierto componente creencial. En cualquier caso, ambos aspectos de la pauta de conducta permiten una más fácil verificación empírica: aun cuando

¹⁰¹ En efecto, la definición es una operación lingüística, que consiste en introducir en el discurso un nuevo término (y, a veces, pero no siempre, un nuevo concepto), atribuyendo un significado a dicho término. De acuerdo con esto, y puesto que cualquier definición –cualquier atribución de significado– se realiza también mediante enunciados lingüísticos (a su vez con sus propios significados, sus relaciones de sinonimia, etc.), frecuentemente es posible definir un mismo término de diversos modos. Ahora bien, eso no quiere decir que, desde una determinada perspectiva pragmática, sea indiferente la forma lingüística concreta que adopte la definición. De hecho, una definición sólo es útil cuando reduce la ambigüedad y la vaguedad del término definido, especialmente en aquellos aspectos más relevantes desde el punto de vista pragmático (del uso que se va a dar al término); y tanto más útil cuanto más las reduzca. Lo que significa que en la definición de los bienes jurídicos (que es siempre una definición estipulativa: esto es, que prescribe *cómo debe usarse* el término) serán preferibles las definiciones cuyo *definiens* contenga términos más concretos (esto es, más dotados de referencia empírica), antes que las que contengan términos más abstractos. *Cfr.*, al respecto, HERBERGER y SIMON, *Wissenschaftstheorie für Juristen*, 1980, pp. 328-336; FERRATER MORA, «Definición», en el mismo, *Diccionario de Filosofía*, rev. J. M. Terricabras, 1994, pp. 796-799.

¹⁰² Me parece que precisamente ésta es la cuestión que late bajo la discusión acerca de si el «orden económico» u otros conceptos similares pueden considerarse bienes jurídicos en los delitos económicos: *cfr.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPen económico-PG*, 1998, pp. 96-98. Y creo, además, que la respuesta no puede tener un corte esencialista: como he indicado, y puesto que la definición es una operación lingüística, convencional, no se trata de si pueden o no pueden ser definidos así los bienes jurídicos, sino de si deben serlo. Pues, como en el texto se indica, una definición en términos tan genéricos, resulta muy poco operativa tanto desde el punto de vista interpretativo como, más aún, desde el crítico. En sentido similar, BAJO FERNÁNDEZ y SIERRA GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*, 2.^a ed., 1993, p. 565; MATA y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, 1997, pp. 78-80; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *op. cit.*, pp. 97-98.

siempre exista un margen para la interpretación, no cabe duda de que es más fácilmente verificable si se da o no —y si se cuestiona o no— la pauta de conducta «dar información adecuada a los clientes» que el genérico concepto de «comportamiento correcto con los consumidores». Y, por lo tanto, aquella pauta de conducta permitirá determinar mejor si un cierto comportamiento la ataca o no, lo que es de la mayor trascendencia para que la definición en cuestión cumpla los papeles crítico e interpretativo que tiene atribuidos.

Por lo demás, esta definición de los bienes jurídicos en términos de pautas de conducta significa que frecuentemente será posible hacer definiciones con diversos niveles de concreción, todas ellas válidas y operativas (siempre que se mantenga la referencia a pautas de conducta, revestidas, por ende, del rasgo de la verificabilidad empírica). Así, se podrá definir (un cierto aspecto de) la competencia como «*libre concurrencia de agentes económicos al mercado*»; pero también podrá definirse como «*libre concurrencia de productores*» o «*libre competencia de consumidores*»; o como «*libre concurrencia de productores al mercado de productos petrolíferos*»; y así sucesivamente. Esta posibilidad de deducción de definiciones más concretas del bien jurídico a partir de previas definiciones más abstractas posee una enorme trascendencia sobre todo desde el punto de vista interpretativo, aunque también desde el crítico. Así, desde el primero de ellos, permite concretar a diversos niveles el contenido del bien jurídico, de manera que puedan extraerse consecuencias interpretativas más o menos generales según que se trate, por ejemplo, de interpretar un grupo de delitos (un capítulo del código) o una figura delictiva concreta. Pero también desde el punto de vista de la crítica del Derecho vigente adquiere relevancia, pues, en efecto, resulta obligado poner en conexión el objeto de protección de cada concreta figura delictiva con una definición más abstracta del bien jurídico, homogénea y válida para todo un grupo de delitos. Por lo que, si tal vinculación no puede justificarse —argumentarse— adecuadamente¹⁰³, habrá que concluir que el delito en cuestión no está a su vez justificado, al menos por lo que se refiere a la protección de dicho bien jurídico.

¹⁰³ Como acabo de ejemplificar con el caso de la protección de la competencia, la conexión entre distintos niveles de concreción en la definición del bien jurídico es de carácter analítico: es decir, depende de la propia semántica de los términos empleados en las definiciones (puesto que la extensión del término «*agente económico*» incluye en su seno a la del término «*productor*», y la de éste, a su vez, a la del término «*productor del sector petrolífero*», y así sucesivamente). Y sólo esta conexión analítica permite decir que una definición es deducible de otra.

En conclusión, hay que decir que no existe ningún obstáculo de principio para la tutela jurídico-penal de intereses difusos supraindividuales. Ahora bien, eso no significa que cualquier definición de los mismos sirva como substrato para la intervención penal. Al contrario, sólo si se es capaz de definir dichos objetos con el grado de concreción que se ha indicado podremos hablar propiamente de bienes jurídico-penalmente protegidos. En otro caso, podría suceder que en realidad no hubiera un objeto idóneo para la protección penal, inidoneidad que no debe poder enmascarse en dicha falta de concreción. Y, nuevamente, le corresponde la carga de la argumentación a quien afirma la idoneidad.

B) *Los bienes jurídicos intermedios*

El otro fenómeno en el que tiene lugar una forma peculiar de aparición de bienes jurídicos en Derecho Penal económico es el de los llamados bienes jurídicos «intermedios» o «instrumentales» (la terminología varía)¹⁰⁴. Ocurre, en efecto, que en ocasiones la definición del bien jurídico en un determinado grupo de delitos no puede realizarse sin referencia a otro bien jurídico (el bien jurídico final), respecto del cual aquél no sería sino un instrumento: se protege el bien intermedio para mejor proteger el final. Nos hallamos, por consiguiente, ante un fenómeno de anticipación de la intervención penal¹⁰⁵. Y, como tal, muy relacionado con el recurso a la técnica de los delitos de peligro, pues parece que tales bienes intermedios únicamente pueden ser puestos en peligro, dado que la lesión efectiva se reserva en exclusiva para el bien

¹⁰⁴ Vid., sobre todo ello, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, 1969, pp. 117-125; SCHÜNEMANN, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *JA*, 1975, p. 798; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Strafrechtssystem*, 1981, pp. 328-329; KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, 1985, pp. 236, 378-380; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 136, 310; HERZOG, *Unsicherheit*, 1991, pp. 33-35; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 1994, pp. 300-304; JAKOBS, *Sociedad*, 1996, pp. 30-32; el mismo, *PG*, 1997, pp. 212-214; el mismo, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», trad. E. Peñaranda Ramos, en el mismo, *Estudios de Derecho Penal*, 1997, pp. 313-318; MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios*, 1997, *passim*; ROXIN, *AT*, I, 1997, p. 359; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPen económico-PG*, 1998, pp. 98-100. Niega, sin embargo, relevancia a esta distinción, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, p. 207.

¹⁰⁵ Vid. MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios*, 1997, pp. 41-44, aunque limita esta posible anticipación a la protección de bienes jurídicos (finales) de titularidad individual, restricción que, a mi entender, carece de fundamento, tal y como ya he indicado (*supra* 8-A).

jurídico final¹⁰⁶. De este modo, nos encontramos con la particularidad de que en ciertos grupos de delitos —los relacionados con estos bienes jurídicos intermedios— no existen delitos de lesión, sino tan sólo de peligro¹⁰⁷.

Debe observarse, sin embargo, que no parece ser en el ámbito del Derecho Penal económico donde con mayor frecuencia aparece este fenómeno. En efecto, el análisis del Derecho positivo nos indica que lo más usual en este terreno es que se protejan, bien el patrimonio individual, o bien pautas de conducta referidas a la preservación de ciertas condiciones básicas para el desenvolvimiento ordenado, conforme a las reglas propias del sistema, de la actividad económica¹⁰⁸. Y ocurre que, conforme al método que más arriba he intentado esbozar, cualquiera de tales objetos, si se dan las condiciones adecuadas antes enunciadas, pueden constituir por sí mismos bienes jurídico-penales de carácter final, y no meramente intermedio.

En este sentido, hay que advertir de una cierta confusión que planea sobre el concepto de bien jurídico intermedio o instrumental. Y es que, en mi opinión, un uso estricto de este concepto no debe referirse tanto a aspectos genéticos (por qué se ha empezado a proteger un determinado bien jurídico) como a la existencia o no de relación instrumental estricta —esto es, de medio a fin— entre dos bienes jurídicos.

¹⁰⁶ MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios*, 1997, p. 58. En contra, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, pp. 22-23, 44.

¹⁰⁷ De ello no se deduce, sin embargo, la conclusión inversa, de que los delitos de peligro sólo puedan incriminarse en relación con bienes jurídicos supraindividuales o —menos aún— intermedios: así, sin embargo, CORCOY BIDASOLO, «Responsabilidad penal derivada del producto. En particular la regulación legal en el Código Penal español: delitos de peligro», en MIR PUIG Y LUZÓN PEÑA (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, 1996, p. 248 (cfr., empero, la misma, *Delitos de peligro*, 1999, p. 249). Pues parece evidente que también los bienes jurídicos individuales (en el Derecho Penal económico, el patrimonio) pueden ser puestos en peligro de manera tal que resulte conveniente su incriminación: piénsese, por ejemplo, en ciertas conductas defraudatorias previas a una estafa, que podrían, eventualmente, ser incriminadas, como delitos de peligro concreto.

¹⁰⁸ Piénsese, por ejemplo, en el caso de nuestro Derecho: se protege, de una parte, el patrimonio y, de otra, la competencia, los derechos de los socios y accionistas, los derechos de los trabajadores, los derechos de los consumidores, la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Todos ellos parecen objetos dotados de sustancialidad propia: en efecto, desde la concepción del bien jurídico que se acaba de exponer (puesto que, evidentemente, estamos ante una cuestión normativa), no parece posible reconducir, por ejemplo, los derechos de los trabajadores o de los consumidores simplemente a una tutela anticipada del patrimonio de los mismos, aunque sin duda ese componente sea también importante.

Así, desde el primer punto de vista, el genético, resulta una obviedad la afirmación de que en nuestros ordenamientos jurídicos todos los bienes jurídicos han de referirse, en última instancia, a las condiciones para el desarrollo de la persona (a ello obligan, por ejemplo, los arts. 1.1, 9 y 10 CE, así como disposiciones similares en los textos constitucionales democráticos modernos). Y es evidente, por otra parte, que muchos bienes jurídicos aparecen a partir de la preocupación por salvaguardar otros preexistentes: piénsese, sin más, en el caso del medio ambiente (respecto de la vida y la integridad física de las personas) o de ciertos bienes jurídicos supraindividuales del Derecho Penal económico (protección de los consumidores, por ejemplo), vinculados inicialmente a la protección de patrimonios individuales. Ahora bien, esta génesis histórica de los bienes jurídicos no implica necesariamente que la dependencia entre ellos continúe; y, menos aún, que dicha dependencia sea de carácter estrictamente instrumental¹⁰⁹. Nuevamente, el ejemplo del medio ambiente es ilustrativo: pese a su origen histórico, creo que una definición del mismo adaptada a los tiempos exige incluir en su ámbito aspectos que sin duda ya no tienen nada que ver, al menos directamente, con la protección de la vida y la integridad física humana¹¹⁰. Y algo similar habría que decir respecto del caso del Derecho Penal económico¹¹¹.

Por el contrario, existe una relación verdaderamente instrumental entre bienes jurídicos allí donde uno de ellos, el intermedio, carece de entidad propia (vale decir: de justificación —tanto moral como instrumental— autónoma, conforme al método indicado); y, al contrario,

¹⁰⁹ De otra opinión, sin embargo, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, p. 303; BOTKE, en VV.AA., *Derecho Penal económico*, 1995, pp. 641-642; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «El bien jurídico en el delito de defraudación tributaria», *EPenCr*, XVIII (1995), pp. 169-189; el mismo, *DPen económico-PG*, 1998, pp. 99-100, 112-113; TERRADILLOS BASOCO, *DPen de la empresa*, 1995, pp. 50, 57-58 (*cf.*, sin embargo, *op. cit.*, pp. 56-57); ARROYO ZAPATERO, *RevPen*, 1 (1998), pp. 7-8; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, p. 211, quienes parecen reconocer un bien jurídico intermedio detrás de cada delito económico contra intereses supraindividuales (lo que, por cierto, tomado en sentido estricto, se aproximaría mucho —contra la opinión de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPen económico-PG*, 1998, p. 106— a las tesis ya vistas de quienes pretenden limitar la intervención penal —al menos, la más aflictiva— a bienes jurídicos individuales: *vid.*, si no, la posición de Kindhäuser, en *loc. cit. supra*, n. 97).

¹¹⁰ La cuestión, evidentemente, exigiría una mayor fundamentación, aunque —con todos los matices que se quiera— parece ser la opinión general: *vid.*, por todos, MUÑOZ CONDE, *PE*, 1999, p. 551-553.

¹¹¹ Aquí, la fundamentación se ha indicado ya *supra* 8-A): en nuestro sistema económico y con la escala axiológica de nuestros ordenamientos jurídicos, parece perfectamente fundada la constitución autónoma de bienes jurídicos supraindividuales que protejan las condiciones básicas para el funcionamiento de dicho sistema.

se define *única y exclusivamente* por referencia a aquella pauta o pautas de conducta (intermedias, instrumentales) que preservan y pueden garantizar las expectativas —cognitivas— de los ciudadanos¹¹² respecto a que una pauta de conducta objeto de un bien jurídico (final) va a verse igualmente preservada¹¹³. O, en otras palabras, cuando el bien jurídico intermedio consiste en el aseguramiento —heterónomo¹¹⁴— de las condiciones de preservación del bien jurídico final¹¹⁵. Así, el bien jurídico instrumental resultará justificable si cumple tres condiciones¹¹⁶: primero, y obviamente, que esté justificado a su vez el bien jurídico final al que sirve; segundo, que se justifique la conexión instrumental entre bien jurídico final y bien jurídico intermedio; tercero, que a partir de lo anterior se pueda argumentar político-criminalmente a favor de la anticipación de la intervención penal que, en definitiva, la aparición de un bien jurídico intermedio supone¹¹⁷.

¹¹² Desde el punto de vista victimológico, los bienes jurídicos intermedios se dirigen a la protección de las expectativas de una pluralidad indeterminada de ciudadanos, potencialmente afectados por eventuales puestas en peligro o lesiones del bien jurídico final: MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios*, 1997, pp. 33-34. Esto, por cierto, justifica el que los bienes jurídicos intermedios aparezcan como bienes supra-individuales, incluso cuando el bien jurídico final es de titularidad individual (aunque no suela ser el caso en Derecho Penal económico): MATA Y MARTÍN, *op. cit.*, pp. 23-24.

¹¹³ MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios*, 1997, pp. 24-26.

¹¹⁴ KINDHÄUSER, en VV.AA., *Derecho Penal económico*, 1995, pp. 449-450.

¹¹⁵ KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, pp. 280-281, 291-293; JAKOBS, *Sociedad*, 1996, pp. 30-32; el mismo, en el mismo, *Estudios*, 1997, pp. 313-315. Debe resaltarse la diferencia entre la posibilidad de definir bienes jurídicos intermedios y la posibilidad, antes reseñada (*supra* 8-A), de definir un mismo bien jurídico con distintos niveles de concreción. Esa diferencia puede marcarse desde dos puntos de vista. Primero, desde la perspectiva de la definición misma, puesto que, como veíamos, la definición de un bien jurídico con distintos niveles de concreción es básicamente un instrumento interpretativo, sobre la única base del contenido semántico de la definición (recuérdese el ejemplo: la referencia del término «*agente económico*» incluye la referencia del término «*productor*»); por el contrario, en la constitución de un bien jurídico intermedio no interviene sólo la semántica de los términos, sino las relaciones instrumentales —medio/fin— entre pautas de conducta, pasándose así del plano conceptual al empírico. En segundo lugar, desde la perspectiva teleológica, ya he indicado que los bienes jurídicos intermedios tienen la finalidad de anticipar la intervención penal, cosa que no ocurre en el otro supuesto.

¹¹⁶ Todavía no estoy diciendo cómo deberá ser la protección de dicho bien intermedio: *vid.*, al respecto, *infra* 9.

¹¹⁷ FRISCH, *FS-Stree/Wessels*, 1993, pp. 91-92; MÜSSIG, *Schutz*, 1994, pp. 203-204; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, p. 265; BOTCKE, en VV.AA., *Derecho Penal económico*, 1995, p. 641. Pues la simple afirmación de la existencia de bienes jurídicos intermedios carece de valor para la crítica y limitación del Derecho vigente si, al tiempo, no se establecen las condiciones en las que dicho bien intermedio puede ser legítimamente reconocido: en este sentido, HERZOG, *Unsicherheit*, 1991, pp. 34-35, 44-45.

En este sentido, parece que los factores decisivos que pueden legitimar dicha anticipación (aunque, de todas formas, ello deba ser argumentado caso por caso) son tres. Primero, la especial relevancia — comunicativa— del ámbito de la vida social de que se trate, que hace que las expectativas de seguridad¹¹⁸ sean, en términos comparativos, especialmente importantes en dicho ámbito¹¹⁹: así, para el caso de la actividad económica, es evidente que la seguridad de ciertos subsectores (bancario, financiero...) posee un efecto multiplicador sobre el conjunto de la economía, al igual que su perturbación —incluso en términos de mera inseguridad— se transmite fácilmente al resto de la vida económica. En segundo lugar, es preciso que dicha seguridad se vea amenazada por la existencia, en el ámbito de la vida social de que se trate, de un amplio espacio de riesgo permitido¹²⁰ unido a una dinámica de interacción lo suficientemente compleja como para que muchas de las actividades de la misma hayan sido estandarizadas, de tal modo que los sujetos actuantes no tienen por qué controlar necesariamente los posibles cursos lesivos derivados de sus acciones¹²¹: no otra cosa ocurre en muchas actividades económicas (señaladamente, las financieras), en las que los espacios de riesgo permitido, así como la complejidad son notorias, no teniendo el sujeto el deber de controlar todas las posibles consecuencias económicas de sus

¹¹⁸ La «seguridad» significa fundamentalmente una expectativa —cognitiva— generalizada y suficientemente fundada acerca de la vigencia de ciertos estándares de conducta (KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, pp. 278-279, 282-284; MÜSSIG, *Schutz*, 1994, pp. 202-203). Tal confianza no puede constituir por sí misma un fundamento bastante para la incriminación, puesto que no toda sensación de inseguridad tiene, en sí misma considerada, efectos perturbadores para el sistema en su conjunto: así, entiendo que la existencia —que es un hecho en muchas sociedades y momentos históricos— de una sensación generalizada de inseguridad en relación con la vigencia de los estándares de respeto al patrimonio individual rara vez justifican la anticipación de la intervención penal mediante la técnica de los delitos de peligro abstracto. A no ser que en un caso se demuestre la especial relevancia comunicativa de dicha inseguridad: ello ocurriría, en este ejemplo, si la sensación de inseguridad perturbara completamente la interacción social (ejemplo: los ciudadanos no se atreven a utilizar en público ningún bien de consumo de valor económico relevante) y el tráfico patrimonial (ejemplo: se paraliza completamente el mercado de los seguros).

¹¹⁹ Así pues, tanto la seguridad como la inseguridad, como la relevancia de las mismas, son sin duda construidas socialmente: HERZOG, *Unsicherheit*, 1991, pp. 53-56.

¹²⁰ Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, *passim*.

¹²¹ SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, p. 798; el mismo, *Consideraciones críticas*, 1996, pp. 34-35; KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung*, 1985, pp. 269-271, 274-288; KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, p. 288; MÜSSIG, *Schutz*, 1994, pp. 198-199; JAKOBS, *Sociedad*, 1996, pp. 31-34; el mismo, en el mismo, *Estudios*, 1997, pp. 307-308; el mismo, *PG*, 1997, pp. 210-211, 212-213; ROXIN, *AT*, I, 1997, p. 359.

actos¹²². Finalmente, es también necesario que la protección penal anticipada se justifique desde el punto de vista preventivo, por la frecuencia de la puesta en cuestión de tales expectativas de seguridad (y, nuevamente, en aplicación del principio de subsidiariedad, por la ausencia de soluciones extrapenales eficaces y preferibles)¹²³.

Si se dan las condiciones expuestas, entonces puede reconocerse tal bien jurídico intermedio. Así, en el caso del Derecho Penal económico puede ocurrir —al menos, merecería estudiarse— que ciertos ámbitos de la actividad económica especialmente delicados, tanto por su efecto multiplicador (comunicativo) respecto del resto del sistema económico como por las especiales necesidades preventivas existentes en los mismos, debieran ser protegidos a través de algún bien jurídico intermedio: estoy pensando en supuestos como el de los mercados de valores o el sistema bancario.

Y, si se concluye que ha de reconocerse un bien jurídico intermedio, y que desde el mismo deben configurarse e interpretarse cierto número de delitos, deben extraerse las consecuencias correspondientes. Desde el punto de vista político-criminal, la fundamental es que la constitución de un bien jurídico intermedio justifica directamente (esto es, sin necesidad de establecer al grado de lesividad de la acción abstractamente peligrosa para el bien jurídico final) la incriminación de delitos de peligro abstracto, siempre —claro está— que se den el resto de las condiciones que a continuación se expondrán¹²⁴. En cualquier caso, conductas que aún no ponen en peligro (y mucho menos lesionan) el bien jurídico final, podrán, sin embargo, ser incriminadas por referencia al bien jurídico intermedio (a saber, la seguridad del bien final)¹²⁵. Así, en mi opinión, la opción político-criminal por la incriminación

¹²² *Vid.*, al respecto, PAREDES CASTAÑÓN, *LH-Valle Muñiz*, 2001, pp. 1629 y ss., con ulteriores referencias.

¹²³ *Vid. supra* 7. Destacan este aspecto HERZOG, *Unsicherheit*, 1991, p. 72; KIND-HÄUSER, en VV.AA., *Derecho Penal económico*, 1995, p. 450, indicando que es frecuente incluso que el propio sistema económico posea mecanismos para evitar la extensión de la sensación de inseguridad. Así, por ejemplo, en relación con el ejemplo, mencionado en el texto, del sistema bancario, muchas veces los propios usos de las entidades, así como el propio funcionamiento de la competencia, impide que se generen prácticas bancarias excesivamente arriesgadas. Ello, por no hablar, por supuesto, del papel que cumplen también las regulaciones jurídicas extrapenales.

¹²⁴ *Vid. infra* 9.

¹²⁵ Discrepo, pues, de la idea de que a través de los bienes intermedios los delitos de peligro abstracto se conviertan en delitos de peligro concreto: *cfr.*, sin embargo, MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios*, 1997, pp. 82-81; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, pp. 206-207. Me parece, por el contrario, que por lo que se refiere a la lesividad de una conducta respecto del bien jurídico final nada puede

minación de delitos de peligro abstracto sólo puede justificarse en dos supuestos¹²⁶: primero, cuando pueda admitirse, conforme al método expuesto, la presencia de un bien jurídico intermedio (esto es, cuando la seguridad del bien jurídico final posea relevancia suficiente como para convertirse por sí misma en un nuevo bien jurídico); y segundo, en aquellos casos —que serán infrecuentes— en los que la conducta abstractamente peligrosa genere ya por sí misma una perturbación de rango sistémico¹²⁷. Esto último puede ocurrir, por ejemplo, en supuestos en los que la conducta (que no llega a ocasionar una lesión, y ni siquiera una concreta puesta en peligro del bien jurídico —final— protegido) se refiera a un bien jurídico de importancia capital, y además la estadística de peligrosidad sea muy significativa; pero, en cualquier caso, siempre que además se constate que la acción abstractamente peligrosa genere por sí misma una evidente perturbación del normal funcionamiento del subsistema social de que se trate¹²⁸. Lo cual, por

variar por la definición —que, no lo olvidemos, es siempre convencional, y normativa— de un bien intermedio: si hay peligro (concreto) para aquél, existirá con o sin el reconocimiento de un bien intermedio; e igual a la inversa. De otra forma, el concepto de bien jurídico intermedio perdería toda su potencialidad crítica.

¹²⁶ Me parece que es ésta la forma de llenar de contenido el criterio, aún demasiado impreciso, de que los delitos de peligro abstracto no deben incriminar únicamente «infracciones puramente formales» o «ilícitos administrativos»: *vid.*, por ejemplo, KINDHÄUSER, en VV.AA., *Derecho Penal económico*, 1995, p. 52; TERRADILLOS BASOCO, *DPen de la empresa*, 1995, pp. 53-56; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPen económico-PG*, 1998, pp. 108-109, 113-114 (quien, precisamente, acaba por admitir de manera irrestricta la incriminación de delitos de peligro abstracto en Derecho Penal económico; siempre —afirma— que con ello se esté protegiendo un bien jurídico, individual o supraindividual, pero en unas condiciones —de lesividad: esto es, de vinculación entre acción abstractamente peligrosa y bien jurídico teóricamente protegido— que no se precisan, puesto que tampoco la genérica referencia que hace a la «seguridad de los bienes jurídicos» queda concretada en los términos, más detallados y restrictivos, que en el texto se ensayan); CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, pp. 204-205.

¹²⁷ Creo, por lo demás, que lo dicho vale también para los delitos de peligro abstracto «de aptitud», puesto que como tales delitos de peligro abstracto deben ser conceptuados: *vid.*, por todos, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, pp. 19-20, con ulteriores referencias.

¹²⁸ JAKOBS, en el mismo, *Estudios*, 1997, p. 308; el mismo, *PG*, 1997, p. 211. Estoy pensando en casos como el manejo negligente de energía nuclear, de sustancias altamente tóxicas..., donde los bienes jurídicos en juego son la vida o la integridad física. En tales supuestos, pueden ocurrir dos cosas. Primero, que muchos comportamientos negligentes (y, por consiguiente, al menos abstractamente peligrosos), aun cuando no hayan puesto en concreto peligro el bien jurídico final, generen, sin embargo, una sensación generalizada —pero basada en datos objetivos— de inseguridad en relación con dicho bien jurídico, por lo que, si a ello se une una frecuencia notable del número de tales conductas, podría estar justificado entender que ya la seguridad

cierto, en el caso del Derecho Penal económico será casi imposible. De esta forma, en el ámbito que ahora estudiamos sólo la constitución de bienes jurídicos intermedios, allí donde resulte legítimo, podría justificar la incriminación de conductas que sólo revistan una peligrosidad meramente abstracta, y no en otro caso¹²⁹.

Finalmente, deseo, para acabar con este apartado, destacar tres consecuencias interpretativas que la construcción de los bienes jurídicos intermedios posee. En primer lugar, ya indiqué antes que los bienes jurídicos intermedios parecen exigir el recurso a la técnica de los delitos de peligro¹³⁰. Delitos que, en el caso de los de peligro concreto, habrán de tipificarse por referencia al peligro para el bien jurídico final. En segundo lugar, ello tiene consecuencias de carácter concursal, debiendo acudirse en principio —y salvo razones específicas en contrario— antes al concurso de leyes que al de delitos allí donde a la puesta en peligro del bien jurídico final (y consiguiente «lesión» del bien

de dicho bien es un objeto jurídico-penalmente protegible (constituyéndose, pues, un bien jurídico intermedio). Y segundo (y es el caso al que me refiero en el texto), que alguno de dichos comportamientos negligentes —por ejemplo, el transporte negligente de ciertas sustancias altamente radioactivas— produzca de por sí, dada su gravedad, tal efecto de relevancia comunicativa, incluso si no tiene lugar más que alguna ocasión aislada, por lo que no puede generar una sensación generalizada de inseguridad. A este último grupo podrían pertenecer muchos de los casos apuntados por RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, p. 300.

¹²⁹ Por el contrario, entiendo que la mera referencia a las necesidades derivadas de la dinámica social tendente hacia la estandarización de ciertos comportamientos (sin necesidad, por consiguiente, de comprobar en el caso concreto la concreta puesta en peligro de intereses jurídicamente protegidos) no justifica aún la creación de un delito de peligro abstracto; y menos aún el mero ejercicio —aun funcionalmente justificado— de obediencia a la norma: de otra opinión, SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, p. 798; el mismo, *Consideraciones críticas*, 1996, pp. 34-35; JAKOBS, *Sociedad*, 1996, pp. 31-34; el mismo, en el mismo, *Estudios*, 1997, pp. 307-308; el mismo, *PG*, 1997, pp. 210-211, 212-213; PÉREZ DEL VALLE, «Introducción al Derecho Penal económico», en BACIGALUPO (dir.), *Curso de Derecho Penal económico*, 1998, pp. 31-32. Pues, como hemos visto, la existencia de una necesidad social no es aún —contra lo que piensan las concepciones funcionalistas— razón suficiente para la intervención jurídica, y menos aún para la jurídico-penal, debiendo justificarse ulteriormente tal intervención. En sentido similar, TERRADILLOS BASOCO, *RFDUC*, 63 (1981), pp. 134-135; HERZOG, *Unsicherheit*, 1991, p. 35; MÜSSIG, *Schutz*, 1994, pp. 204-205; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, p. 213.

¹³⁰ Pero, como ya he advertido, esta consecuencia no puede extenderse a todos los delitos económicos orientados a la protección de bienes supraindividuales (sean estos «generales» o «difusos»). Así, por ejemplo, la competencia o los derechos de los consumidores —cualquiera que sea la forma en la que se definan estos bienes jurídicos— sí que pueden ser efectivamente lesionados, y no sólo puestos en peligro. De otra opinión, sin embargo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPen económico-PG*, 1998, pp. 105, 112.

intermedio) le siga la lesión efectiva de aquél¹³¹. Finalmente, el hecho de que nos hallemos ante bienes jurídicos meramente instrumentales debe tenerse muy en cuenta tanto desde el punto de vista de la aplicación de los principios de fragmentariedad (la protección del bien jurídico intermedio deberá ser notoriamente más restrictiva que la de bienes jurídicos finales) y proporcionalidad (las penas deberán ser más reducidas)¹³².

9. La selección de las conductas a incriminar: determinación de las normas primarias y estrategia político-criminal. Merecimiento de pena y necesidad de pena

En los apartados anteriores he analizado en profundidad qué puede ser considerado como bien jurídico-penalmente protegido. En otras palabras, he definido la materia y la finalidad de la intervención —de la prohibición— penal. Ahora bien, lo anterior nada nos dice aún (o, al menos, no nos dice lo suficiente) acerca de cómo debe hacerse la regulación penal de dicha materia de prohibición: nos proporciona, en efecto, el objeto jurídico protegible y los límites más allá de los que resultaría ilegítimo intervenir. La forma concreta que debe adoptar esa intervención queda todavía, sin embargo, en la penumbra.

La realidad es que dicha falta de claridad resulta inevitable en tanto no se dé un paso más en el análisis, consistente en seleccionar aquellas conductas atentatorias al bien jurídico-penalmente protegido que deben estar sujetas a sanción penal, así como graduar la intensidad que debe tener dicha sanción¹³³. Todo ello ha de hacerse atendiendo a consideraciones de índole político-criminal: esto es, diseñando (las líneas generales de) una estrategia de intervención jurídico-penal con la finalidad de prevenir¹³⁴, tanto en términos generales como especiales, dicho género de conductas, o al menos sus formas más graves.

¹³¹ MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios*, 1997, pp. 62-63. En contra (desde su posición, que niega la figura de bien jurídico intermedio), CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, pp. 358-360.

¹³² SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas*, 1996, p. 35.

¹³³ W. HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1974, pp. 68-71, 123, 142; W. HASSEMER Y MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1989, pp. 65-66; ZIPF, *Kriminalpolitik*, 1980, pp. 3-5.

¹³⁴ Se parte aquí, obviamente, de una concepción preventiva de la función de la pena y del Derecho Penal: *vid.* LUZÓN PEÑA, *PG*, I, 1996, pp. 68-69.

El método que hay que emplear para la selección de aquellas conductas sobre las que deber recaer la intervención penal pretende basarse en la consideración de tres datos fundamentales¹³⁵: la definición del bien jurídico protegido, la estrategia político-criminal orientada a protegerlo (como derivación, ideológicamente condicionada, de los principios de necesidad y de eficacia¹³⁶ como principios informadores del ejercicio del *ius puniendi*)¹³⁷ y, como límite último, algún principio general conectado con la naturaleza de nuestro régimen jurídico-político (en concreto, el principio de fragmentariedad de la intervención penal y, en general, el llamado «principio de intervención mínima»)¹³⁸.

Sobre la base de estos datos es posible articular ya las normas primarias de conducta¹³⁹. Se trata, en efecto, de concretar en prescripciones —prohibiciones y mandatos— y, por consiguiente, en razones para la acción o para la abstención¹⁴⁰, las necesidades de protección del bien jurídico. Lo que significa, en definitiva, aplicar reglas técni-

¹³⁵ He aplicado dicho método ya en PAREDES CASTAÑÓN, *Patentes*, en prensa.

¹³⁶ Sobre estos principios, *vid.* LUZÓN PEÑA, *PG*, I, 1996, pp. 83, 84-85.

¹³⁷ En efecto, este postulado metodológico (que en la redacción y en la interpretación de los tipos penales deben tomarse en consideración los objetivos político-criminales atinentes a ese sector de la vida social) no se deriva necesariamente —analíticamente— de los principios de necesidad y de eficacia de la intervención penal, sino que significa una interpretación de los mismos basada en una concepción —ideológica— muy concreta del Ordenamiento jurídico, que tiende a concebirlo como un instrumento de acción política: *vid.* KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung*, 1985, pp. 233 y ss.; SCHRECKENBEGGER, KÖNIG y ZEH, *Gesetzgebungslehre*, 1986, *passim* (esp. los artículos de Rupp, Zeh, Wollmann y Böhret/Hugger); CASALMIGLIA, «¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?», *Doxa*, 13 (1993), pp. 161 y ss.; ATIENZA, *Legislación*, 1997, pp. 36-38, 42-52; el mismo, *Introducción*, 1998, pp. 51 y ss.; y *cfr.* mi posición al respecto en PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, p. 33; el mismo, *ADPCP*, 1996, pp. 912-919.

¹³⁸ Sobre estos «principios», *vid.* LUZÓN PEÑA, *PG*, I, 1996, pp. 82-84. Como ya he apuntado en otros lugares (PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, p. 115, n. 79; el mismo, *ADPCP*, 1996, p. 933, n. 70), el «principio de intervención mínima» (y, añadido ahora, también su concreción más directa en materia de definición de la conducta típica, que es el «principio de fragmentariedad») operan más bien como directrices, esto es, como objetivos que el legislador debe perseguir (el mínimo de intervención penal posible), antes que como auténticos principios dotados de carácter absolutamente vinculante (sobre la diferencia, *cfr.* ATIENZA y RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho*, 1996, p. 5). Por otra parte, me parece obvio que dichas directrices no son ideológicamente neutras, sino que están muy vinculadas a la naturaleza liberal del régimen jurídico-político en el que nuestro Derecho Penal se sustenta.

¹³⁹ Sobre el concepto de norma primaria o de conducta, *vid.*, por todos, MIR PUIG, *PG*, 1998, pp. 27 y ss.

¹⁴⁰ *Vid.* BAYÓN MOHÍNO, *Normatividad*, 1991, pp. 448 y ss.; RAZ, *Razón práctica y normas*, trad. J. Ruiz Manero, 1991, pp. 81-86, 198-207.

cas que establezcan qué conductas deberían ser evitadas o realizadas efectivamente para que el bien jurídico —la pauta de conducta en la que consiste— permanezca incólume (o, al menos, su afectación se reduzca en la mayor medida posible) en lo que depende de las acciones humanas¹⁴¹, tanto en términos de lesión como en términos de puesta en peligro¹⁴². Nuevamente, por lo tanto, será necesario acudir al conocimiento técnico (en nuestro caso, de la ciencia económica) para establecer cuáles son las conductas que afectan al bien jurídico, y en qué medida le afectan. Y, sobre esa base (y partiendo también de la directriz de que, en principio, hay que evitar —en lo que sea posible y legítimo¹⁴³— las conductas¹⁴⁴ que atacan a bienes jurídicos y hay que fomentar —en lo que sea posible y legítimo— las conductas que los promocionan o protegen), se podrán establecer las normas primarias de conducta¹⁴⁵.

¹⁴¹ La estructura del razonamiento es la siguiente (VON WRIGHT, *Norma*, 1970, pp. 29-30):

Se quiere preservar el bien jurídico B. (Premisa primera: fin)

Las acciones A1, A2 ..., An afectan —en una medida Mx— al bien jurídico B (positiva o negativamente). (Premisa segunda: conocimiento técnico)

.....

Luego, si se quiere preservar el bien jurídico B, es preciso prohibir (ordenar) las acciones A1, A2 ..., An. (Conclusión: regla técnica)

¹⁴² *Vid.* KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, p. 136; FREUND, *AT*, 1998, pp. 5-8. Por lo que se refiere a las peculiaridades de las normas primarias orientadas a la evitación de peligros, *vid.* KINDHÄUSER, *op. cit.*, pp. 288-289.

¹⁴³ Poco hay que decir respecto de la primera restricción: es evidente que la eficacia de la intervención estatal para la protección de bienes jurídicos es siempre limitada (en este sentido, cobran importancia las consideraciones de LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 1987, pp. 33, 42-46, respecto a la función de aseguramiento de expectativas normativas que el Derecho cumple; *cf.* igualmente JAKOBS, *PG*, 1997, pp. 9-11; PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, p. 98, n. 35), lo que resulta especialmente palmario en el caso de la regulación de la actividad económica. Por lo que se refiere a las condiciones de legitimidad, simplemente quiero observar en este punto que el alcance de esta directriz será siempre limitado, al menos en un Derecho Penal de raigambre liberal, por dos motivos. Primero, porque entrará necesariamente en conflicto con principios (libre desarrollo de la personalidad) y valores (libertad) de rango constitucional, así como con derechos fundamentales derivados de los mismos (derecho a la propiedad, libertad de empresa...). Y, en segundo lugar, porque ocurre que frecuentemente las normas primarias —las que protegen un mismo bien jurídico o las que protegen distintos bienes— chocan entre sí, por lo que se impone nuevamente la ponderación: *vid.* KINDHÄUSER, *Gefährdung*, 1989, pp. 148-153.

¹⁴⁴ *Vid.* MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.^a ed., 1982, pp. 60-61; el mismo, *PG*, 1998, pp. 121-122; JAKOBS, *PG*, 1997, pp. 45-47.

¹⁴⁵ GÜNTHER, *JuS*, 1978, pp. 9-10.

Ahora bien, tampoco toda norma primaria necesita necesariamente de una sanción penal. Precisamente, el principio de fragmentariedad, antes enunciado, nos indica lo contrario¹⁴⁶. Por ello, a partir de la determinación de las acciones que, desde la perspectiva de la protección del bien jurídico, es deseable evitar —y, en su caso, prohibir— y de aquellas otras que es deseable que tengan lugar —y, en su caso ordenar— la Política Criminal debe diseñar una estrategia para que tal cosa suceda¹⁴⁷. El diseño de una estrategia político-criminal significa, en definitiva, la fijación ordenada de acciones estatales orientadas hacia el objetivo de evitar/conseguir las conductas indeseables/deseables¹⁴⁸. Entre tales acciones estatales podrá haber regulaciones coactivas y sanciones, pero también otras medidas^{149,150}. Y, en el caso de que sean aquellas, y no éstas, las medidas preferibles, habrá que justificar, además, en el caso de las propuestas de incriminación, la existencia del suficiente merecimiento y necesidad de pena.

Es preciso, en todo caso, para ello partir del análisis de la fenomenología de conductas que suelen constituir formas de ataque a dicho bien. Ello exige, naturalmente, realizar —y tomar en consideración— estudios criminológicos acerca de las formas de comportamiento desviado atinentes a la pauta de conducta constituida en bien jurídico-penalmente protegido¹⁵¹, pues serán dichos estudios los que nos indiquen cuáles son las conductas que afectan al mismo que se dan en la realidad y con cuánta frecuencia tienen lugar¹⁵².

A partir de todo lo anterior (es decir, cuando la opción criminalizadora aparezca, en términos estratégicos, como plausible) la argu-

¹⁴⁶ GÜNTHER, *JuS*, 1978, p. 12.

¹⁴⁷ W. HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1989, p. 70.

¹⁴⁸ *Id.* RAIFFA, *Analyse de la décision*, trad. Y. de Calan y H. de Carpentier, 1973, pp. 142-148.

¹⁴⁹ *Id.* ZIPF, *Kriminalpolitik*, 1980, pp. 165 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de Criminología*, 1999, pp. 877 y ss.; GARRIDO, STANGELAND y REDONDO, *Principios de Criminología*, 1999, pp. 685 y ss.

¹⁵⁰ Se repite aquí, pues, nuevamente la restricción que más arriba (*supra* 6) se introducía ya, cuando se trataba de determinar qué bienes jurídicos podían ser protegidos, y cuáles por la vía del Derecho Penal: no es sólo que únicamente puedan ser protegidos jurídicamente —y más aún por el Derecho Penal— aquellos objetos que lo necesiten irremediablemente, sino que sólo pueden serlo frente a conductas que los afecten de manera relevante (o contribuyan relevantemente a su preservación) y para cuya evitación (o incentivación) no exista otra solución alternativa mejor.

¹⁵¹ GÜNTHER, *JuS*, 1978, p. 10.

¹⁵² *Cfr.*, en general, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología*, 1999, pp. 213-215; y sobre la delincuencia económica en particular, GARRIDO, STANGELAND y REDONDO, *Criminología*, 1999, pp. 607 y ss.

mentación para hacer efectivamente racional una determinada selección de conductas para ser incriminadas, y no otra cualquiera, exige dar dos pasos. El primero consiste en valorar el grado de merecimiento de pena inherente a cada una de tales conductas. Determinar el merecimiento de pena¹⁵³ significa determinar la medida en que debe retribuirse¹⁵⁴ (pero no en el sentido tradicional, sino más bien configurando este deber de retribución en directa dependencia de la concepción acerca de la justicia imperante en el Ordenamiento, concepción que sin duda no tiene por qué coincidir necesariamente —y además, en mi opinión, no debe hacerlo— con el concepto absolutista propio de las teorías retribucionistas tradicionales), a través de la pena, y en la medida en que lo permita el respeto al principio de culpabilidad (pues «*no hay pena sin culpabilidad*»), la presencia de dos características que, desde la perspectiva de la *valoración* jurídico-penal (y la consiguiente graduación de la responsabilidad), debe poseer la conducta típica: de una parte, la *lesividad* —puesta en peligro o lesión efectiva—, en lo que se refiere a la relación entre la conducta y la modificación del mundo exterior (es decir, la capacidad, al menos potencial, para crear un *desvalor del resultado*)¹⁵⁵; de otra, la *antinormatividad* (el grado de infracción objetiva del deber de conducta¹⁵⁶, pero también, en su caso, el grado de desvalor subjetivo añadido), en cuanto a la relación de la conducta con el propio sujeto actuante y con el Derecho regulador de su actuación (es decir, el *desvalor de la acción*). Así, la valoración conjunta del grado de lesividad y del grado de antinormatividad de la conducta determinarán su grado de merecimiento de pena.

Desde este primer punto de vista, se podrán obtener dos resultados. En primer lugar, se puede decidir ya la exclusión del ámbito de lo punible de aquellas conductas que, incluso afectando al bien jurídico protegido, poseen, sin embargo, un merecimiento de pena muy reducido. En segundo lugar, por lo que se refiere a las conductas idóneas para

¹⁵³ Sobre el concepto, *vid.* SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 1975, pp. 482 y ss.; BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, 1976, pp. 239 y ss.; GÜNTHER, *JuS*, 1978, pp. 12-14; el mismo, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, pp. 236-242; OTTO, «Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien», *GS-Schröder*, 1978, pp. 53 y ss.; *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 5.^a ed., 1996, p. 10; ALWART, *Strafwürdiges Versuchen*, 1982, pp. 21 y ss.; LUZÓN PEÑA, «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», *ADPCP*, 1993, pp. 21 y ss., *passim*; ROXIN, *AT*, I, 1997, pp. 906-907, todos ellos con ulteriores referencias.

¹⁵⁴ *Cfr.* KINDHÄUSER, «Personalität, Schuld, Vergeltung», *GA*, 1989, pp. 502-504.

¹⁵⁵ *Vid.* PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, p. 95, n. 24.

¹⁵⁶ *Vid.* PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit.*, pp. 116-118.

ser inculpatas, las mismas pueden ser ordenadas en atención a su grado de merecimiento de pena, lo que es esencial tanto para adoptar la decisión final de si inculpatar o no como para, en caso positivo, aplicar las exigencias del principio de proporcionalidad de las sanciones¹⁵⁷.

El segundo paso consiste en realizar idéntica operación en relación con la necesidad de pena respecto de las conductas en cuestión¹⁵⁸. Para determinar el grado de necesidad de pena en relación con una concreta conducta¹⁵⁹, es preciso proceder a la realización de un análisis coste/eficacia¹⁶⁰ acerca de los efectos de la imposición de la pena. En dicho análisis han de considerarse, de una parte, el grado de peligrosidad de los sujetos que cometen cada una de las prácticas irregulares que ostentan suficiente merecimiento de pena, así como la tasa de frecuencia de dichas prácticas, parámetros ambos que han de ser enjuiciados¹⁶¹ a partir de la tipología de la conducta estudiada y de la tipología de autores que, a tenor de los estudios criminológicos, realiza dicha clase de conductas; o, dicho en otros términos, debe tenerse en cuenta la necesidad de prevención, tanto general como especial, que se deriva de la comisión de dicho género de conductas. Y, de otra parte, debe ponderarse el grado de eficacia de la imposición de penas a dichos efectos preventivos. Así, sobre la base de ambos factores habrá que decidir acerca de la necesidad de pena existente en relación con cada conducta.

La necesidad de pena opera fundamentalmente en dos sentidos. Primero, para excluir del ámbito de lo punible aquellas conductas que, aun afectando al bien jurídico y aun siendo merecedoras de pena, sin embargo, no pueden ser eficazmente prevenidas a través del Derecho Penal¹⁶². Y, en segundo lugar, sirve también para graduar tanto el alcance de la inculpatación como la pena a imponer, aunque sólo dentro de los márgenes que permitan las consideraciones de merecimiento de pena, y no en otro caso.

Para acabar, debe llamarse la atención sobre un elemento más que debería tomarse en cuenta en la selección de las conductas a inculpati-

¹⁵⁷ *Vid. infra* 10.

¹⁵⁸ GÜNTHER, *JuS*, 1978, p. 11.

¹⁵⁹ Sobre el concepto, *vid.* igualmente GÜNTHER, *JuS*, 1978, pp. 11-12; LUZÓN PEÑA, *ADPCP*, 1993, pp. 21 y ss., *passim*; OTTO, *AT*, 1996, p. 10; ROXIN, *AT*, I, 1997, pp. 907-908, ambos con ulteriores referencias.

¹⁶⁰ Sobre este concepto, *vid.* PAREDES CASTAÑÓN, *ADPCP*, 1996, p. 932, n. 69, con ulteriores referencias.

¹⁶¹ Sobre los criterios metódicos para este juicio, *vid.* FRISCH, *Prognoseentscheidungen im Strafrecht*, 1983, *passim*.

¹⁶² FREUND, *AT*, 1998, p. 8.

nar: me refiero a la coherencia¹⁶³ de las decisiones político-criminales adoptadas, que no deberían llevar, sin justificación, a aplicar criterios de incriminación diferentes —más generosos o más restrictivos— en áreas diferentes de la vida social¹⁶⁴. Entiendo, además, que este criterio se deriva igualmente del principio de proporcionalidad de las sanciones¹⁶⁵.

Será, pues, a partir del desarrollo del proceso de justificación acabado de exponer como podrá llegarse a decisiones racionales —justificables— acerca de qué conductas deben incriminarse y cuáles no. Naturalmente, dicho proceso carece de cualquier pretensión de objetividad científica; ni siquiera puede perseguir la objetividad relativa que posee una Dogmática eminentemente interpretativa¹⁶⁶: en efecto, la *Política Criminal* constituye, por definición, el ámbito de la discusión política, acerca de los medios óptimos para acabar con los atentados a intereses considerados dignos de la protección penal. Discusión, pues, que no puede resultar objetiva y liberada de tomas de posición de carácter valorativo, sino, al contrario, está profundamente teñida por los mismos¹⁶⁷. Sin embargo, la ausencia de objetividad no debería significar ausencia de razonabilidad¹⁶⁸. Por ello, entiendo que dicho proceso constituye un instrumento irremplazable tanto para cualquier reforma legislativa que pretenda resultar racional¹⁶⁹ como para la ulterior labor de interpretación dogmática de los preceptos legales que resulten¹⁷⁰.

¹⁶³ Cfr. DWORKIN, *El imperio de la justicia*, trad. C. Ferrari, 1992, pp. 132 y ss.; ATIENZA, *Legislación*, 1997, pp. 32-36.

¹⁶⁴ FRISCH, *FS-Stree/Wessels*, 1993, pp. 88-89.

¹⁶⁵ Vid. *infra* 10.

¹⁶⁶ Cfr. W. HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik*, 1974, pp. 176 y ss.

¹⁶⁷ Ya lo advertía en PAREDES CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, pp. 30, 32: la labor dogmática no puede huir siempre de los posicionamientos ideológicos; y ello resulta aún más patente en el análisis de la Parte Especial.

¹⁶⁸ ZIPF, *Kriminalpolitik*, 1980, pp. 23-24.

¹⁶⁹ W. HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción*, 1989, pp. 75-77.

¹⁷⁰ Sobre los fundamentos del método, que aquí no pueden ser explorados con detenimiento, *vid.* fundamentalmente, ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, trad. F. Muñoz Conde, 1972; el mismo, *AT*, I, 1997, pp. 167 y ss.; MIR PUIG, *Introducción*, 1976, pp. 299 y ss.; SCHÜNEMANN, *FS-Bockelmann*, 1979, pp. 119 y ss.; el mismo, «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal», en SCHÜNEMANN (ed.), *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, trad. J. M. Silva Sánchez, 1991, pp. 31 y ss.; el mismo, «Strafrechtssystem und Kriminalpolitik», *FS-Schmitt*, 1992, pp. 117 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 1992, pp. 67-72, 103 y ss., todos ellos con ulteriores referencias. Por lo demás, me parece que es a esto —a la interpretación teleológica, en suma— a lo que se refieren MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios*, 1997, pp. 63 y ss., 85 y ss., cuando habla de «delitos de peligro»

10. Exigencias del principio de proporcionalidad

El último punto de cualquier Política Criminal —aquí, referida al Derecho Penal económico— atañe a las sanciones. Se trata, en efecto, de determinar qué penas deben imponerse a las conductas incriminadas: cuáles y en qué medida. Estamos, por lo tanto, ante el problema de la aplicación del principio de proporcionalidad de las penas¹⁷¹. Aplicación que, en todo caso, para ser suficientemente razonable presupone necesariamente el proceso de argumentación que se ha venido exponiendo hasta aquí, tanto en lo que se refiere a la definición de los bienes jurídico-penalmente protegidos como lo relativo a la selección de las conductas incriminadas. Pues el punto de referencia para la estimación de la proporcionalidad está constituido precisamente por la significación del bien jurídico y por el merecimiento y la necesidad de pena de las conductas tipificadas como delito; y ello, tanto en términos absolutos —esto es, en sí mismos considerados— como relativos —en comparación con otros bienes jurídicos y con otras conductas delictivas—.

En este sentido, y aunque el estudio de la compleja problemática del principio de proporcionalidad exigiría un estudio más detenido¹⁷², sí que es posible realizar alguna observación. Así, es idea común la de que en términos internos al Derecho Penal únicamente es posible fijar criterios de proporcionalidad ordinal (esto es, los relativos a la ordenación de las penas, en atención a la gravedad del hecho delictivo), pero no los límites máximo y mínimo de la escala de penas imponibles en abstracto en un determinado ordenamiento. Por el contrario, dichos límites han de ser fijados tomando en consideración criterios de orden jurídico-constitucional, moral y utilitario, pero en todo caso externos al propio Derecho positivo¹⁷³.

La cuestión, sin embargo, reviste menor dificultad —al menos, comparativamente hablando— cuando no se trata de fijar límites máximos y mínimos absolutos, sino límites máximos y mínimos para un determinado grupo de delitos: aquí, para el Derecho Penal económico. Pues,

lesión» (lesión del bien jurídico supraindividual y peligro para objetivos, intereses..., político-criminales), y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPen económico-PG*, 1998, pp. 91-92, cuando distingue entre «bien jurídico inmediato» (el bien jurídico propiamente dicho) y «bien jurídico mediato» (los objetivos —político-criminales— perseguidos con la regulación jurídica).

¹⁷¹ Cfr. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, 1969, pp. 143-148.

¹⁷² Vid. FERRAJOLI, *Derecho*, 1998, pp. 397-402; VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, trad. E. Larrauri, 1998; AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, 1999, pp. 275 y ss.

¹⁷³ FERRAJOLI, *Derecho*, 1998, p. 398.

en efecto, en tal caso podremos operar con puntos de referencia (límites penológicos máximos y mínimos absolutos, así como un sistema predeterminado de marcos penales) ya prefijados. Aunque, evidentemente, ello no exime de justificar tales puntos de referencia, cuestión en la que aquí no entraremos. De cualquier forma, y suponiendo que dicha justificación exista, entonces se trata de establecer criterios de graduación de las penas dentro de tales límites. Podemos indicar para ello lo siguiente:

- La fijación del límite máximo de las penas imponibles a delitos económicos dependerá de dos factores. El primero de ellos es la posición del bien jurídico-penalmente protegido (tal y como haya quedado definido, conforme al método expuesto) en la escala axiológica del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, en principio nunca los límites penológicos correspondientes a un delito económico deberían ser iguales —y menos aún más elevados— a los establecidos para un delito que ataque a un bien jurídico eminentemente personal. Modo de análisis que vale para cualquier otra comparación que queramos realizar. No obstante, esta condición sólo rige *ceteris paribus*: es decir, si comparamos hechos delictivos contra los dos bienes jurídicos en cuestión que desde el punto de vista del merecimiento de pena¹⁷⁴ resulten homogéneos (si comparamos delitos consumados dolosos de lesión, o delitos consumados dolosos de peligro concreto, etc.).
- Pero, además de la condición anterior, es preciso atender a una segunda: atendiendo a los principios de necesidad y eficacia, el límite máximo de pena alcanzable en virtud de la posición del bien jurídico protegido por un delito económico podrá reducirse en general si consideraciones, también generales, respecto de la necesidad o eficacia de la pena lo indican. Cuando hablo de consideraciones relativas a la necesidad de la pena me refiero a la constatación de que una cierta cuantía de pena, legítima en atención a la importancia del bien jurídico, es, sin embargo, innecesaria, porque sus mismos efectos preventivos pueden ser alcanzados con una pena inferior: así, por ejemplo, es muy posible que con frecuencia en el Derecho Penal económico la condición de los delincuentes sea tal que la cuantía de las penas privativas de libertad no tenga que ser tan alta como correspondería a la importancia del bien jurídico, pues una

¹⁷⁴ Vid. *supra* 9.

pena —eso sí, privativa de libertad— de menor cuantía resulta ya suficientemente intimidatoria¹⁷⁵. Por otra parte, hablo de consideraciones relativas a la eficacia de la pena para hacer referencia al caso en el que la cuantía de pena legítima en atención al bien jurídico protegido, aun siendo necesaria (en la medida en que un límite inferior de pena no resulta suficientemente preventivo), se revela ineficaz: es decir, tampoco dicho pena máxima imponible legítimamente da lugar a efecto preventivo suficiente, o produce incluso efectos negativos, crimi-nógenos. En este caso, entiendo que la fijación de tal límite de pena es irracional e injustificable, por lo que habría que ensayar penas, sanciones alternativas o, en general, estrategias político-criminales diferentes.

- Por el contrario, entiendo que en virtud de consideraciones de necesidad o de eficacia no podrá nunca elevarse el límite máximo de la penalidad imponible más allá de lo que la importancia del bien jurídico protegido justifique.
- Dentro de los límites máximos así establecidos, se trata de graduar ordinalmente las penas¹⁷⁶. Para ello es necesario contar con los tres factores que ya más arriba se han indicado: merecimiento de pena derivado de la lesividad de la conducta, merecimiento de pena derivado de la antinormatividad de la conducta y necesidad de pena¹⁷⁷. Y entiendo que es precisamente éste el orden de prioridad en el que deben aplicarse los criterios de graduación. Así, una primera distinción debe hacerse entre delitos de lesión y delitos de peligro: *ceteris paribus* (por ejemplo, comparando delitos consumados contra un mismo bien jurídico)¹⁷⁸, un delito de peligro no debe tener nunca la misma pena que un delito de lesión; y uno de peligro abstracto tampoco la misma que uno de peligro concreto. Y, entre los delitos de lesión, debería graduarse prioritariamente en atención a la gravedad de la lesión.

¹⁷⁵ Apunta esta posibilidad FERRAJOLI, *Derecho*, 1998, p. 400.

¹⁷⁶ Puesto que, evidentemente, no es posible establecer un vínculo necesario entre gravedad del delito y gravedad de la pena, a lo más que podemos aspirar —pero ello es suficiente para nosotros— es a ordenar los delitos según su gravedad, a ordenar las penas según su gravedad y a hacer corresponder a cada uno de los elementos de la primera un elemento de la segunda.

¹⁷⁷ *Vid. supra* 9.

¹⁷⁸ No entro aquí en el problema de las reglas de graduación de la pena establecidas en la Parte General, que en un trabajo global sobre el principio de proporcionalidad sí que debería ser considerado.

A partir de los resultados anteriores puede entrarse a graduar en atención a la antinormatividad: así, *ceteris paribus*, un delito doloso ha de tener pena mayor que uno imprudente. Por lo demás, la graduación debería alcanzar a otras circunstancias que resulten relevantes para el incremento o la reducción de la antinormatividad (por ejemplo, y según los casos, el abuso de confianza, el prevalimiento...).

Finalmente, y dentro de los márgenes que permitan los resultados anteriores —y sólo dentro de los mismos— podrán tenerse en cuenta consideraciones respecto de necesidades preventivas existentes frente a un determinado género de conducta (frecuencia de su comisión, necesidades preventivas, eficacia de la intervención penal). Así, y nuevamente *ceteris paribus*, un delito más frecuente podrá pensarse más que otro que lo sea menos.

11. Excurso sobre la determinación de la lesividad de las conductas en el «nuevo Derecho Penal»

Antes de continuar, es importante hacer alguna precisión en relación con el concepto de lesividad de una conducta respecto del bien jurídico-penalmente protegido. Pues, en efecto, hemos visto ya que, a igual bien jurídico, la lesividad se constituye en el factor más relevante tanto para justificar la incriminación como para establecer la sanción proporcionada que le corresponde a la conducta tipificada. Más en concreto, en relación con el problema de la utilización de la técnica de los delitos de peligro (que, precisamente, se distinguen por el grado de lesividad de la conducta incriminada), se trata del factor —específico— fundamental. Por otra parte, ocurre, sin embargo, que la naturaleza singularmente abstracta que poseen muchos de los bienes jurídicos del moderno Derecho Penal (y también del Derecho Penal económico) hace que surjan dudas sobre la forma en la que debería establecerse la diferenciación entre lesión y mera puesta en peligro (concreto) del bien jurídico¹⁷⁹, entre peligro concreto y peligrosidad

¹⁷⁹ No es cierto, sin embargo, que los bienes jurídicos supraindividuales no puedan ser lesionados: *vid.*, sin embargo, TERRADILLOS BASOCO, *DPen de la empresa*, 1995, p. 51. Por el contrario, como ya indiqué antes (*supra* 8-B), ello sólo se aplica a los bienes jurídicos intermedios, que, desde luego, no coinciden con todos los bienes supraindividuales. Así, veremos a continuación que es perfectamente imaginable la lesión de la mayoría de estos últimos, por más que en ocasiones nos cueste más determinar el momento en el que dicha lesión tiene lugar. Sobre las razones histórico-dogmáticas que han conducido a dificultades conceptuales para aceptar lesiones «inmateriales» de bienes jurídicos, *cfr.* CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, pp. 219-224.

abstracta y, en fin, entre distintos grados de lesión o de peligro. Distinciones todas estas que, como es sabido, resultan esenciales para una correcta estimación del merecimiento de pena. Piénsese, por ejemplo, en las dificultades que puede plantear la determinación del grado de afectación a la competencia —cualquiera que sea la forma en la misma sea definida como bien jurídico-penalmente protegido— a que dan lugar conductas de competencia desleal, monopolistas, etc., si se opta por incriminar algunas de ellas.

En este sentido, conviene advertir que la mayor dificultad de tal determinación respecto de muchos bienes jurídicos del Derecho Penal económico, en comparación con la existente para bienes jurídicos más tradicionales, no es sino una diferencia de grado. Pues, en definitiva, dicha dificultad tiene que ver sobre todo con las distintas posibilidades de percepción sensitiva de las transformaciones —y del cuestionamiento— en relación con la pauta de conducta en que el bien jurídico consiste. Por poner un ejemplo extremo: es evidente que, en el caso de la vida humana independiente, el momento de la lesión del bien jurídico es más fácil de establecer porque en este supuesto —que ya dije que es extremo— la percepción social acerca de cuándo se afecta a la vida humana en cuanto pauta de conducta («estar vivo») coincide totalmente con lo que las ciencias empíricas nos dicen respecto a la barrera entre vida y muerte. Ahora bien, esta situación tan diáfana empieza a ensombrecerse ya en otros bienes jurídicos «clásicos»: piénsese en las dudas que surgen acerca de la lesión del bien jurídico en los delitos contra el honor o contra el patrimonio¹⁸⁰. Y la cuestión se vuelve, evidentemente, todavía más confusa a medida que entramos en el terreno de los bienes jurídicos más complejos, como lo son en buena medida los más peculiares del Derecho Penal económico: a saber, bienes jurídicos que se definen por referencia a pautas de conducta complejas, en la medida en que en ellas no se indican sólo regularidades de comportamiento individual (como ocurría, por ejemplo, en el caso de la vida humana independiente), sino casi siempre regularidades de comportamiento *en interacción estratégica*¹⁸¹. No de otra índole son,

¹⁸⁰ *Cfr.*, por todos, MUÑOZ CONDE, *PE*, 1999, pp. 268 y ss., 346-349, con ulteriores referencias. Me he ocupado de esta cuestión, en relación con los delitos contra el patrimonio, en PAREDES CASTAÑÓN, «Lesión del bien jurídico y consumación en el delito de apropiación indebida», *PJ*, 46 (1997), pp. 217 y ss.

¹⁸¹ Se trata de comportamientos de sujetos en su relación con otros sujetos; y, además, de supuestos en los que el comportamiento de cada uno depende también del comportamiento de los demás: *cfr.* AXELROD, *La evolución de la cooperación*, trad. L. Bou, 2.ª ed., 1996; DAVIS, *Introducción a la teoría de juegos*, trad. J. C. Gómez Borrero, 1998.

por ejemplo, las pautas de conducta que se protegen en relación con la competencia en el mercado: aquí no se trata, en efecto, de proteger ciertas posibilidades de actuación individual aislada, sino de proteger la posibilidad de que cada sujeto interactúe con otros de cierta forma.

Por ello, la determinación del momento en el que tiene lugar la lesión de bienes jurídicos de esta índole exige, nuevamente, tomar en consideración los aspectos comunicativos de la situación. En concreto, se trata de establecer el momento en el que la relación entre sujetos de acuerdo a la pauta de conducta —bien jurídico— penalmente protegida se vuelve imposible en sus propios términos. Para el caso que nos ocupa, se trata de establecer el momento en el que la interacción «normal» (esto es, la marcada por la pauta de conducta protegida) entre los agentes económicos se vuelve imposible. Tal imposibilidad puede producirse, en ocasiones, por causas de naturaleza física: así, si un sujeto emplea violencia o intimidación para alterar los precios normales del mercado (art. 284 CP), la interacción usual que produce la libre formación de precios deviene imposible; e igual ocurre cuando alguien detrae del mercado materias primas (art. 281 CP), haciendo con ello físicamente imposible que se negocie sobre tales mercancías. En estos supuestos, la lesión del bien jurídico es más fácilmente constatable, puesto que será justamente dicha imposibilidad física de interacción (el momento en el que la misma surge) la que marcará la existencia de lesión.

Por el contrario, otras veces la imposibilidad de una interacción normal no obedece a causas físicas, sino más bien a que la actuación de un cierto sujeto distorsiona la información que se transmite en el acto comunicativo hasta el punto en que la comunicación normal se hace imposible, o al menos altamente improbable, o demasiado costosa¹⁸². Así, un sujeto que utilice información privilegiada, o que manipule el mercado mediante informaciones falsas (arts. 284 y 285 CP) hace imposible una comunicación fluida entre los agentes económicos, de manera que la información que los mismos transmiten —que es la que contribuye a la libre formación de los precios— aparecerá, desde el punto de vista objetivo, notoriamente distorsionada, o bien serán los propios agentes los que ven distorsionada la forma en la que reciben información que, sin embargo, es correcta. Ocasionándose con ello, por ejem-

¹⁸² Es decir, en términos de la Teoría de la Comunicación, se introduce ruido en el canal de comunicación. Y el acto de introducción de ruido deviene relevante cuando hace la comunicación imposible o excesivamente costosa, al exigir un exceso de información redundante que combata dicho ruido (BAYLON y MIGNOT, *Comunicación*, 1996, pp. 50-52; ABRIL, *Información*, 1997, p. 18).

plo, que los precios suban, o bajen, artificialmente, sin una base económica objetiva; o bien que tengan lugar actuaciones irracionales —y patrimonialmente perjudiciales— de algunos de dichos agentes; o, en todo caso, obligando a quienes no deseen verse perjudicados por dicha situación de comunicación defectuosa a un exceso de diligencia —y, por ende, de costes— en el manejo de dicha información respecto de la que es habitualmente exigida. En estos supuestos, la lesión del bien jurídico tiene lugar cuando la comunicación deviene imposible, o altamente improbable. Ahora bien, es claro que aquí será más difícil establecer el momento en el que ello ocurre. No quedará, pues, más remedio que atender a la concreta situación en la que la interacción entre agentes económicos debería tener lugar (en nuestro ejemplo, a qué concreta negociación en el mercado es la usual y previsible) y determinar, conforme a las circunstancias del caso concreto, cuándo tal interacción normal deja de serlo, para volverse completamente anormal.

Sea como sea, lo cierto es que, una vez determinado por estos procedimientos el momento de la lesión del bien jurídico, las etapas anteriores en las que una actuación irregular tenga lugar serán siempre de mera puesta en peligro. Lo serán, al menos, si en las mismas existe ya auténtico peligro concreto: esto es, una probabilidad relevante de producción de la lesión, tal y como la acabamos de definir¹⁸³. Y, naturalmente, antes de ello, sólo podrán existir conductas (legítimamente) punibles si se dan las condiciones, antes enunciadas, para la creación de delitos de peligro abstracto¹⁸⁴. Por otra parte, e incluso dentro del momento de la lesión, podrá graduarse el alcance de la misma en atención al grado de perturbación de la interacción que se produzca.

12. Recapitulación y aplicación al caso de los delitos de peligro: crítica de la praxis legislativa

Para acabar, recapitularé el conjunto de la exposición anterior, aplicándola al problema específico que nos ocupa: a saber, el de la conveniencia y legitimidad, desde la perspectiva político-criminal, de la utilización de la técnica de los delitos de peligro en Derecho Penal económico.

¹⁸³ Sobre el concepto de peligro y sobre el grado de peligro relevante, *cf.* Paredes CASTAÑÓN, *Riesgo permitido*, 1995, pp. 159 y ss., con ulteriores referencias.

¹⁸⁴ *Vid. supra* 8-B).

- 1.º) Tal y como vimos, parece existir un campo evidente para la intervención del Derecho en el ámbito de la vida económica. Ello se extrae de los análisis de los economistas acerca del funcionamiento real de la economía de mercado (en el plano de los comportamientos individuales —conductas irregulares en las interacciones económicas individualizadas— como en el plano del funcionamiento general del mercado —economías externas, bienes públicos...—). Y se deduce igualmente de los valores subyacentes a nuestro Ordenamiento jurídico.
- 2.º) Sin embargo, de lo anterior no puede deducirse aún ni la naturaleza ni el alcance de la intervención jurídica en la economía. Por una parte, porque la intervención pública en la economía puede realizarse de muchas formas diferentes, y la promulgación de normas coactivas es solamente una de ellas, y muchas veces no la mejor. Por ello, es preciso justificar la racionalidad instrumental, desde el punto de vista económico (del buen funcionamiento del sistema económico), de la intervención a través de normas jurídicas imperativas.
- 3.º) Por otra parte, el hecho de que una intervención sea económicamente conveniente no implica todavía que esté justificada. Por el contrario, dicha justificación, de carácter moral (ético-social), exige una atenta consideración de las opciones políticas —aquí, de política económica y social— de la sociedad en un momento dado; e igualmente, la ponderación de los diversos intereses en juego, casi siempre concurrentes y contrapuestos. Así, para el caso concreto de la regulación jurídica de la economía, es evidente que el conflicto de intereses constituye un elemento prácticamente inherente a la misma, por lo que sólo dicha ponderación (con especial atención a argumentos de eficacia y de distribución) puede proporcionar un punto de equilibrio adecuado. En general, no se tratará tanto de si el Derecho debe o no intervenir mediante sus instrumentos coactivos, sino más bien hasta qué límite dicha intervención resulta legítima. Se trata, pues, de un debate moral y político previo, que no debería ser ignorado.
- 4.º) Pero es que incluso si la intervención jurídica aparece justificada moral e instrumentalmente, e incluso en la medida en que lo esté, falta todavía por dar un último paso, por lo que afecta a nuestro tema, que es la decisión de intervenir a través de técnicas sancionatorias, y de sanciones penales además. Esta decisión sólo puede adoptarse racionalmente si se cumplen dos condiciones: que se justifique la extraordinaria rele-

vancia de la perturbación que para el sistema económico constituye el cuestionamiento de una determinada pauta de conducta —considerada normal, correcta— del mismo; y que se demuestre que, en términos instrumentales, no existe una alternativa extrapenal viable y eficaz.

- 5.º) Adoptada la decisión de intervenir penalmente, todavía resta por seleccionar las conductas que deben ser incriminadas. El punto de partida para ello es, claro está, la consideración de la fenomenología real de comportamientos que ponen en cuestión cada una de las pautas de comportamiento consideradas extraordinariamente relevantes (y, por ello, jurídico-penalmente protegibles) en el marco del sistema económico y, así, la enumeración de qué prohibiciones y mandatos son necesarios para proteger dicha pauta de comportamiento.
- 6.º) A partir de esta determinación de las prohibiciones y mandatos que es conveniente establecer (por supuesto, en la medida en que ello no entre en colisión con otros principios o derechos relevantes), habrá que proceder a graduar el merecimiento y la necesidad de pena de cada una de las conductas que infrinja tales prohibiciones o mandatos. Y sólo las más relevantes de entre ellas podrán ser efectivamente incriminadas. Y, además, a dichas conductas les deberá ser impuesta una pena proporcionada a su merecimiento y necesidad de pena, en los términos propuestos¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Nada he dicho en este trabajo sobre cuestiones formales de técnica legislativa, aunque mucho habría que decir, por exceder los límites que me he impuesto, ceñidos a cuestiones materiales. No obstante, sí observaré que desde el punto de vista político-criminal resulta también esencial —como lo es, por supuesto, desde la perspectiva del principio de legalidad penal— atender al mandato de determinación de las prohibiciones penales: en sentido similar, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, 1969, pp. 172 y ss.; SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas*, 1996, p. 35; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPen económico-PG*, 1998, p. 116; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, pp. 198-200. Ahora bien, la cuestión de la vaguedad de las descripciones contenidas en el tenor literal de los tipos penales posee en realidad dos implicaciones muy diferentes entre sí. Así, en primer lugar, en virtud del principio de legalidad penal, los tipos penales absolutamente indeterminados han de ser considerados inconstitucionales: me refiero con ello a aquellas descripciones de conductas delictivas que no permitan precisar, según los métodos interpretativos habituales, cuál es la finalidad de la prohibición (ROXIN, *AT*, I, 1997, p. 127) y cuál el núcleo de conductas subsumibles en la misma (SCHÜNEMANN, *Keine Strafe ohne Gesetz?*, 1978, pp. 35 y ss.; el mismo, «Die Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre», *FS-Klug*, I, 1983, pp. 169 y ss.). De esta manera, entiendo que delitos cuya acción delictiva aparezca descrita únicamente con términos como —y la lista es meramente ejemplificativa— «atacar», «poner en peligro»,

Si todo lo anterior es cierto, entonces hay que extraer algunas consecuencias para el Derecho Penal económico:

- 1.^a) Dada la complejidad del sistema económico (gran número de agentes actuantes dotados de gran flexibilidad, fluidez de las interacciones, gran cantidad de información cambiante y dispersa, problemas de interacción estratégica, etc.), parece que el recurso a regulaciones jurídicas coactivas (mandatos, prohibiciones, sanciones) no es muchas veces la mejor de las fórmulas de intervención del Estado en la vida económica. Deberían evaluarse, por ello, los efectos —beneficiosos, o perjudiciales, o indiferentes— que posee dicha técnica, así como los costes que conlleva. Pues cualquier otra cosa no lleva sino a una utilización meramente simbólica del Derecho, que deja

«ofender», «lesionar», «infringir», «atentar», «desobedecer», «realizar actos hostiles» o similares, más una referencia al bien jurídico protegido (mejor o peor definido), pueden pertenecer a este grupo de casos de indeterminación total (*cf.* igualmente FERRAJOLI, *Derecho*, 1998, pp. 708-709). Pero, junto con este primer aspecto del mandato de determinación de las prohibiciones penales, vinculado directamente al principio de legalidad penal y, como tal, dotado del rango de garantía constitucional, existe un segundo aspecto, que atañe más bien a la técnica legislativa. Se trata, en efecto, de que, una vez conseguido el mínimo de precisión en la descripción típica que es constitucionalmente exigible, parece razonable pensar que con ello no se han satisfecho por completo todas las necesidades de seguridad jurídica y eficacia que fundamentan la conveniencia de la precisión en las descripciones legales. Y que, por ello, puede aceptarse que existe en los ordenamientos jurídicos de los Estados de Derecho, junto con el principio de legalidad, una directriz de técnica legislativa (que ya no posee rango constitucional) que impone realizar las descripciones de los supuestos de hecho de las normas jurídicas con el mayor grado de precisión posible; y ello especialmente para el caso de normas jurídicas sancionadoras y/o restrictivas de derechos (vuelvo a recordar la distinción entre principios y directrices: *cf.* ATIENZA y RUIZ MANERO, *Piezas*, 1996, pp. 5, 14-15). Esta directriz se concreta en el objetivo de utilizar en las descripciones típicas aquellos términos y expresiones que posean un núcleo semántico más claro. Lo que implicará, en definitiva, la preferencia por expresiones cargadas de referencia empírica, frente a las valorativas o abstractas, allí donde sea posible: COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *PG*, 1999, pp. 334-338. *Vid.* también KOHLMANN, *Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften*, 1969, pp. 156 y ss.; LEMMEL, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, 1970; MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, 1983, pp. 97 y ss.; GARCÍA RIVAS, *El principio de determinación del hecho punible en la Doctrina del Tribunal Constitucional*, 1992. En cualquier caso, entiendo que para reducir en lo posible los problemas formales de vaguedad es esencial la previa consideración del problema material: pues si sabemos bien qué queremos prohibir, por qué y cuánto, plasmar eso en palabras claras será —aunque siempre dificultoso— más sencillo.

de ser una técnica de resolución real de conflictos sociales. Si pensamos en ejemplos como el medio ambiente o la competencia, podremos entender que este es un primer problema muy frecuente.

- 2.^a) En todo caso, prácticamente ningún bien jurídico de la legislación económica puede ser definido en términos ilimitados, como bien absoluto. Al contrario, en todos los casos parece necesario establecer límites precisos al alcance del bien, a la protección que al mismo es legítimo, moral e instrumentalmente, conceder. Sin embargo, es frecuente que en los discursos políticos y del legislador se presenten dichos bienes de un modo inadecuado, ocultando con ello los conflictos y debates políticos y morales de fondo. Con ello se está condicionando ya desde un inicio las posibilidades de eficacia del Derecho en la regulación de la economía. Me remito a lo que más arriba indiqué respecto a los numerosos conflictos que se plantean en este terreno en relación con la competencia, el medio ambiente, la protección del patrimonio individual, etc.¹⁸⁶
- 3.^a) Otro tanto ocurre con la cuestión de la justificación de la intervención penal. Es evidente que en muchas ocasiones los conflictos que se plantean no alcanzan una relevancia objetiva suficiente como para que esté justificada dicha intervención. Sin embargo, en la línea de una política criminal frecuentemente irracional y populista, no es infrecuente que el legislador convierta en bienes jurídico-penales objetos que no alcanzan tal relevancia. Y, sobre todo, es aún más habitual que cuando se decide por proteger penalmente ciertos bienes opere con un cierto extremismo, pasando de la nada al todo, e intentando proteger penalmente todas las facetas del bien jurídico, incluso las que no son muy relevantes. Pienso que, por ejemplo, la regulación de los delitos societarios en el nuevo Código penal constituye un buen ejemplo de lo que estoy diciendo.
- 4.^a) Por otra parte, también es habitual que se ignore la posibilidad de soluciones jurídicas alternativas, dejándose arrastrar quien legisla por la fascinación simbólica que parece poseer la legislación penal en nuestra sociedad. El tratamiento jurídico de la corrupción y el tráfico de influencias parece ser un buen ejemplo de cómo una buena normativa

¹⁸⁶ *Vid. supra* 4.

extrapenal hace mucho más que una incriminación poco meditada.

- 5.^a) Todo lo anterior abona la necesidad de que la regulación jurídica de la economía se aborde desde una perspectiva global. Para el caso del Derecho Penal económico, ello significa que la definición de bienes jurídico-penalmente protegibles (y, consiguientemente, la opción a favor de la intervención penal) no debería realizarse sin una previa y cuidadosa reflexión acerca de las estrategias políticas y legislativas más idóneas para lograr los objetivos que se persiguen en la regulación del funcionamiento de la vida económica.
- 6.^a) En sexto lugar, la selección de conductas incriminadas no siempre se hace de manera sensata y fundada en términos de merecimiento y de necesidad de pena. Ello es especialmente visible cuando se intenta contrastar la vigencia del principio de proporcionalidad de las sanciones que, por falta de tal fundamentación, resulta frecuentemente muy dudosa.

Si trasladamos las anteriores consideraciones al caso concreto de los delitos de peligro, hallaremos que:

- 1.º) Los delitos de peligro constituyen un caso de anticipación de la intervención penal respecto de la lesión efectiva del bien jurídico. Por lo tanto, su utilización debe hacerse con criterios claramente restrictivos¹⁸⁷.
- 2.º) Más allá de esta genérica afirmación, entiendo que no es posible realizar ninguna otra de carácter global acerca de la legitimidad o ilegitimidad de la utilización de la técnica de los delitos de peligro en Derecho Penal¹⁸⁸. Por el contrario, pienso que la solución ha de venir más bien de una consideración

¹⁸⁷ No debe olvidarse, por lo demás, que la incriminación de conductas —aquí, de mero peligro— tiene, además de los consabidos efectos directos (prohibición, imposición de penas), también efectos jurídicos indirectos: me estoy refiriendo especialmente a las medidas procesales y policiales (posible adopción de medidas cautelares, legitimación de medidas policiales de investigación...) que la posible subsunción de un hecho en un tipo penal conlleva. Y ello, en la medida en que constituye siempre una restricción de derechos fundamentales, abona igualmente la idea general que en el texto se expone.

¹⁸⁸ En el mismo sentido, PORTILLA CONTRERAS, *CPC*, 1989, pp. 740-741. De otra opinión, HERZOG, *Unsicherheit*, 1991, pp. 71-73, 158; el mismo, «Límites al control penal de los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro)», trad. E. Larrauri Pijoan y F. Pérez Álvarez, *ADPCP*, 1993, p. 326; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, 1993, 150 y ss., 207.

- individualizada de los distintos bienes jurídicos, grupos de delitos y figuras delictivas específicas.
- 3.º) Así, por ejemplo, entiendo que todas las anteriores consideraciones respecto de los problemas de definición de los bienes jurídico-penalmente protegidos deben tener una aplicación directa al caso de los delitos de peligro: señaladamente, allí donde resulte dudosa la justificación de la protección (objetos desconectados de necesidades reales del sistema económico, objetos cuya protección no se justifica moral y políticamente, objetos no dotados de suficiente relevancia social o que quedarían mejor protegidos por medios extrapenales), entiendo que el principio *in dubio pro libertate* debe llevarnos a la conclusión de la ilegitimidad de la utilización de esta técnica de incriminación.
 - 4.º) Del mismo modo, no es posible aceptar una regulación penal de la materia económica sustentada casi con exclusividad sobre delitos de peligro. Así, me parece que son igualmente ilegítimas aquellas tipificaciones de delitos de peligro que no se correspondan con otras paralelas de delitos de lesión. Los delitos de peligro deben aparecer, pues, como extensiones —anticipaciones— de la prohibición penal, nunca como el núcleo de la misma.
 - 5.º) De lo anterior se exceptúa, a tenor de lo que se vio más arriba, el caso de los bienes jurídicos intermedios: en este supuesto, por el contrario, la técnica de los delitos de peligro resulta ineludible. Ahora bien, aquí el test de legitimidad se traslada de la técnica de la incriminación a la propia definición del bien jurídico. Pues, como vimos, no es posible definir arbitrariamente tales bienes jurídicos intermedios, sino sólo en condiciones muy determinadas. Por ello, delitos de peligro protectores de la «seguridad» de ciertos bienes jurídicos (finales) que no resultarían justificados únicamente por referencia a este bien final, únicamente pueden aceptarse de manera muy restrictiva, puesto que verdaderamente significan una nueva anticipación de la intervención penal. Como he dicho, en el caso del Derecho Penal económico parece que tales condiciones sólo pueden darse en relación con la protección de algunos sectores muy específicos y nucleares del sistema económico (sector bancario, mercados financieros), y no en otros casos.
 - 6.º) Por lo que respecta a los delitos de peligro abstracto, ya hemos visto que, al menos en el Derecho Penal económico, sólo resul-

tarán legítimos¹⁸⁹ precisamente allí donde resulte posible constituir uno de tales bienes jurídicos intermedios. En otro supuesto, por consiguiente, debería esperarse al menos (si se dan el resto de las condiciones) al momento de la concreta puesta en peligro para incriminar la conducta.

- 7.º) Pero incluso para el caso de los delitos de peligro concreto¹⁹⁰, entiendo que no cualquier decisión de incriminación, incluso dentro de los límites hasta ahora trazados, puede justificarse desde el punto de vista político-criminal. Por el contrario, la vigencia del principio de fragmentariedad (concretado mediante la selección de conductas punibles a partir de la graduación del merecimiento y de la necesidad de pena) debe llevar a la conclusión de que, al menos en el ámbito del Derecho Penal económico, sólo en algunos casos muy específicos la anticipación de la intervención penal a través de delitos de peligro resulta razonable: a saber, cuando, primero, el bien jurídico-penalmente protegido sea especialmente relevante (lo que, en el caso del Derecho Penal económico, ocurrirá más bien en relación con bienes jurídicos supraindividuales, antes que respecto del patrimonio individual); cuando además, en segundo lugar, se mantenga la coherencia valorativa (es decir, antes de incriminar conductas de peligro se hayan incriminado las conductas de lesión, y antes las de mayor peligro que las de menor peligro); y cuando, finalmente, las necesidades preventivas sean muy notables. En concreto, y por lo que se

¹⁸⁹ Me refiero en el texto únicamente a la cuestión de la legitimidad, puesto que la misma, respondida negativamente, veda cualquier ulterior consideración. En cualquier caso, conviene advertir que, frente a ciertas opiniones (HERZOG, *Unsicherheit*, 1991, pp. 63-65, 72-73; el mismo, *ADPCP*, 1993, pp. 319-323; PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 1993, pp. 245-253), no es tan claro que los delitos de peligro abstracto sean, además, ineficaces desde el punto de vista preventivo. Al contrario, parecería que en muchas ocasiones pueden producir un notable efecto de esa índole, aun a costa de restricciones en la libertad y de un exceso de intervencionismo penal: así, no cabe duda de que una incriminación de conductas, aun cuando las mismas carezcan del grado suficiente de antijuridicidad material, puede producir un efecto de motivación sobre el ciudadano —especialmente, sobre ciudadanos especialmente sensibles a la estigmatización que conllevan las penas— mayor que la otro género de regulaciones jurídicas. En este sentido, KUHLEN, «Zum Strafrecht der Risikogesellschaft», *GA*, 1994, pp. 363-365; SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas*, 1996, pp. 31-33; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, 1999, pp. 190-192.

¹⁹⁰ Sobre la concepción de los delitos de peligro concreto que aquí se acepta, *vid.* KINDKÄUSER, *Gefährdung*, 1989, pp. 210-211, 214-215; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, pp. 37-38; ROXIN, *AT*, I, 1997, pp. 352-355, todos ellos con ulteriores referencias.

refiere a este último requisito, es preciso que existan razones del suficiente peso como para contrarrestar el postulado general de que en principio las conductas meramente peligrosas —sin lesión del bien jurídico— sin dolo de lesión (es decir, que no son tentativas dolosas de lesión)¹⁹¹ no son punibles. Dicho postulado se apoya al menos en cinco razones¹⁹²: el menor grado de enfrentamiento al Derecho que conllevan estas conductas; la frecuente —aunque no siempre— potencialidad lesiva de la conducta que no acaba en lesión; la dificultad para determinar el grado de peligro efectivamente producido, así como el grado de negligencia existente; la frecuencia de dicho género de conductas (que haría inconveniente llevar a cabo una incriminación masiva de las mismas); y la excesiva restricción de la libertad de actuación de los ciudadanos que conllevaría la incriminación. Por ello, sólo la existencia de razones que contrapesen las acabadas de exponer podría fundamentar la incriminación, a través de la técnica de los delitos de peligro concreto (y distinguiendo, entre conductas dolosas e imprudentes de peligro concreto)¹⁹³: a saber, cuando la frecuencia de las conductas peligrosas en un determinado ámbito de la vida social justifique una excepcional necesidad de incriminación (esto es, cuando haya una extraordinaria necesidad de pena, en los términos vistos); haciendo hincapié, pues, en la excepcionalidad de la necesidad de punición. De este modo, cuando tal excepcionalidad no tenga lugar, esto es, cuando la frecuencia no sea especialmente relevante, la opción por la incriminación será no sólo —como todas— discutible, sino, en mi opinión, claramente ilegítima.

- 8.º) Por otra parte, resulta esencial el respeto al principio de proporcionalidad. Como ya indiqué, ello significa que, *ceteris paribus*, no debería existir ningún delito de peligro que tuviera igual sanción que uno de lesión. Como no debería haber delitos de peligro abstracto con pena igual a la de delitos de peligro concreto. Y, dentro de cada categoría, debería graduarse adecuadamente la sanción imponible, en atención —funda-

¹⁹¹ Sobre la distinción, *vid.* RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, pp. 77-79, 103.

¹⁹² *Vid.* LUZÓN PEÑA, *PG*, I, 1996, p. 512; JAKOBS, *PG*, 1997, pp. 394, 868-869; MIR PUIG, *PG*, 1997, pp. 281-282; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *PG*, 2000, p. 315; QUINTERO OLIVARES, MORALES PRATS y PRATS CANUT, *PG*, 1999, p. 363.

¹⁹³ *Vid.* RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, 1994, pp. 191-196, 233.

mentalmente— al grado de lesividad de la conducta respecto del bien jurídico protegido.

- 9.º) Finalmente, todos los criterios político-criminales acabados de sintetizar deben informar no sólo las decisiones del legislador (de un legislador que se pretenda racional y respetuoso con ciertos principios asumidos como básicos), sino también la interpretación de los tipos efectivamente existentes. Ello es especialmente importante, dado que es obvio que con demasiada frecuencia el legislador positivo no legisla del modo que aquí se expone. No obstante, dados los márgenes de discrecionalidad que la redacción legal y la teoría de la interpretación permiten al aplicador del Derecho, tal defecto puede corregirse en buena medida mediante una aplicación de los tipos penales atenta, de una parte, a los principio de ofensividad y de proporcionalidad y, de otra, a orientaciones político-criminales.
- 10.º) Por todo lo anterior, es esencial que se produzca una clarificación tanto de las definiciones de los bienes jurídicos protegidos (y de los bienes jurídico-penalmente protegidos) como de la técnica legislativa empleada para incriminar las conductas, también las meramente peligrosas. Nada más diré respecto de esta última cuestión. Por lo que hace a la primera, es evidente que en el caso de los delitos de peligro es especialmente importante poseer una definición clara del bien jurídico protegido, pues dicha definición será siempre el punto de referencia para determinar el momento de lesión del mismo y, por consiguiente, también el momento y el grado de su puesta en peligro. Y, con ello, se constituirá igualmente en punto de referencia de cualquier enjuiciamiento razonado de la legitimidad de una o de otra opción legislativa al respecto. En este sentido, una profundización mayor de la que es habitual (con todas las excepciones que se quiera) en la doctrina y en la jurisprudencia sobre esta cuestión parece tarea obligada de futuras investigaciones.