

## **RECENSIONES DE LIBROS**

MARTÍNEZ BUJÁN, Carlos: *Derecho penal económico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

**I.** El presente volumen es una reedición del publicado en 1999 por la misma editorial, con añadidos de jurisprudencia, función para la que colaboran cuatro destacados profesores por «mi escaso apego a leer resoluciones jurisprudenciales», confiesa el autor en el Prólogo. Anuncia también la supresión de pasajes «puramente teóricos», lo que deja perplejo al lector.

Este tomo completa, con la anterior Parte General del mismo autor, un auténtico Tratado sobre el tema, de consulta obligada para el estudioso. Me corresponde el honor de analizar esta formidable obra que hago con el interés de haber publicado ya en 1978 el primer Manual de Derecho penal económico en lengua castellana, actualizado en 2001 con la colaboración de mi discípula Silvina Bacigalupo. En esta última obra he seguido con atención el libro que estoy recensionando en la edición de 1999 y ahí, en ocasiones, he comentado y discutido las posiciones de Martínez-Buján Pérez. Me corresponde en este lugar hacer una labor más amplia y particular para un mayor conocimiento de la generalidad de los estudiosos. Lamento, sin embargo, el desconocimiento de que hace gala Martínez-Buján de mi obra o el desprecio que sus colaboradores sienten por mis aportaciones al acervo del Derecho penal económico español.

El Derecho penal económico ha concitado la atención de un buen número de investigadores en nuestra Universidad y se ha producido una ingente cantidad de publicaciones<sup>1</sup>. Pues bien, Carlos Martínez-Buján Pérez ha logrado conocer y asimilar lo publicado en España y se presenta como un conocedor exhaustivo de la regulación jurídica de los países de nuestro entorno. En la edición de 1999 se puede percibir que el Prof. Dr. Martínez-Buján no peca del vicio, tan extendido, de escribir y leer sólo para unos cuantos, vicio que implica hacer una

---

<sup>1</sup> «Impresionante inflación de trabajos que continuamente aparecen sobre delitos socioeconómicos», dice el autor en el Prólogo a la edición de 1999.

selección partidista. Algunos grupos de docentes universitarios recuerdan a aquellos burgueses bienpensantes que acuden a sus clubes, restaurantes o asociaciones para «ver y ser vistos». Por el contrario, Martínez-Buján Pérez recoge las opiniones en función de su interés, las expone, las enriquece, las discute, las somete a controversia y, finalmente, las concluye. Mucho hemos de aprender de este universitario gallego. No podemos decir lo mismo de sus preclaros colaboradores en la edición de 2002.

Aunque el contenido de la parte especial del Derecho penal económico no tiene claros límites, convenimos todos en lo sustancial. Disiento del autor, sin embargo, por no incluir los delitos de insolvencia que, tras lesionar el derecho de crédito, afectan sustancialmente al Orden económico al que subvierten con el característico efecto de reacción en cadena que, como en el juego de dominó, hacen caer sucesivamente a distintos comerciantes.

Quizás es poco crítico con el texto legal. En el prólogo a la edición de 1999 es severo con la influencia política que puede notarse en algunas resoluciones judiciales en materia de delitos económicos. Sin embargo, es excesivamente benigno con un Código de una severidad rayana, a veces, en la obsesión, como cuando genera delitos (de mercado o societarios) que sólo alcanza a castigar con multas en lugar de dejarlos en el ámbito civil o administrativo, y, paralelamente, rebaja la prescripción del delito de falsedad documental a tres años exclusivamente por razones políticas.

Echa de menos el lector resabiado la posibilidad de leer el propio texto legal en el capítulo para facilitar lecturas tan agobiantes como, por ejemplo, las relativas a los delitos contra el mercado y los consumidores o los delitos contra la propiedad industrial. Dentro de la general armonía de la obra, el propio Martínez-Buján denuncia la desproporción del tratamiento del fraude de subvenciones en la edición de 1999, corregido en la de 2002. Hay una cierta irregularidad en las citas así como falta de concordancia entre las notas y la bibliografía de los índices como ocurre, por ejemplo, con las citas de mi libro de Derecho penal económico de 1978 que no aparece en la Bibliografía general aunque se cita, para denostarlo, en el texto. Y nos hubiera gustado a todos los lectores que hubiese dedicado más atención al delito de administración desleal del art. 295 aunque lo corrigen sus colaboradores en la edición de 2002 ignorando, entre otros, todos mis trabajos sobre la cuestión.

La obra me suscita muchas reflexiones de las que selecciono las siguientes.

## II. Abuso de información privilegiada

Se recoge un muy detallado estudio de esta novedosa figura delictiva, pero echo de menos una crítica mayor del precepto. O, al menos, un compromiso mayor, dada la controversia existente sobre la oportunidad de su criminalización.

El delito de uso de información privilegiada de los arts 285-286 constituye a mi juicio una muestra paradigmática de la «furia represiva» del Código de 1995 que parece querer abarcar todos los comportamientos lesivos bajo el manto protector del Código penal. Y así, la conducta castigada con sanciones civiles y administrativas en el art. 81 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, se convierte en delito cuando la cuantía del beneficio o perjuicio supera la cifra de 75 millones de pts.

En realidad, la Directiva CEE 89/592, que parece cumplir el Código penal, no impone la tutela penal del sector bursátil sino la necesidad de imponer sanciones «suficientes». El Legislador tenía que haber examinado, cosa que no ha hecho, el cumplimiento de esa «suficiencia» con las sanciones no penales ya previstas.

El comportamiento delictivo tiene como punto de partida una notable contradicción: imponer el secreto en un sector, el mercado bursátil, que, por definición, debe ser exhaustivamente informado para la correcta formación de los precios. Pero no es esta la única razón que se esgrime en contra de la penalización de esta conducta. Se dice, además, que no se produce perjuicio ni al inversor ni al mercado, que sirve para acercar el precio del valor a la realidad, que puede ser un incentivo legítimo y elemento remunerador de los consejeros y directivos de las compañías sin costo para éstas y que, incluso, podría favorecer la competencia al conocer el concurrente el dato, pudiendo obrar en consecuencia.

En efecto, podríamos decir que este es uno de los llamados delitos sin víctima. Lo que perjudica a los inversores no es el delito de uso sino la conducta contraria de no conocer la información que se le ocultaría. Componente esencial del mercado es la información habiéndose podido afirmar que si la información se eliminara el mercado desaparecería. Se ha dicho que la información es la esencia del sistema de modo que quien debiera ser castigado es quien sustrae información al sistema. Con el uso de la información privilegiada el autor se beneficia pero lanza la información al mercado y ayuda a la correcta formación de los precios. Piénsese en quien compra o vende sin conocer el dato sometido a secreto y conocido privilegiadamente por unos pocos, y hace la operación que, sin saberlo, es perjudicial para sus intereses.

Hubiera sido víctima de la carencia de información del mercado, razón por la que resulta, al menos, discutible, el castigo con el instrumento de la pena a quien proporciona ese dato con el uso de la información privilegiada provocando transparencia en el mercado.

Pienso que pronunciarse sobre esta cuestión político-criminal es fundamental para poder interpretar correctamente los distintos elementos del tipo del delito. No hacerlo, como no se hace en el libro que comentamos, imposibilita un fiable estudio de la figura delictiva.

### III. Sustracción de cosa propia a su utilidad social

Probablemente la única diferencia sobre esta figura que mantenemos el autor y yo, pueda ser la de su ubicación, porque mientras Martínez-Buján lo incluye en su Manual de Derecho penal económico, yo lo he estudiado entre las figuras del delito de daños dentro de los delitos patrimoniales y, por tanto, al margen del Derecho penal económico<sup>2</sup>.

La pregunta es si la «dimensión social de la propiedad» a que hace referencia Martínez-Buján es dato suficiente para incluir este comportamiento de destrucción, inutilización o daño entre los delitos económicos. Considero que esta dimensión colectiva del bien jurídico o la ausencia de eficacia del consentimiento de modo que el titular del bien jurídico no excluye el castigo por renunciar a la protección de la cosa, no es razón suficiente para otorgar a la figura delictiva categoría de Delito económico. No podemos convertir al Derecho penal económico en un sector referido a los intereses colectivos. Y no se nos diga que el delito del art. 289 tiene un contenido económico porque, sobre no ser suficiente este dato para incluirlo en esta rama del Derecho penal, tampoco es exacto, dado que la «dimensión social» puede ir referida al valor histórico o artístico o medio-ambiental y no económico.

En todo caso, cualquier ubicación es admisible siempre que guarde coherencia con la concepción que se tenga del criterio definidor. En la medida en que para nosotros el Derecho penal económico gira sobre el orden económico entendido o bien como intervención del Estado en el mundo económico o como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de los bienes o servicios, entendemos que no encaja adecuadamente en este sector.

---

<sup>2</sup> Vid. *Compendio de Derecho penal (Parte especial)*, vol. II, Madrid, 1998, pp. 513 y ss., y *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid 1978, o *Derecho penal económico*, Madrid, 2001 (con S. BACIGALUPO).

## IV. Delitos societarios

1. Martínez-Buján Pérez se pronuncia sobre la independencia del Derecho penal a la hora de dar contenido a expresiones conocidas en otras ramas del Ordenamiento, como, por ejemplo, administrador de hecho (pp. 159), Junta de accionistas (p. 158), socio o sociedad (p. 172). Hubiera sido, de todos modos, de interés para todos que el autor hubiera contribuido con sus agudas observaciones a la cruda polémica que sobre esta cuestión se ha producido influida, quizás, por la incorporación de especialistas en ramas distintas al Derecho penal.

Un sector de penalistas (por todos Terradillos, Suárez González) y mercantilistas (por ejemplo, Areán Lalín y García de Enterría) sostienen que el intérprete de la Ley penal debe de acomodarse, al menos en este caso, a la legislación y derecho mercantil por exigencias de la «unidad interna, la coherencia de todo el orden jurídico y la consiguiente articulación de sus sectores o disciplinas» (Areán Lalín).

Se olvida, sin embargo, que sólo atribuyendo un sentido distinto al mercantil puede encontrarse coherencia y sentido a ciertas expresiones de la Ley penal y que el propio Código mantiene una definición de sociedad radicalmente distinta a la que se deriva del Derecho mercantil. Siempre ha sido así con términos como los de propiedad y posesión. Por otra parte, el delito de alzamiento de bienes, opuesto al de quiebra, nada tiene que ver con el concepto mercantil para cuyo Código el alzamiento es más bien el primer supuesto de quiebra. Y dentro de los delitos societarios, el acuerdo lesivo del art. 292 no puede ser el mismo acuerdo lesivo de la Ley de Sociedades Anónimas porque el precepto penal incluye supuestos que frente a la ley societaria serían acuerdos nulos.

2. En pp. 183 y ss. del texto de 1999 hacía Martínez-Buján Pérez una exposición notable sobre lo que llamaba el delito colegial entre los problemas generales de los delitos societarios y se apunta a la perspectiva de la imputación objetiva. En todo caso, pone de relieve el autor, sin pretenderlo, que la solución tópica que destaca la importancia del estudio de casos, es ineludible en determinadas materias. Pero esto es lo que justifica el Derecho penal económico como sector del Derecho penal con problemática común propia.

3. Hace el autor un buen alarde de capacidad hermenéutica cuando estudia el concepto de sociedad del art. 297, si bien en ocasiones elude el pronunciamiento, como ocurre a la hora de decidir si se incluyen las llamadas sociedades de hecho (p. 180). Y se echa de menos la ausencia de un estudio más profundo sobre los Entes públicos que liquida con breves líneas sin distinguir entre empresas públicas (de capital público, privado o mixto), entidades de Derecho público con

personalidad jurídica (revistiendo o no forma de sociedad), organismos autónomos etc.

**4.** Sostiene Martínez-Buján Pérez que en el delito del art. 290 referido a falsedades contables se protege «el patrimonio de la sociedad, de los socios y de los terceros» lo que le parece «algo indudable, que se deduce con claridad». Esta manifestación la hace el autor después de repudiar a quienes, como yo, sostenemos que el bien jurídico ha de cifrarse en la confianza en la veracidad de los datos.

No puedo compartir la posición del autor por cuanto convertiría a los delitos de falsedad en delitos contra el patrimonio. No se olvide que en los delitos de falsedad documental es requisito indispensable que se haya alterado un elemento esencial del documento entendiendo por tal aquél con trascendencia en orden a constituir o modificar un derecho o un elemento probatorio. Entre estos se encuentra, a menudo, un elemento patrimonial como lo prueba la abundancia de casos en los que la falsedad está vinculada a la estafa o al delito patrimonial. El hecho de que en el art. 290 se exija la idoneidad del objeto (delito de aptitud, dice el autor) para producir un perjuicio y se castigue como forma agravada la causación del mismo, no permite convertir el patrimonio en bien jurídico directamente protegido en un supuesto de falsedad documental como es éste.

Detrás del castigo de este comportamiento se encuentra, más que la protección del patrimonio particular, la defensa de otros intereses colectivos difusos. Por ejemplo, la política de autorización del precio del kilowatio, el control público de las compañías aseguradoras por la Dirección general correspondiente, la debilidad del sistema financiero y bursátil controlados por el Banco Central Europeo, el Banco de España o la Comisión Nacional del Mercado de Valores, son prueba del interés público que puede haber en la veracidad y confianza en la exactitud de los datos suministrados en las cuentas anuales de las empresas dedicadas a estas actividades. No creo que la Administración pública tenga en cuenta, en estos casos, el patrimonio del particular.

Martínez-Buján Pérez se refiere como bien jurídico secundario a la «propia funcionalidad del documento en las relaciones jurídicas» (p. 203). Probablemente, sólo disintimos en el orden de preferencia sobre el objeto de protección, dado que yo considero prioritaria la confianza en la veracidad de los datos y él el patrimonio. En todo caso, no entiendo posible concebir el sujeto pasivo de este delito de falsedad como el titular del patrimonio puesto en peligro o lesionado.

**5.** Reflexiona Martínez-Buján Pérez sobre la posibilidad de la omisión en el delito de administración desleal del patrimonio ajeno del art.

295 e incorpora un nuevo ejemplo: quien mediante el silencio permite la prórroga de un contrato que resulta, debido al cambio de circunstancias, altamente desventajoso para la sociedad. A mí me da la impresión de que este ejemplo puede convertirse en un delito de acción positiva desde el momento de que quien coloca en el mundo de los fenómenos el curso causal es el propio administrador que no impide su desarrollo hasta la producción del resultado delictivo. El hecho de que la relevancia de la conducta sólo se produzca cuando cambian las circunstancias y el autor no impide el resultado, no convierte el comportamiento en puramente omisivo. Debemos operar en este razonamiento de modo similar al que se utiliza en la *actio libera in causa*. La conducta (activa) se produce cuando carece de relevancia jurídico-penal que sólo adquiere más tarde.

Con todo, comparto las cautelas de Martínez-Buján Pérez cuando señala que «la viabilidad de la misma (s.c. la omisión) no debe ser descartada» (p. 278). Podría pensarse en casos como la omisión del control del personal que provoca lesiones patrimoniales a la sociedad o la inactividad no interponiendo acciones procesales en defensa de los intereses sociales que producen un perjuicio. Es opinión unánime, sin embargo, la exclusión de supuestos tales como no realizar una actuación que hubiera permitido un incremento patrimonial del bien administrado.

6. Creo que la distinción entre apropiación indebida del art. 252 y la administración desleal del art. 295 es uno de esos casos de desproporción que el propio autor reconoce en el Prólogo de la edición de 1999, porque hubiera merecido una mayor atención. Mayor importancia se le da en la edición de 2002 pero ignorando las investigaciones que al respecto se han publicado, entre ellas las mías. Martínez-Buján Pérez había acogido en la p. 285 de la edición de 1999 el principio de alternatividad al estilo de la jurisprudencia más común, pero no hace una distinción doctrinal de las dos figuras delictivas. Es cierto que divide tres grupos de casos (p. 283: unas acciones del propio administrador son apropiación indebida y otras administración desleal; la acción es a la vez apropiación indebida y administración desleal; p. 285: el sujeto pasivo es único y la acción cumple los requisitos de ambas figuras) pero presuponen ya la distinción.

A mi juicio, y como ya he publicado en varios lugares<sup>3</sup>, la apropiación indebida abarca los supuestos en los que la disposición (acto dominical por el que el sujeto se comporta como dueño) implica in-

---

<sup>3</sup> Tomando como punto de partida la totalidad de la doctrina y habiendo leído la jurisprudencia al respecto.

cumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver con ánimo de no hacerlo, es decir, con ánimo de no entregar o devolver (tanto si el bien es de persona moral como de persona física). Y la administración desleal comprende los supuestos en los que no hay obligación de entregar o devolver, o, existiendo dicha obligación, el sujeto actúa desde el principio con el ánimo de así hacerlo, es decir, con el ánimo de entregar o devolver (uso ilícito no dominical con perjuicio) y ello si el bien es de una sociedad en el sentido del art. 297, nunca si es de persona física.

La jurisprudencia que comienza con la STS 14 marzo 1994 tiende a hacer congruente la apropiación indebida de dinero con el delito de administración desleal. En esta sentencia y en la de 26 febrero 1998 (caso «Argentia Trust») se mantiene que el verbo «distraer» del art. 252 del Código penal actual se refiere al dinero, con lesión del patrimonio (no de la propiedad) y concurso de normas en relación de alternatividad con el art. 295. Así la «distracción» del art. 252 y la «disposición» del art. 295 contendrían dos elementos muy similares a la estafa: el engaño (la infidelidad) y la lesión del patrimonio. Sin embargo, con la aparición de la administración desleal del patrimonio ajeno en el art. 295 del nuevo Código penal es ciertamente criticable que el Tribunal Supremo pretenda seguir sosteniendo lo que en su momento nació con aplauso de la doctrina para solventar los defectos del viejo Código. No es admisible otra interpretación distinta a la de concebir tanto el «apropiarse» como el «distraer» —ambos del art. 252 del Código penal— como dos formas equivalentes de disposición de la cosa con incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, es decir, dos formas del acto dominical de comportarse como dueño de la cosa.

Un sector doctrinal lleva al extremo el pensamiento jurisprudencial que criticamos, manteniendo que en el Código penal conviven como manifestaciones de administración desleal, la propia administración desleal del art. 295, la distracción de *dinero* del art. 252 y la malversación de los arts. 432 y 433. En consecuencia, la distracción de *dinero* del art. 252, es decir lo que la Ley llama «apropiación indebida» sería un supuesto de administración desleal castigado en el meritado art. 252. Es más —continúa la presente tesis— incluye todos los casos de administración desleal de *dinero* castigados en el Código, sin que ni siquiera entre en conflicto con el art. 295 porque éste no se refiere a dinero sino a bienes (E. Bacigalupo).

Para este entendimiento, la «apropiación» del art. 252 exige el carácter permanente de la expropiación mientras que la «distracción» del mismo precepto no exige tal permanencia y va referida a la utilización abusiva del dinero (Silva Castaño).

Reconocemos la «urgente necesidad de una reforma legislativa que introduzca orden» (E. Bacigalupo) en esta importante materia pero disentimos de las tesis jurisprudenciales y sus epígonos doctrinales. La tesis jurisprudencial que pretende referir todavía hoy el verbo «distraer» al dinero y el de «disponer» a los demás bienes<sup>4</sup>, ha sido severamente criticada por la doctrina<sup>5</sup> por interpretación arbitraria ya que no hay argumento alguno que refiera el verbo «distraer» sólo al dinero<sup>6</sup>.

Si realmente, como pretende la jurisprudencia reciente, la administración desleal se castigara también como delito de apropiación indebida del art. 252 en el supuesto de «distraer» dinero, se estaría vaciando el delito de administración desleal del art. 295, por lo menos en lo que se refiere al dinero, y se «estarían castigando más benévola-mente las conductas de administración desleal cometidas en el ámbito societario»<sup>7</sup>. En efecto, la administración desleal del art. 295 se limita al ámbito societario, exige la denuncia del agraviado (art. 296) y se castiga con pena de prisión o multa, mientras que la apropiación indebida abarca tanto los bienes sociales como los de titularidad individual, y es un delito público castigado con penas de prisión que pueden llegar hasta seis años (art. 250), lo que evidencia un trato más severo de la administración desleal del dinero sin que exista razón alguna para proteger este objeto del delito de modo más enérgico que los valores o el resto de bienes muebles. Para evitar este resultado, el Tribunal Supremo acude al mecanismo del principio de alternatividad (art.8.4 del Código penal) en una relación que, como hemos visto, sólo admite — a nuestro juicio— la relación de subsidiariedad.

V. El delito fiscal, o delitos contra las Haciendas públicas, constituye, sin duda, la figura nuclear que da sentido al Derecho penal económico. Martínez-Buján Pérez hizo en 1999 un análisis detallado y minucioso de las distintas figuras, quizás, como el mismo reconoce en el prólogo, un poco desproporcionado en lo que respecta al fraude de subvenciones, pero que no desmerece del conjunto del tratamiento del delito fiscal. En la edición de 2002 añaden algunas consideraciones pero desprovistas, en ocasiones, del necesario aparato bibliográfico, como en la prescripción del delito fiscal en que se ignoran los trabajos que hemos realizado varios especialistas al respecto.

4 Vid. SSTs 14 marzo 1994, 30 octubre 1997, 26 febrero 1998.

5 RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, CASTRO MORENO.

6 En términos severamente críticos GÓMEZ BENÍTEZ.

7 RODRÍGUEZ MONTAÑÉS.

En esta figura delictiva queda todavía mucho camino que andar para que se acomode a las exigencias de un Derecho penal moderno liberal. En la práctica, los juristas se encuentran con situaciones sorprendentes. No de otro modo ha de calificarse el hecho de que se vengan considerando válidas las pruebas que se obtienen en la propia inspección tributaria bajo amenaza de sanción. O la eficacia del art. 145 de la Ley General Tributaria que contiene una presunción de validez de las actas de la inspección. O que el funcionario de Hacienda pueda y deba, por imperativo legal, examinar el elemento subjetivo (el dolo) del hecho que inspecciona para decidir si se remiten o no al Ministerio público. O que los inspectores que investigaron la culpabilidad y decidieron sobre su posible existencia, acudan luego al proceso penal como peritos, teóricamente imparciales.

El supuesto de omisión —en concreto la omisión de declarar—, merece un tratamiento delicado por parte del autor porque, efectivamente, es complejo hacer un análisis sistemático del art. 305 del Código penal que castiga la omisión, el art. 310 del mismo Código que castiga ciertas falsedades contables cuando se omite la declaración, el art. 78.1 a) de la Ley General Tributaria que castiga la omisión de declarar y la falta de ingreso que constituye infracción grave del art. 79 de la misma Ley.

La necesidad de la interpretación sistemática entre este conjunto de normas fue objeto de mi atención desde hace tiempo lo que se desconoce en esta obra. El hecho de subrayar en el delito fiscal lo que tiene de fraudulento, me ha permitido concluir que la omisión de la declaración, cuyo desconocimiento para la Hacienda se deriva de la inoperancia o desidia de la Administración tributaria, sólo puede corregirse con la sanción administrativa de la Ley General Tributaria<sup>8</sup>. En otro caso —por ejemplo cuando se construye una contabilidad falsa—, existe un concurso de normas entre los arts. 305 y 310 del Código penal. Entiendo que, cuando se producen los artificios contables del art. 310, debe sancionarse la omisión por este precepto, y sólo cuando se ocasionen otras circunstancias determinantes del error en la Hacienda pública —por ejemplo, con las circunstancias de las figuras agravadas— se puede aplicar el precepto más severo que encierra el art. 305. La jurisprudencia no hila fino y se limita a apreciar concurso de normas entre los arts. 305 y 310 siempre que se produce una omisión acompañada de un artificio contable, resolviendo el concurso a favor

---

<sup>8</sup> Un ejemplo podría ser el de quien, cumpliendo con la normativa mercantil, contable y fiscal, presenta la autoliquidación del impuesto IRPF sin efectuar a continuación el pago por «razones de conciencia» para no colaborar con la guerra de Irak.

del primer precepto que considera norma principal frente al segundo que entiende como norma secundaria.

La pretensión de solucionar el problema sistemático por la vía de considerar infracción administrativa la de cuota inferior a 15 millones de pesetas y delito las demás, no refleja la realidad de las cosas. Por supuesto, que las omisiones de cuota inferior a esa cifra nunca pueden ser delito. Pero las omisiones superiores a los 15 millones pueden ser infracción administrativa y, en la práctica, la mayor parte de las infracciones superiores a tal cantidad permanecen en el ámbito administrativo. En cualquier caso, lo relevante aquí es que el funcionario de Hacienda puede y debe, por imposición legal, determinar si dicha omisión superior a 15 millones es delito o infracción tributaria, examinando para ello el elemento subjetivo. También debería realizar, y esta es mi conclusión, la interpretación sistemática de la que estamos hablando de modo que sólo se remita al Ministerio público aquellas omisiones que puedan subsumirse en los arts. 305 ó 310 del Código penal y no las que, conforme a la interpretación sistemática propuesta, deban permanecer en el ámbito administrativo.

Martínez-Buján Pérez, aunque sostiene que la idea rectora del art. 305 es la derivada del verbo «defraudar», entiende que debe de seguirse el criterio del fin de protección de la norma por lo que el precepto abarca «todas las omisiones de declaraciones por parte del sujeto obligado con independencia de si el sujeto en períodos tributarios anteriores había sido <antiguo cliente> o de si existían datos externos reveladores de su deuda con Hacienda» (p. 335). Este trato tan severo con el comportamiento de ausencia de declaración en la que Martínez-Buján Pérez renuncia a hacer otros distinguos, contrasta con la contundente, y poco razonada, atipicidad del supuesto de quien, habiendo reconocido y liquidado correctamente su deuda tributaria, no efectúa el correspondiente pago. Posición coincidente con la mantenida por la STS 28 octubre 1997 (caso Filesa): «el que simplemente no paga, pero ha reconocido la deuda comete únicamente una infracción administrativa del art. 79 a) LGT, como tampoco incurre en tal infracción el que, en supuesto más extraño, paga omitiendo declarar».

Me produce cierta extrañeza que Martínez-Buján Pérez liquida con una única frase la cuestión del fraude de ley que considera atípico (p. 337, edición de 1999). El fraude de ley, la simulación y la economía de opción han entretenido a muchos comentaristas, probablemente por la trascendencia práctica que revisten tales categorías.

Se dice que un hecho se realiza con fraude de Ley cuando se produce un resultado contrario a la Ley, pero amparado por otra disposición de finalidad diferente. De este modo, se requiere el concurso de

dos normas: una, la norma defraudada, que es la destinada a regular el supuesto, y otra, la norma de cobertura, en la que se pretende apoyar el acto.

Piénsese, por ejemplo, en la domiciliación del sujeto pasivo de la obligación tributaria en un lugar geográfico mejor tratado fiscalmente; la transmisión de la propiedad mediante la constitución e inmediata disolución de una Sociedad; la transmisión de una propiedad que genera plusvalía interponiendo otra compraventa intermedia con un comprador que compensa aquella con una minusvalía; conversión de un acreedor en accionista de la sociedad deudora mediante ampliación de capital, constituir una sociedad entre padre e hijo con el fin de hacer más barata fiscalmente la futura herencia a su fallecimiento, etc. Que en estos casos se «elude el pago de tributos» es indudable. La pregunta, sin embargo, ha de formularse en el sentido de si tal forma de evasión o elusión constituye también defraudación, «engaño» del artículo 305 CP.

En realidad, en los supuestos de «fraude de Ley» el perjuicio que pudiera sobrevenir a la Hacienda Pública no es consecuencia del engaño construido por el contribuyente, sino de una deficiencia de técnica legislativa. Ni la Hacienda Pública incurre en error alguno, ni el contribuyente realiza maniobra alguna idónea para producir tal efecto, pudiendo, incluso, obrar con total transparencia invocando la norma de cobertura. La ausencia de una relación causal entre la argucia del administrado y el posible error en que pudiera incurrir la Hacienda o perjuicio, hace que el comportamiento no pueda considerarse como forma de defraudación.

Esta interpretación coincide, además, con las necesidades político-criminales que reclaman, a lo sumo, la aplicación de la norma eludida (artículo 6.4 Cc.) — solución que adopta el artículo 24 LGT— pero nunca la reacción penal por ausencia, normalmente, del desvalor de acción en la conducta.

La jurisprudencia no parece ir por este camino<sup>9</sup> lo que no impide que manifestemos nuestra fundada opinión doctrinal al respecto, en contra de la corriente jurisprudencial.

En ocasiones se confunde el fraude de ley con los actos o negocios simulados en los que el sujeto, ausente otra norma que le diera cobertura, simplemente falsea la realidad para que con tal simulación se le aplique una norma que no le corresponde ni por la letra ni por el fin

---

<sup>9</sup> Claramente, en contra STS 29 enero 1991.

de la misma. Es evidente que estos casos entran de lleno dentro del art. 305 del Código penal. Al lado de los actos simulados y el fraude de ley se encuentra también la economía de opción, que se produce cuando la conducta puede subsumirse en diferentes normas, eligiendo el contribuyente aquélla que le sea más económica. En este último abanico de supuestos la ley no responde con sanciones. Admite la opción que realice el contribuyente.

Hubiera sido deseable conocer la autorizada opinión de Martínez-Buján Pérez sobre esta cuestión, porque es verdaderamente sorprendente que se castiguen supuestos en los que nada se oculta a la Hacienda pública, ni el negocio, ni el precio, ni los sujetos, sino que simplemente se busca, con la protección de la norma, hacer la actividad más barata desde el punto de vista fiscal.

En lo relativo a la consumación del delito fiscal no ignora Martínez-Buján Pérez mi contribución al tema ya en los tempranos años de 1978, cuando pocos penalistas se habían pronunciado al respecto. Y digo que no lo ignora porque lo cita, al final en letra pequeña en la p. 352 de su edición de 1999. Sin embargo, expone con brillantez su conocida tesis diferenciadora entre tributos con autoliquidación y tributos con acto administrativo de liquidación exigiendo en estos últimos la liquidación de la Hacienda pública. No oculto que me hubiera gustado poder debatir con él este punto sobre el que ya me he pronunciado hace tantos años.

MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ  
Catedrático de Derecho penal  
Universidad Autónoma, Madrid

PÉREZ GALDÓS, Benito: *El crimen de la calle de Fuencarral*, ed. y pról. de Rafael Reig, Lengua de Trapo, Madrid, 2002; 128 páginas.

Se recupera en esta edición el contenido de una ya inencontrable, impresa a finales de los años veinte<sup>1</sup>, reproduciendo las corresponsalías periodísticas de Galdós para el diario bonaerense *La Prensa* sobre el famoso crimen de verano de 1888, completadas ahora con el añadido de las asimismo enviadas acerca del no menos comentado asesinato del obispo de Madrid-Alcalá, Monseñor Martínez Izquierdo. De este último, perpetrado el Domingo de Ramos de 1886 a las puertas de la Catedral de San Isidro por el cura Cayetano Galeote, fallecido de muerte natural tras su ingreso en un manicomio, aún se encuentra disponible la interesante reconstrucción procesal, especialmente atenta a la proposición, práctica y valoración de la prueba pericial médica, que va para más de dos décadas realizaron Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría<sup>2</sup>. Grande fue en su día la «popularidad» alcanzada por el caso, donde la condición de sus protagonistas sin duda influyó sobremanera en el morbo social que en general la comisión de este tipo de hechos criminales siempre despertaban, así como para el importante despliegue informativo con que los medios de comunicación noticiaron el suceso. Uno y otro eran ya por entonces, en efecto, dos fenómenos aparejados al desarrollo en España del modelo de sociedad urbana y al desenvolvimiento de la mentalidad burguesa de finales del siglo XIX, muy impregnada de racionalismo positivista, y ambos también consienten abordar su examen y análisis desde múltiples y variadas perspectivas.

Puede ser una, y no de relevancia menor, la relacionada con la aparición en nuestro país, dentro del género enigma o misterio policial, de la llamada «novela criminal»<sup>3</sup>. Arranca ciertamente en ese período

---

<sup>1</sup> Benito PÉREZ GALDÓS, *El crimen de la calle de Fuencarral: cronicón de 1888-1889*, prefacio de Alberto Ghirardo, con ilustraciones de Gago y Miguel de Palacios, Prensa Moderna, Madrid, 1928, núm. 14 de la Colec. «Los Novelistas».

<sup>2</sup> Cayetano GALEOTE, *El Cura Galeote asesino del obispo de Madrid-Alcalá: proceso médico-legal*, reconstruido y presentado por Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, Las Ediciones de La Piqueta, Madrid, 1979.

<sup>3</sup> Vid. Juan PAREDES NÚÑEZ (ed.), *La novela policíaca española*, Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1989; José Ramón VALLES CALATRAVA, *La nove-*

el comienzo de una inclinación del gusto y afición lectora, todavía en principio muy próxima a la tradición folletinesca y truculenta de la «causa célebre», despegando luego hacia un cada vez mayor y más concentrado acercamiento temático a los soportes psicológicos y bio-sociales de «el crimen», con creciente depuración también de los recursos narrativos y aumento del nivel de la calidad estético-literaria. Así, primero con Pedro Antonio de Alarcón y su novela corta *El clavo* (1853), hasta desembocar en Emilia Pardo Bazán, *La gota de sangre* (1911), habiendo asimismo contribuido a esa evolución las plumas de Vicente Blasco Ibáñez, Pío Baroja y, en concreto, el propio Galdós. Dos títulos en la producción de este último destacan en ese sentido como de especial significación: *La incógnita*<sup>4</sup> y *La realidad*<sup>5</sup>. Se trata de dos novelas, aparecidas con fecha de 1889, cuya estructura y enfoque presentan rasgos singulares; construida la una en forma epistolar, y dialogada la otra, se desarrollan alrededor de un mismo hecho narrativo, funcionando para su comprensión de modo mutuamente complementario. Por lo demás, el crimen de la calle Baño, que allí es fábrica de su ficción novelesca, aprovecha a su base el rastro específico de las crónicas publicadas sobre el de Fuencarral<sup>6</sup>. No obstante, la referencia al eco de aquel «crimen del día» no se agota en la ocasión a ese experimento literario. Muy al contrario, da oportunidad a prolongarlo en un recorrido que por antecedente<sup>7</sup> alcanza problemas jurídicos de índole absolutamente actual; por ejemplo acerca, en general, de las relaciones entre medios de comunicación y hecho criminal y, más en concreto, respecto a la calidad de la información, la presión mediática en las diligencias policiales y judiciales, o la vulneración del secreto sumarial.

La conducta periodística de los principales rotativos madrileños ante al crimen de la calle de Fuencarral, descubierto el 1 de julio de

---

*la criminal española*, Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1991; Salvador VÁZQUEZ DE PARGA, *La novela policíaca en España*, Ronsel, Barcelona, 1993, y José F. COLMEIRO, *La novela policíaca española: teoría e historia crítica*, Anthropos, Barcelona, 1994. Asimismo, Juan DEL ROSAL, *Crimen y criminal en la novela policíaca*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947.

<sup>4</sup> Benito PÉREZ GALDÓS, *La incógnita*, Imp. de La Guirnalda, Madrid, 1889. Id., *Obras Completas*, ed. de F. C. Sáinz de Robles, Aguilar, Madrid, 1969, vol. VI, pp. 1117-1219. Recientemente en Eds. Rueda J. M., Madrid, 2001.

<sup>5</sup> Benito PÉREZ GALDÓS, *La realidad*, Imp. de La Guirnalda, Madrid, 1889. Id., *Obras Completas*, cit., vol. VI, pp. 1221-1310.

<sup>6</sup> Vid. Clara E. LIDA, «Galdós, entre la crónica y la novela», en *Anales galdosianos*, VIII (1973), pp. 63-77.

<sup>7</sup> Vid. Pedro TRINIDAD FERNÁNDEZ, *La defensa de la sociedad. Cárcel y delincuencia en España (siglos XVIII-XX)*, Alianza, Madrid, 1991, pp. 240-245.

1888 —un asesinato en el que la posición social de la víctima (una señora de la nobleza, Doña Luciana Barcino de Valera Vázquez) junto a la reserva y hasta misterio en las circunstancias y pesquisas criminales alentaron todo tipo de hipótesis e incluso fantásticas especulaciones<sup>8</sup>— muestra sólo excepcionalmente la actitud de quienes durante todo el tiempo de vida noticiable mantuvieron un seguimiento profesional y serio, como el diario *La Justicia*, entonces dirigido por Rafael Altamira, para el que actuaba de redactor jurídico Antonio Machado y Álvarez<sup>9</sup>. Más extendido y frecuente sin embargo fue el comportamiento editorial de diarios como *El Imparcial*, que si en los días posteriores a ofrecer las primeras informaciones del suceso se abstuvo de publicar más noticias sobre el mismo, así atendiendo la recomendación del fiscal en no interferir la labor de la justicia, una vez constató el descenso de lectores, que redujo su tirada en casi cuatro mil ejemplares, retomó de nuevo todo lo concerniente al asunto del crimen en un decidido intento por recuperarlos. Con todo, resultará un error pretender explicar tal reacción aduciendo razones simplemente mercantiles, como el control de la cuota de mercado. Ellas, desde luego, están presentes, pero existen asimismo otras variables igualmente operativas. Alguna apunta Baroja cuando sostiene comparable el crimen de Fuencarral al affaire Dreyfus, pues aun careciendo de una entidad semejante, «como caso de psicología popular era tan importante como aquél o más»<sup>10</sup>. Y así, lo que a mi juicio pueden indicar comparaciones como la anterior, aparte de poder considerarlas más o menos acertadas, es que la diversa tipología de reacciones expresada por los medios de comunicación ante «el crimen» hace signo interpretativo de la sociedad y la política de cada época. Desde esta perspectiva el de Fuencarral ofrece en su tratamiento periodístico significativas respuestas a distintos niveles. A uno psico-social, la confesada atracción hacia «el crimen» que *El Liberal*

---

<sup>8</sup> Ilustrativo, desde el principio, lo publicado por *El Liberal* en su edición de 5 de julio de 1888: «si estos crímenes notables no ocurriesen, se inventarían: los asesinatos no han llegado a imaginarlos tan misteriosos, complicados y por decirlo, así, bonitos como los novelistas que cultivan el género...». Cito por Pedro TRINIDAD FERNÁNDEZ, asimismo para siguientes referencias hemerográficas.

<sup>9</sup> El institucionista Joaquín SAMA Y VINAGRE, «Antonio Machado y Álvarez», *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, T. XVIII (1893), p. 128 anota que *La Justicia* se distinguió «por la serie de 40 artículos de carácter jurídico con motivo de los crímenes de la calle de Fuencarral y Plasencia». *La Justicia*, periódico fundado por Nicolás Salmerón y editado desde el 1 de enero de 1888 a mayo de 1891, tuvo a Machado como redactor jurídico, y realizó celebradas campañas, elogiadas por principales jurisconsultos, algunas de ellas reproducidas en la prensa profesional.

<sup>10</sup> Pío BAROJA, *Desde la última vuelta del camino. Memorias*. T. II, *Familia, infancia y juventud*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1944, p. 200.

admite en su edición de 30 de agosto de 1888, desconecta el hecho criminal de cuanto pudiera ligarlo a un problema o incluso un sentimiento de justicia, convirtiéndolo en una cuestión de estímulo intelectual: «Acaso alimenta algo el instinto de perversidad que, según Edgar Poe, todos poseemos: produce también sacudimientos enérgicos en nuestro sistema nervioso, aumentando la actividad intelectual de los cerebros perezosos y es causa de reacciones saludables por la protesta moral con que la mayoría le condena. Sentir indiferencia ante el crimen es síntoma de postración y decadencia». El interés hacia lo criminal concuerda pues, en suma, con el espíritu de racionalidad positiva, a cuyo lado lo que «el crimen» pudiere repercutir en añadido como «protesta moral» creo que conforma de suyo un nivel distinto y bien diferenciado, de carácter antes que nada cívico-moral y no tanto enlazable, y hasta diría que en todo independiente, a consideraciones de orden ético. En esa contemplación, su dimensión queda perfectamente esclarecida cuando *El Imparcial* de 24 de febrero de 1889 aprovecha de la ola de crímenes para hacer denuncia de lo que calificará como «epidemias morales»<sup>11</sup>. Y resta por último mencionar, luego naturalmente de otros posibles, asimismo un nivel ideológico-social, donde por ejemplo la prensa comprometida al movimiento obrero utiliza la oportunidad del acercamiento noticiero a «el crimen» como termómetro político de la corrompida salud del orden social burgués, y para reclamo informativo en su renovador proyecto jurídico-político: «El proceso de la calle Fuencarral abunda en enseñanza para la futura justicia revolucionaria del proletariado» (*El Socialista*, 3 de agosto de 1888).

Por lo demás, al margen ya de todo cuanto ese plano general de las relaciones entre medios de comunicación y hecho criminal puede llegar a albergar, el crimen de la calle de Fuencarral permite descender hasta otro de naturaleza socio-jurídica y jurídico-política más particular. A él se implica el comportamiento informativo mostrado en relación a la tarea instructora y de enjuiciamiento llevada a cabo por la autoridad judicial. Pues bien, resulta evidente que a lo largo de la investigación y el proceso la posición informativa adoptada por los medios intensificó el conflicto con el Poder judicial, incluso ampliándolo en algún caso a otras instancias del Estado, como instituciones peniten-

---

<sup>11</sup> A este mismo nivel pertenece la crítica hacia la «enseñanza del crimen» que los noticieros facilitaban al público. Escandalizado por esa «propaganda del crimen», Ramiro DE MAEZTU estudia la distribución de los espacios periodísticos concedida a noticias sobre hechos violentos (asesinatos, fusilamientos, «el crimen de...», incendios, suicidios, etc.). *Vid. Hacia otra España* [Bilbao, 1899], Madrid, Rialp, 1967, pp. 52-54.

ciarias<sup>12</sup>. La prensa, que hizo un uso indudablemente sensacionalista del caso, produjo un estado de permanente inquietud y perturbación bajo defensa de una completa libertad de investigación y publicación de todo lo relacionado con el crimen. La práctica del «noticiarismo insensato» en el ejercicio del derecho de informativo se generalizó alcanzando también, finalmente, a los representantes de un reporterismo «sensato», de entrada respetuoso con el secreto sumarial y contrario a lo que hoy conocemos como «juicios paralelos». Continuas discusiones y tomas de partido sobre el rumbo y propósito en que, al parecer de cada informador, debían orientarse la instrucción y hasta la misma definición del juicio, con graves descalificaciones e insidiosas insinuaciones cuando no eran correspondidas, provocaron un extraordinario enrarecimiento del ambiente social y un descontento generalizado que, además, tampoco fue desaprovechado por las fuerzas políticas de oposición. Así pues, también la intriga política estuvo presente. Francisco Silvela, dirigente conservador, formulará durante una visita a Málaga el 11 de agosto de 1888 una acusación: «la inmoralidad se extiende desde el secretario de un ayuntamiento hasta el alto sitial de la Presidencia del Supremo». Sus palabras, pronunciadas con motivo de censurables intervenciones<sup>13</sup> habidas sobre «el crimen de la calle de Fuencarral», traerán una tan inmediata como enorme consecuencia: Eugenio Montero Ríos, presidente del Alto Tribunal, presentará a finales de ese mes su dimisión, cuya aceptación demorará el gobierno hasta el Consejo de 8 de septiembre siguiente<sup>14</sup>. En lo sucesivo, la vista oral, en la que actuaron distinguidos letrados como Joaquín Ruiz Jiménez<sup>15</sup>, se desarrolló asimismo no exenta de incidencias.

---

<sup>12</sup> Vid. Pedro GUTIÉRREZ SALAZAR, *El Crimen de la Calle de Fuencarral: Extracto y juicio del Proceso con la carta de exdirector de la Cárcel modelo D. José Millán Astray, en que pide copia de lo publicado en «El País» por el Verdadero Estudiante*, Tip. de Manuel Ginés Hernández, Madrid, 1888.

<sup>13</sup> GALDÓS, igualmente, aludiría en la trama novelesca del crimen de la calle Baño a «influencias altísimas» e intervención de «elevadísimos personajes». Cfr. *La incógnita*, cartas 13 y 21.

<sup>14</sup> Para José BATISTA, «Semblanza de un jurista», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. LX (mayo 1970), pp. 679-695, Montero Ríos se creyó obligado a dimitir de la presidencia del Tribunal Supremo «a consecuencia de las críticas que se le dirigieron por su intervención en el ruidoso asunto del crimen de la calle Fuencarral» (p. 684).

<sup>15</sup> Vid. Joaquín RUIZ JIMÉNEZ, *Recuerdos de un famoso proceso: el crimen de la calle de Fuencarral*, Imp. Juan Pueyo, Madrid, 1929. He hallado igualmente noticia del volumen editado por La Correspondencia de España en Madrid a finales de 1888, con más de 700 pp., titulado *El crimen de la calle de Fuencarral*, recogiendo numerosa información acerca del suceso sólo unos meses antes. También la extensa crónica

Al cabo, todo terminó como por entonces todo terminaba casi siempre; en 1890 Higinia Balaguer, criada de la casa en que se cometiera el crimen, fue sentenciada a muerte, para cuya ejecución se le aplicó el garrote, y ésta fue también la última que en Madrid se cumplió en plaza pública mediante empleo ese mecanismo<sup>16</sup>. Durante los días posteriores las crónicas periodísticas no incluyeron referencia alguna a ella en el espacio destinado al «crimen del día».

JOSÉ CALVO GONZÁLEZ

---

de Enrique AGUILERA, *El crimen de la calle de Fuencarral*, impresa en Madrid, 1890, dos tomos, con una extensión total que supera las 2.000 pp. Fuente: Antonio PALAU Y DULCET, *Manual del librero hispano-americano. Bibliografía general española e hispano-americana desde la invención de la imprenta hasta nuestros tiempos*, Lib. Anticuaría de A. Palau, San Feliu de Guixols, J. M. Viader Impresor, 1948-1977. (Desde el vol. XXI, Antonio Palau Dulcet & The Dolphin Book Co. Ltd., Barcelona, Oxford).

<sup>16</sup> Daniel SUEIRO, *La pena de muerte, ceremonial, historia, procedimiento*, Alianza, Madrid, 1974, p. 333: «Hubo un escándalo mayúsculo, seguramente como despedida del público de otra de sus fiestas nacionales».

GIL GIL, Alicia: *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, Editorial Comares, 2002.

Nunca se insistirá bastante en el insólito estado de buena salud de que goza la Ciencia penal española en esta época de penuria pensante y universitaria que nos está tocando vivir. Basta intentar estar al día de lo que se publica en España sobre Parte general, más concretamente sobre Teoría del delito, como es mi caso (seguro que en Parte especial el fenómeno también se produce), para darse cuenta de que existe una verdadera comunidad científica que debería, ésta es otra cuestión, disponer de más cauces de comunicación (pienso, ante todo, en lo lamentable que es la inexistencia de reuniones presenciales periódicas) para canalizar anhelos tan elevados.

Una línea continua y creciente que arranca como poco de los años sesenta, y nunca interrumpida, ha hecho que la Ciencia penal española, siempre de la mano de la alemana en este punto, a través del diálogo profundo que ha hecho madurar a la primera hasta el punto de llegar a pensar por sí misma, punto alcanzado hace algún tiempo y del que ahora se ven los frutos, después de trazar desde diferentes posiciones de auténticas escuelas científicas las grandes líneas de la Teoría del delito, esté desencadenando ahora un debate profundo, e, insisto, insólito en el panorama de la Ciencia española, sobre aspectos cada vez más concretos de la Teoría.

Así, en el ámbito de la antijuricidad, nos encontramos con que no sólo resulta que de todas y cada una de las causas de justificación hay varias monografías excelente, e, incluso, se comienzan a escribir monografías específicas sobre elementos concretos de alguna causa de justificación, por no hablar de los numerosos artículos doctrinales sobre las materias aludidas; nos encontramos con que desde hace unos años se está elaborando una teoría general de las causas de justificación casi tan sofisticada como la ya desarrollada, que no agotada, teoría del injusto, eje central de la Teoría del delito. En este contexto se sitúa la monografía de Alicia GIL GIL, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*.

La autora, que irrumpió brillantemente en el panorama de la Ciencia penal española, en 1999, con un libro, resultado de su Tesis docto-

ral, muy oportuno políticamente y muy riguroso científicamente, sobre el Derecho penal internacional, el Tribunal penal internacional y la dogmática del delito de genocidio, de cuyo nivel da cuenta el hecho de que la Prof. GIL haya sido capaz, posteriormente, de publicar varios artículos independientes y generales (pero cuya esencia estaba ya allí) sobre el dolo, la tentativa, el concurso, etc., es discípula de ese gran maestro (en el doble sentido de lo que ha rendido personalmente a la Ciencia penal, de lo que su Parte General recién culminada tras años de elaboración minuciosa es fiel reflejo, y de la escuela que ha sabido formar) que es José CEREZO MIR, en cuya concepción de la teoría del delito, una de las que derivan del mítico Hans WELZEL, o Finalismo, fundamenta (enriqueciéndola) sus tesis, también las de la obra que ahora recensionamos.

En la primera parte de su monografía (pp. 5 ss.), la autora pasa revista a las distintas teorías que se han defendido sobre la exigencia de elementos subjetivos de justificación en todas o algunas de las causas de exclusión de la antijuricidad con el propósito, ésa es su tesis, de demostrar que hay causas de justificación, como la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio del cargo, que, por adelantar «sus efectos a un momento anterior al de la producción del valor de resultado» («causas de justificación de resultado cortado») (8), requieren siempre un elemento subjetivo de justificación que va más allá del dolo (o representación de la situación justificante), sin el que, no obstante no constituir un móvil, no se explicaría que la causa de justificación produzca todos sus efectos a pesar de que, ya se ha dicho, no ha sobrevenido (todavía) el resultado valioso.

Para proceder a fundamentar su tesis, Alicia GIL comienza por criticar a las teorías (minoritarias) que asignan efectos justificantes a la mera concurrencia del elemento objetivo de justificación, resaltando, con razón, por resumir sus argumentos, que si el Legislador reconoce la exigencia de elementos subjetivos de justificación, junto a los objetivos, lo que los objetivistas no niegan, se está descartando una fundamentación puramente objetiva del injusto (12).

Y, a continuación, procede la autora a un análisis minucioso y refinado de las teorías (mayoritarias) que, reconociendo que las causas de justificación contienen, siempre, un elemento subjetivo junto al objetivo, niegan la exigencia de un elemento subjetivo trascendente al dolo del tipo (objetivo) de justificación en las causas de justificación que GIL GIL ha denominado «de resultado (valioso) cortado».— Para ello, la autora va a intentar demostrar dos cosas: 1) Que el reconocimiento de un elemento subjetivo trascendente no obliga a hacerlo recaer sobre la componente volitiva de ese elemento subjetivo, bastando con la com-

ponente intelectual o representación de que se actúa para un resultado trascendente. 2) Pero que, sin embargo, sí es necesario apelar al aspecto volitivo del elemento subjetivo para explicar tanto la tentativa inacabada, como los delitos de resultado cortado y las causas de justificación de resultado cortado.— Con el primero de los fines perseguidos, Alicia GIL demuestra muy convincentemente que, en ningún caso el elemento subjetivo trascendente se confunde con un móvil, ya que, siempre, aquél, en la concepción del injusto personal finalista que defiende, va referido a un elemento objetivo (sólo que trascendente, a veces, a la realización del tipo completo, de injusto o de justificación), no es obligatorio reducir el elemento subjetivo trascendente al dolo directo de primer grado (bastando incluso el eventual) y no requiere, en el caso del elemento subjetivo trascendente de justificación, la conciencia de la licitud; consideraciones importantes para la tesis que defiende, la existencia de causas de justificación de resultado cortado y los requisitos para estimar la concurrencia de su elemento subjetivo, y para rebatir críticas tradicionales al supuesto subjetivismo de la concepción final del injusto (y su exclusión).— Con el segundo de los fines perseguidos, demostrar que el elemento subjetivo trascendente de la causa de justificación de resultado cortado no se puede objetivar, la autora defiende que el elemento subjetivo de justificación presenta un reducto irrebasable según el cual el acto que realiza el tipo objetivo de justificación sólo está justificado si su autor lo lleva a cabo para producir un resultado situado más allá del tipo objetivo de justificación (de ahí su paralelismo con los delitos de resultado cortado), pues, de otra manera, de ahí la insolencia de la doctrina mayoritaria (elemento subjetivo de justificación referido exclusivamente al elemento objetivo), o bien no exige (la doctrina mayoritaria) la representación del resultado valioso final, conformándose con la idoneidad, en cuyo caso la inidoneidad objetiva (la idoneidad como elemento del tipo de justificación) de la acción de defensa, p. ej., fundamentará una responsabilidad a título de imprudencia, lo que según la Profesora GIL es absurdo, o bien no explica la justificación del acto preparatorio o de tentativa inacabada del propiamente de justificación, conducta de conducir a excesiva velocidad el médico para atender a una urgencia p. ej., por no poderse comprobar todavía la idoneidad de la acción justificante, o bien considera que el resultado valioso sí forma parte del tipo (objetivo) completo de justificación, en cuyo caso restringe contra legem la justificación, que no exige tanto (que efectivamente la acción justificada, y sólo ella, haya causado el resultado valioso).

El repaso a las doctrinas reinantes sobre el elemento subjetivo de justificación, le permite a Alicia GIL arribar a la teoría que defiende, según la cual existen causas de justificación en las que el comporta-

miento está ya justificado cuando el autor se ha representado la situación justificante, tipo objetivo de justificación, y ha actuado para producir el resultado ulterior a lo típico o resultado valorado. De ahí la explicación a la utilización por parte del legislador de expresiones como «en defensa».

En la segunda parte de su monografía (75 ss.), la autora pasa revista a las distintas teorías reinantes sobre los efectos a derivar de la ausencia del elemento subjetivo de justificación, deteniéndose, como no podía ser menos, especialmente en la tesis de la justificación separada, con la conclusión característica de la tentativa, y, en menor medida, en la teoría de la eximente incompleta, a las que someterá a profunda crítica que le lleva a sostener la tesis de la consumación, no necesariamente en la línea de la tesis de la congruencia, que también llega a la conclusión de la consumación, sino por una vía propia que, enlazando con la primera parte de su investigación, deduce de la noción de injusto personal finalista que defiende.

Para Alicia GIL, la solución de la tentativa para los casos de ausencia del elemento subjetivo de justificación se basa en los siguientes equívocos: 1. Considerar que la concurrencia del elemento objetivo de la causa de justificación da lugar a un valor resultado, siendo así que el tipo objetivo de justificación sólo establece qué haya de hacerse en una situación determinada para salvar un bien jurídico, «de la misma forma que la peligrosidad de la acción no supone todavía ningún resultado de perturbación de un bien jurídico» (113). 2. Considerar que se pueda fundamentar un valor resultado sin haber constatado antes un valor acción, dando entrada a lo fortuito, lo que da al traste con la teoría de las normas (¿porqué no hacer lo mismo con el injusto?). 3. Con la solución de la tentativa se provoca la situación paradójica de que el Derecho autorice un resultado a la vez que prohíbe su producción. 4. En las causas de justificación mutilada de dos actos, la solución de la tentativa obliga o bien a no tener en cuenta el elemento subjetivo especial, castigando siempre por tentativa, o bien hacer una excepción en estos casos y castigar por delito consumado.— Por su parte, a los defensores de la teoría de la eximente incompleta les reprocha que puesto que no cabe pensar que lo meramente fortuito juegue papel alguno en la fundamentación o graduación del injusto, tampoco cabrá otorgárselo a la hora de determinar su exclusión por la concurrencia fortuita del valor resultado; confirmándose, así, que el elemento objetivo y el elemento subjetivo han de concurrir en ambos casos, injusto y su exclusión, no produciendo efecto alguno la mera concurrencia del elemento objetivo. Cuestión distinta, que sustenta además su tesis del delito consumado, es que sí puede jugar un papel fundamentador de la exi-

mente incompleta la mera concurrencia del elemento subjetivo de justificación, o tentativa de justificación.— En efecto, la autora defiende una modalidad de teoría de la consumación basada en que el mero valor-resultado no produce ningún efecto, ni eximente ni atenuante, lo que no impide estimar que, a diferencia de la teoría de la congruencia, la mera concurrencia del valor-acción producirá pleno efecto eximente en algunas causas de justificación (causas de justificación de resultado cortado), en tanto que si faltó algún elemento del tipo objetivo de justificación, estando presente el elemento subjetivo, se podrá aplicar la atenuante de eximente incompleta, si bien el error de prohibición evitable también concurrente (concurso de leyes) permite una atenuación mayor.

La última parte de su monografía, la dedica la autora a rechazar concienzuda y brillantísimamente las objeciones, numerosas, formuladas contra la solución de la consumación.

La concepción del elemento subjetivo de justificación de Alicia GIL GIL tiene para mí el mérito indiscutible de haber puesto de relieve el papel rector que, desde la concepción final, corresponde al elemento subjetivo también en la exclusión del injusto. En este sentido, es muy gráfico que la autora haya aislado un acto de la cadena, como el de conducir a una velocidad excesiva, cuya única justificación está en el propósito con el que se realiza: salvar a un enfermo; por lo que la Prof. GIL afirma, con razón, que es el fin ulterior de seguir actuando en una dirección determinada el fundamento de la justificación en un momento dado. Como también acierta al establecer un paralelismo esclarecedor con la tentativa inacabada (tema que con anterioridad, ya se ha dicho, ocupó brillantemente el interés de la autora), en la que, precisamente, unos actos, en sí neutros, constituyen un injusto penal debido única y exclusivamente a lo que el sujeto se propone realizar después. Todo esto, insisto, lo considero de una importancia suma de cara a concebir la estructura del comportamiento justificado. Ahora bien, de lo que ya no estoy tan seguro es de que sea conveniente establecer una clasificación dentro de las causas de justificación en la cual un grupo de ellas, a diferencia de las otras, requiera un elemento subjetivo de justificación trascendente. O, dicho de otra forma, no creo que lo que explica (y, por cierto, que también sin especiales efectos más allá de lo descriptivo) la existencia de elementos subjetivos del injusto más allá del dolo en la tipicidad explique también la esencia de causas de justificación tan comunes y emblemáticas como la legítima defensa y el estado de necesidad.

Me da la impresión de que la tesis está muy condicionada por la concepción, en mi opinión conflictiva con su tesis capital, la que com-

partimos todos los finalistas, del primado del disvalor-acción, del resultado (y su consiguiente disvalor) en la escuela finalista de CERESO. Para confirmarlo, lo primero que hemos de hacer es completar uno de los puntos más débiles de este escrito por lo demás tan preciso de Alicia GIL, quien apenas si ha esbozado aquello a que llama valor-resultado situado más allá del tipo de justificación. El autor del comportamiento justificado no causa un resultado valorado positivamente por el Derecho (valor-resultado), sino que con la causación del resultado típico justificado (muerte del agresor, p.ej., en la legítima defensa) evita que se produzca un resultado que probablemente (nunca con seguridad, dado que de no haber intervenido el autorizado otro factor fortuito pudo impedir el resultado amenazante que el Derecho autoriza a prevenir), sobrevendrá, lo que es muy diferente. Luego, por tanto, lo que tienen en común el tipo de injusto y el tipo de justificación es la tipificación de un comportamiento que previene un estado de cosas posterior, en cuya concreta producción pueden intervenir, e intervienen de hecho, factores ajenos al comportamiento del autor. Es cierto que en los delitos de resultado el tipo de injusto incluye también su causación; pero, con buen criterio, Alicia GIL, como buena finalista, admite que con la tentativa acabada se ha agotado el injusto de comportamiento. En consecuencia, pues, simplificando mucho, podemos decir que el sujeto que ha realizado todos los elementos del tipo de justificación como el que ha realizado los del tipo de injusto menos el resultado han llevado a cabo plenamente el comportamiento tipificado, sin necesidad ni posibilidad de establecer ni objetiva ni subjetivamente mandato alguno posterior de cara a las finalidades del Derecho. Luego, por tanto (no quiero decir ahora que Alicia GIL diga otra cosa), la plena realización del comportamiento típico de injusto como de justificación realizan el injusto y la justificación plenamente, no requiriendo ninguno de los tipos un elemento subjetivo trascendente.

La cuestión que la autora plantea no es ésta, ciertamente. La cuestión que ella plantea es la de que tanto en el tipo de injusto como en el de justificación, el comienzo de realización del tipo no agotado, la tentativa inacabada, en el tipo de injusto, el tipo de justificación como tipo de tentativa, ha de constatarse un elemento subjetivo trascendente sin el que ni se realiza el tipo de injusto ni se justifica el comportamiento. A lo que debe responderse que un elemento necesario para caracterizar todas las modalidades de comportamiento penalmente relevante, a efectos de injusto como de su exclusión: que hasta que el comportamiento típico no está plenamente realizado está requerido de una voluntad de terminación, no puede caracterizar a una parte de esos comportamientos. El tipo de justificación, que describe la forma de comportarse para salvar bienes jurídicos preferidos por el Ordena-

miento jurídico a costa de los preteridos, con las consideraciones hechas por la Profesora GIL sobre su relación con un valor-resultado situado siempre más allá, configurado más exactamente que los tipos de injusto (no se quiere decir que estos sean incompatibles con el Finalismo), es el reflejo más fiel de la concepción del injusto personal; por eso, la alusión de la autora a un elemento subjetivo trascendente lo tengo por innecesario, y por muy esclarecedor para el tipo subjetivo de justificación congruente con el objetivo, como sostiene la doctrina mayoritaria, con independencia de los efectos derivados en base a las diversas teorías reinantes.

La segunda tesis de la Profesora GIL, la ausencia del elemento subjetivo de justificación estando presente el objetivo da lugar a responsabilidad por delito consumado, que no es nueva, antes bien ya ha ocupado históricamente en más de una ocasión a finalistas y no finalistas (precisamente la autora va a dedicar posteriormente la mayor parte del espacio de su monografía a rebatir las críticas a la solución de la consumación), con sus críticas a la solución de la tentativa y de la eximente incompleta, que constituyen todo un alarde de la capacidad dialéctica de la autora, tiene el mérito indiscutible de corroborar firmemente que, desde un punto de vista dogmático, la solución de la tentativa es indefendible, a pesar de sus numerosos seguidores, al tiempo que reafirma algunas de las tesis principales del Finalismo, pero tiene el inconveniente de exacerbar las diferencias teóricas reinantes y empecinarse ante problemas cuya solución no depende de la teoría que se defiende. Ejemplo de lo primero es la concesión hecha por algunos de los defensores de la tesis de la tentativa, como FRISCH, que reconoce que la equivalencia a la tentativa no es técnica sino axiológica; de lo segundo, la solución que haya de darse a una situación que, aparentemente, prohíbe y justifica al mismo tiempo. De ahí que, como consecuencia de la ceguera de la autora para distinguir la cuestión dogmática de la axiológica, rechace la solución de la eximente incompleta para el caso.

En efecto, para mí, el principal inconveniente de la tesis de Alicia GIL, sobre la base de reconocer y admirar lo exhaustivamente fundamentada que está y lo contundente que es frente a las tesis que critica, estriba en que no aporta ningún argumento que nos permita digerir lo drástico que es castigar con la pena del delito consumado a quien, al fin y al cabo, ha creado (o mantenido) un estado último querido por el Derecho, aunque ciertamente sin voluntad de hacerlo, salvo la coherencia dogmática, requisito necesario, pero no suficiente, de toda decisión jurídico-penal.— El principal obstáculo que la autora ve para defender cualquier otra teoría que no sea la de la consumación, es de

naturaleza nomológica, aspecto en el que su razonamiento es impecable. Lo único que ocurre es que no todas las decisiones jurídico-penales se deducen de la infracción o cumplimiento de una norma. Hay también juicios puros de valor en Derecho penal, a los que ya aludió muy certeramente Armin KAUFMANN (en mi opinión uno de los penalistas más citados y menos leído al completo del pasado siglo). De hecho, cuando desde el Finalismo hortodoxo se afirma que la pena del delito consumado depende de la causación del resultado, situado más allá de lo que el hombre hace para su producción, y, por tanto, con un componente de azar, se está diciendo que el juicio de valor inherente al delito consumado tiene un fundamento puramente axiológico, más allá del juicio nomológico inherente a la infracción de la norma de prohibición que completa la tentativa acabada. GIL GIL dice, con razón, que para imputar un resultado disvalioso, ha debido ser el previsto como la consecuencia del comportamiento prohibido, o disvalor-resultado. Pero lo que ella no dice, siendo éste el talón de Aquiles de CEREZO MIR y sus discípulos, es que el resultado puede no sobrevenir fortuitamente, por eso constituye una condición objetiva de punibilidad. De ahí la confusión de Alicia GIL, de considerar sólo relevante el valor-resultado causado por la acción justificada conforme al tipo de justificación, siendo así que, de la misma manera que en el tipo de injusto la no causación del resultado fortuitamente atenúa la responsabilidad, con lo que sí se otorga relevancia penal a lo fortuito (¡para atenuar, no para agravar, lo único prohibido en Derecho penal!), la concurrencia del valor-resultado, sin hacer que el comportamiento típico quede justificado, antes bien, sigue siendo cualitativamente antijurídico (la antijuricidad existe o no existe), puede determinar una considerable disminución del injusto articulada en el CP español por la vía peculiar de las eximentes incompletas.— Por todo lo cual, en fin, Armin KAUFMANN dijo, sin que se le comprendiera, que la solución de la consumación es la dogmáticamente correcta y la de la tentativa (ausencia del elemento subjetivo de justificación) y la imprudencia (ausencia del elemento objetivo de justificación) (añadimos: y mejor todavía, por comprometer menos dogmáticamente, la de la eximente incompleta) la conveniente a efectos de Política criminal.

Alicia GIL GIL es una penalista que, en la estela de su maestro José CEREZO, está llevando hasta sus últimas consecuencias un determinado enfoque dentro del Finalismo, también son muy interesantes y dignos de ser tenidos en cuenta sus planteamientos sobre la imputación objetiva y el delito imprudente; y lo hace de una manera contundente que a algunos puede chocar, pero que a mí me parece la más adecuada para llevar la discusión hasta sus últimas consecuencias, máxime cuando se trata de una ciencia como la nuestra que ha alcanzado ya

tal nivel de desarrollo que sólo la radicalización puede proporcionar nuevos conocimientos en tanto que no hacerlo va acompañado del enorme riesgo de repetir lo ya oído, cosa de lo que, también hay que decirlo, comienza haber también mucho entre nosotros en las nuevas generaciones. A Alicia GIL le priva tanto la dialéctica, el arma fundamental de las Ciencias humanas, y para comprobarlo basta leer, lo que recomiendo, cómo rebate las críticas a la solución finalista del delito consumado en los casos de ausencia del elemento subjetivo de justificación de HRUSCHKA y del delito putativo si el Finalismo fuese coherente, que le cuesta trabajo hallar los puntos de encuentro entre teorías rivales que a lo mejor no lo son. Yo, personalmente, suscribo todas sus tesis a favor de que técnicamente, en el problema estudiado lo que hay es un delito consumado, como no puedo sino compartir el papel rector del elemento subjetivo en la justificación, ante lo que la innecesariedad de clasificar las causas de justificación entre las que presentan un elemento subjetivo trascendente y las que no, y la posible atenuación de la responsabilidad como consecuencia de la mera concurrencia del valor-resultado es casi anecdótico, en un contexto, además, que evidencia lo errado que están quienes todavía se empeñan en extender el certificado de defunción del Finalismo.

JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *La expansión del Derecho penal*, 2.ª edición, Civitas, Madrid, 2001.

1. Desde que apareciera su primera edición en el año 1999<sup>1</sup>, *La expansión del Derecho penal* se situó en el eje de la discusión político-criminal española convirtiéndose en punto de referencia obligado para cuantos se asoman, desde cualquiera de sus posibles perspectivas, a alguna de las múltiples manifestaciones del actual proceso de maximización del ordenamiento punitivo. Y no por casualidad. La particular agudeza intelectual que siempre ha demostrado Jesús Silva para detectar los grandes temas que marcan el desarrollo de nuestra disciplina le lleva en esta ocasión a ofrecer una exposición rica en matices y profusamente documentada —a la vez que gratamente sintética— de las causas que, a su entender, explican la tendencia expansiva del Derecho penal de nuestros días, sin eludir, además, un juicio personal de la situación y de las perspectivas de futuro que ya ha dado lugar a no poca contestación en nuestro panorama doctrinal.

Por «expansión» entiende Silva un complejo proceso de avance del Derecho penal caracterizado no sólo por una generalizada agravación de las penas, sino, sobre todo, por la tendencia creciente a utilizar al ordenamiento punitivo como instrumento de gestión de los grandes problemas sociales —frente a su tradicional papel preventivo de riesgos individuales— (p. 130) con la consecuente tipificación de numerosas conductas relacionadas con sectores de la vida comunitaria hasta hace poco ajenos a la intervención penal; todo ello en el contexto de una creciente flexibilización de las reglas de imputación y de las clásicas garantías de orden sustantivo y procesal (p. 20).

Apunta nuestro autor que este importante giro intervencionista se ha visto facilitado en buena medida por el cambio de perspectiva de muchos grupos sociales —incluido un amplio sector de la doctrina científica— respecto al papel que ha de atribuirse al Derecho penal. De permanecer inalterable el tradicional discurso minimalista dominante hasta hace poco en nuestra disciplina, sostiene Silva, el actual pro-

---

<sup>1</sup> SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, Civitas, 1999.

ceso expansivo necesariamente se hubiera juzgado como el más lúgubre de los panoramas imaginables: más intervención con menos garantías. Pero lejos de despertar esa esperada resistencia, hoy parece reinar, por el contrario, una «rara unanimidad» (p. 23) en la demanda de mayor criminalización, unanimidad que atribuye, entre otras razones, a la «fascinación» de diversas organizaciones sociales —feministas, ecologistas, etc.— por el Derecho penal como instrumento idóneo para la protección de sus intereses (pp. 67 y s.) y, en general, a la muy reciente incorporación de los grupos sociales más poderosos al núcleo de potenciales destinatarios de las sanciones penales. No se puede olvidar, en efecto, que con la expansión del Derecho penal hacia sectores de la vida comunitaria controlados por los grupos más acomodados —la empresa, la bolsa, determinados ámbitos científicos, etc.—, quienes tradicionalmente habían formado parte del núcleo de sujetos pasivos de la criminalidad (clásica) se convierten de pronto en potenciales delincuentes, fomentando así una visión ideológica distinta del Derecho penal que no aparece ya como mero reducto para reprimir a los marginados sino —al menos en opinión de los defensores de la llamada «modernización» del discurso de la criminalidad— como una potente herramienta para enfrentarse a «los poderosos»<sup>2</sup>.

No le falta razón a Silva, sin embargo, cuando se muestra escéptico respecto a esos aparentes beneficios de la expansión punitiva hacia los poderosos habida cuenta de que, en la práctica, siguen siendo los marginados (*powerless*) quienes acaparan la abrumadora mayoría de las condenas penales, situación que, además, no se prevé diferente en el corto o medio plazo a la vista de la estructura de las grandes organizaciones criminales donde son precisamente los más desprotegidos quienes aparecen en primera línea quedando directamente expuestos a la persecución penal (p. 57).

La descripción del trasfondo ideológico y estructural favorecedor de la rápida expansión del Derecho penal se completa en los capítulos 3 y 4 con unas atinadas consideraciones sobre el «efecto multiplicador» de la globalización económica y de los procesos de integración supranacional en los que se encuentran inmersos no pocos países de «Occidente»<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Seguramente la más entusiasta defensa de este punto de vista en nuestra doctrina la ha realizado hasta ahora GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, en particular, pp. 161 y ss.

<sup>3</sup> Apunta Silva que la posibilidad de llegar a acuerdos normativos entre distintas legislaciones requiere necesariamente de un marco valorativo básico compartido

Dos factores asociados al más genuino producto de la delincuencia globalizada — esto es, la criminalidad económica organizada de carácter transnacional— presionan, en opinión de Silva, para acelerar el camino hacia la «demolición del edificio conceptual de la teoría del delito» y el clásico aparato garantístico de naturaleza sustantiva y procesal (p. 81). Por una parte, la complejidad y sofisticación de las estructuras criminales de la macrodelincuencia reducen de modo drástico la efectividad en la persecución penal, lo que obliga a buscar en el incremento de la severidad de las penas un medio compensatorio destinado a mantener dentro de unos niveles aceptables la eficacia simbólica de la respuesta punitiva (pp. 83-84); por otra, la necesidad de armonizar la legislación penal en los distintos Estados con el fin de asegurar una persecución eficaz y evitar el surgimiento de «paraísos» delictivos lleva a priorizar las políticas pragmáticas de unificación basadas en la búsqueda de «concretas respuestas jurídico-penales supranacionales» aun a costa de las sutiles reglas de imputación vigentes en cada ordenamiento interno (p. 82)<sup>4</sup>.

El resultado de esta combinación surgida al calor de la delincuencia globalizada no es otro que el aumento generalizado del rigor de las penas en el contexto de un aparato garantístico debilitado y de un sistema flexible y pragmático de imputación, es decir, los atributos más notables del fenómeno expansivo del Derecho penal moderno.

**2.** Con este contexto general como telón de fondo, la obra se interna en una detenida relación de las causas jurídicas, políticas y sociales que estarían impulsando el actual proceso expansivo del Derecho penal (pp. 25 y ss.).

Se trata, sin duda, de uno de los aspectos más sobresalientes de la investigación, en tanto supera con creces las habituales remisiones en bloque a conceptos genéricos como la «sociedad del riesgo», la «socie-

---

por todas, circunstancia que en la actualidad se produciría en el llamado mundo «occidental» aglutinador de los Estados que comparten una común raíz cristiana —en esencia, los países europeos (incluidos los del Este) y los americanos (p. 95, en particular nota n.º 235)—.

<sup>4</sup> Buena prueba de la exactitud de este pronóstico de Silva —aunque en un ámbito diferente— es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (aprobado en 1998), un auténtico compendio de Derecho penal sustantivo y procesal compuesto por un conjunto de reglas de imputación no siempre coherentes como todo sistemático, pero sin duda útiles para fundamentar la responsabilidad de potenciales autores de crímenes contra la humanidad en el contexto de un aparato garantístico muy razonable a la vista de la confluencia de sistemas jurídicos sumamente dispares.

dad multicultural» u otros criterios parecidos, para profundizar en la interrelación entre una serie de rasgos concretos y bien definidos de la sociedad postindustrial y las distintas formas de ampliación del ordenamiento punitivo, permitiendo así una mejor comprensión del alcance del fenómeno que dista mucho de limitarse a una mera multiplicación de tipos penales o a la agravación más o menos generalizada de las penas.

Básicamente, las causas enumeradas por Silva pueden reconducirse a dos grandes grupos: las que se corresponden con factores objetivos característicos de la sociedad postindustrial y las que, sin estar desligadas de esta realidad, responden más bien a sensaciones o percepciones individuales o sociales asociadas a ella.

**2.1.** Entre las primeras se cuenta, ante todo, un campo de expansión en principio «razonable» del Derecho penal que vendría representado por la aparición de nuevos bienes jurídico-penales de naturaleza colectiva, cuyo origen se sitúa bien en la irrupción de nuevas realidades —la institución del crédito, por ejemplo—, bien en un cambio en la valoración social de realidades preexistentes —medio ambiente, patrimonio histórico, etc.— (pp. 25 y s.).

A ese mismo grupo de causas puramente objetivas incorpora Silva los nuevos e importantes riesgos originados en los avances tecnológicos que, dadas sus limitadas posibilidades de control y la ignorancia de sus repercusiones a largo plazo, vendrían a aumentar de modo efectivo —«real»— las cotas de inseguridad de los ciudadanos. Esta característica de la sociedad postindustrial da lugar a formas particulares de expansión del Derecho penal basadas en criterios de distribución de riesgos (pp. 26-30), cuyos resultados se manifiestan en la tendencia a anticipar la responsabilidad penal al momento de creación o control del riesgo —proliferación de delitos de peligro abstracto e incluso presunto; exasperación de los delitos de comisión por omisión— y en el aumento de los delitos imprudentes.

Mas discutibles que estas causas vinculadas a la sociedad tecnológica resultan las referencias a los fenómenos de la multiculturalidad, la inmigración o las bolsas crecientes de marginación —todos ellos característicos de la sociedad postindustrial globalizada— como riesgos objetivos «no tecnológicos» responsables del aumento de las cotas de violencia en el seno de una comunidad con un notable déficit de «vertebración interna» y, con ello, de la demanda de «ley y orden» (pp. 30 y s.).

Nada hay que objetar, desde luego, a la realidad que refleja este análisis: es verdad que ha aumentado la violencia —sobre todo en las gran-

des ciudades<sup>5</sup>— y, con ella, la demanda social de mayor severidad punitiva. Sin embargo, los motivos aludidos para explicar esta situación no parecen los más acertados. Ciertamente la marginalidad originada en la inmigración clandestina o en otras circunstancias vitales —como el consumo de drogas, el desempleo u otras similares— puede ser fuente de delincuencia. Pero no de tal magnitud como para erigirse en la causa principal de la sociedad violenta de nuestros días. Mucha más relevancia parece tener, por ejemplo, la importación de formas particularmente violentas de criminalidad características de las subculturas de las organizaciones criminales transnacionales —ajustes de cuentas, robos muy violentos, etc.— que poco o nada tienen que ver con los grupos sociales marginados y, menos aún, con la inmigración. Puede que muchos miembros de estas bandas criminales sean extranjeros, pero en absoluto responden al perfil sociológico de un «inmigrante» y en nada se relacionan con el proceso de mezcla de culturas al que estamos asistiendo. Y ello porque no se trata de personas dispuestas a residir y trabajar en territorio español —o en otros Estados de la Unión Europea—, sino de delincuentes transnacionales al servicio de organizaciones delictivas muy poderosas y no necesariamente afincadas en el lugar donde desarrollan sus actividades, organizaciones que, en todo caso, son completamente ajenas a las bolsas de marginalidad derivadas del desempleo, la inmigración u otras circunstancias semejantes.

Así las cosas, da la impresión de que los fenómenos de la inmigración y la multiculturalidad más que fuentes objetivas de riesgos —como los presenta Silva— constituyen factores subjetivos que vienen a confluir, junto con muchos otros, en la creciente sensación de inseguridad que abruma a los ciudadanos de los países industrializados y cuyo origen ha de buscarse no pocas veces en la imagen sesgada que de ellos se ofrece desde los medios de comunicación y desde las instancias públicas encargadas de elaborar una política migratoria cada vez más excluyente (circunstancias ambas mencionadas en la obra como multiplicadores del clima general de inseguridad, pp. 36-39).

**2.2.** Se llega así al segundo grupo de causas de la expansión del Derecho penal analizadas por Silva, cuyo denominador común vendría dado por su aptitud para incrementar la «sensación de inseguridad» individual y colectiva de los ciudadanos muy por encima de los auténticos niveles de riesgo objetivo de la sociedad postindustrial.

---

<sup>5</sup> Existen estudios criminológicos que fundamentan con acierto la relación directa entre el tamaño de las ciudades modernas y los niveles de delincuencia violenta. Véanse al respecto, GARRIDO/STANGELAND/REDONDO, *Principios de Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 484.

Entre los factores decisivos de la percepción individual de inseguridad menciona nuestro autor el «vértigo del relativismo» (p. 34), caracterizado por la ausencia en la sociedad de nuestros días de un orden de valores ético-sociales capaz de vincular a los ciudadanos con independencia del ordenamiento jurídico, lo que daría lugar a un vacío moral reflejado en la sensación generalizada de que sólo las conductas prohibidas por el Derecho son socialmente reprobables. Tiene razón Silva cuando advierte que esa falta de un referente cognitivo autónomo acaba por ampliar las funciones del Derecho penal al atribuírsele la misión, sin duda ajena a sus postulados clásicos, de instaurar un serie de valores básicos de la convivencia con el fin de asegurar las expectativas de conducta dentro de unos niveles aceptables (pp. 61-63). Con todo, es conveniente no perder de vista que esa carencia bien puede cubrirse con el desarrollo de una adecuada ética cívica de naturaleza puramente laica, sin riesgo alguno de alentar un regreso al orden de valores universales y eternos de épocas pasadas.

Otro factor de crecimiento del Derecho penal igualmente asociado a la «sobreevaluación» de la idea de seguridad lo encuentra Silva en la tendencia creciente al aseguramiento de las condiciones de vida propia de un modelo de sociedad —la postindustrial— donde el ciudadano aparece como «beneficiario de la transferencia de riqueza» —como «sujeto pasivo»— antes que como motor del desarrollo económico (p. 42). En este caso la expansión punitiva se manifiesta, entre otras cosas, en la limitación de los ámbitos de riesgo permitido, la ampliación del campo de la injerencia y el asiduo recurso a los delitos de peligro (pp. 45-51).

Particular interés reviste la explicación de la «irrefrenable tendencia hacia la tipificación de delitos de peligro» como mecanismo de sustitución —o, al menos, de complemento— de los tradicionales delitos imprudentes, cuya propia estructura objetivo-subjetiva les privaría de aptitud para cumplir adecuadamente la función de aseguramiento de las actuales expectativas sociales de seguridad. Y ello porque las figuras imprudentes transmiten la idea de que la conducta sólo es reprochable si se produce un resultado lesivo que, además, el autor confía en evitar (p. 51), mensaje que parece demasiado débil a la vista del alto grado de preocupación que sienten los ciudadanos por garantizar sus condiciones de vida. Se trata de una argumentación particularmente sugerente en tanto pone al descubierto la razón última para explicar la tendencia al adelantamiento de las barreras de intervención penal también en las conductas imprudentes: con la punición generalizada de infracciones de deberes de cuidado no seguidas de un efectivo perjuicio para el bien jurídico —que en eso consisten en definitiva los deli-

tos de peligro<sup>6</sup>— se busca sustituir la estructura subjetiva de la imprudencia por un sucedáneo con connotaciones dolosas a fin de transmitir el mensaje de que la mera aceptación del riesgo es ya reprobada por el Derecho penal, con independencia de la confianza que pueda tener el autor en controlar el peligro y evitar el resultado lesivo. A mi modo de ver, estas repercusiones político-criminales no hacen más que reforzar, desde una perspectiva diferente a las habituales argumentaciones dogmáticas, la conveniencia de no perder de vista la íntima relación existente entre la estructura subjetiva de los delitos de peligro y la imprudencia, pues sólo así es posible denunciar, en su caso, los excesos punitivos hacia los que avanza el Derecho penal con su actual tendencia creciente a la tipificación de conductas de peligro, una consecuencia que quizás pasan por alto quienes insisten en deslizar el dolo de peligro de la estructura de la llamada culpa consciente.

Pero, como bien apunta Silva, la obsesión por la seguridad no sólo propicia la presencia del Derecho penal en campos cada vez más extensos de la vida social —sea por la creación de nuevos delitos, la limitación del riesgo permitido o la tipificación de meras infracciones de cuidado—, sino también la relativización de las clásicas garantías penales, cuya función de contención del poder punitivo del Estado parece fuera de lugar en un momento de fuerte entusiasmo por el Derecho penal. Y entre esas garantías, probablemente la que más se resiente es el principio de legalidad, pues en una sociedad donde la mayoría de los ciudadanos se identifica con las víctimas antes que con el delincuente, difícilmente puede comprenderse una interpretación generosa de las eximentes o, al revés, un retraimiento del poder punitivo en supuestos fáciles de incluir en el «espíritu» de la ley aun cuando superen su tenor literal (pp. 54-55).

Seguramente, la escasa respuesta que hasta el momento ha recibido este debilitamiento del aparato garantístico —e incluso su aceptación sin reparos por los partidarios de la modernización<sup>7</sup>— encuentre una buena explicación en un justificado esfuerzo por no poner obstáculos al actual proceso de captación de la criminalidad de «los poderosos» en el ámbito del Derecho penal. Sin embargo, no le falta razón

---

<sup>6</sup> De esta cuestión me he ocupado extensamente en mi libro *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 292 y ss.

<sup>7</sup> GRACIA MARTÍN —*Prolegómenos...*, cit., p. 185— reinterpreta el principio de legalidad como una herramienta liberal en manos de los poderosos destinada a autoexcluirse del ámbito del Derecho penal al tiempo que se incluye la práctica totalidad del «sistema de acción social de las clases sociales sometidas y privadas de poder económico».

a Silva cuando advierte sobre el alto riesgo de contaminación de esta tendencia al conjunto de la criminalidad, incluidos los tradicionales feudos delictivos de los más desprotegidos (pp. 57-58). Pero, además, tampoco me parece tan evidente que pueda justificarse el sacrificio de ciertos principios fundamentales para encauzar el *ius puniendi* amparándose en el origen social de los potenciales delincuentes. Desde el punto de vista de los principios constitucionales de igualdad y de respeto de la libertad individual, tan reprochable resulta el intento de crear un derecho sancionador especial y menos severo para los poderosos —por el recurso a la «segunda velocidad» de la que luego hablaremos—, como el entusiasmo por criminalizar sus comportamientos a cualquier precio, como si se tratara de una especie de venganza de las clases desprotegidas una vez que han conseguido arrebatarnos el arma de la pena que con tanta fruición se aplicó contra ellas.

3. Un capítulo especial —cap. 5— dedica Silva a contestar a las acusaciones de responsabilidad científica por el proceso de expansión penal que muchos dirigen a las tesis funcionalistas partidarias de situar la misión del Derecho penal en el «aseguramiento de la vigencia de las normas». Si bien nuestro autor reconoce la falta de precisión de esta corriente a la hora de fijar los criterios rectores de legitimación material del Derecho penal —pp. 119-120—, considera injusto y desproporcionado que a esta carencia se atribuya la principal responsabilidad por la falta de barreras de contención del avance criminalizador, sobre todo teniendo en cuenta que tampoco la teoría del bien jurídico —a la que tradicionalmente se ha atribuido ese papel— ha conseguido mejores resultados. De ahí que ponga seriamente en duda la eficacia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como criterio básico para decidir los límites materiales de intervención del ordenamiento punitivo y apueste, en cambio, por un mayor protagonismo del principio de proporcionalidad (p. 114).

Con todo, Silva no manifiesta un rechazo frontal a la teoría del bien jurídico e incluso reconoce la buena voluntad de los autores a la hora de acudir a este concepto como filtro para evitar las sucesivas ampliaciones del Derecho penal. Pero lo cierto es que no les concede gran éxito (p. 115). Sobre todo a la vista de la facilidad con la que se ha ido extendiendo el concepto de bien jurídico a fin de dar cabida a cuantos intereses más o menos difusos el legislador decide proteger con el recurso a la pena, incluida la rápida transformación de las respectivas *rationes legis* en legítimos objetos de protección (p. 122).

Y, desde luego no le falta razón en el diagnóstico. Pero esto no demuestra que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

sea inútil o ineficaz para contribuir a la contención del Derecho penal. Lo que demuestra es que su función crítica se ha visto totalmente desvirtuada por la mala comprensión —quizas, interesada— de su sentido y alcance. A mi modo de ver, al menos dos razones podrían explicar este fenómeno. Por una parte, es frecuente asistir a una cierta confusión metodológica cuando se trata de tomar decisiones sobre el bien jurídico protegido por una figura delictiva. En muchas ocasiones se aborda este asunto como si se tratara de la obligada identificación de un elemento más del delito, no muy distinto del objeto material o de otros elementos típicos, lo que conduce a ese esfuerzo enconado por encontrar a cualquier precio algún objeto de tutela, aun a costa —como bien denuncia Silva— de elevar a la categoría de bien jurídico cualquier objeto difuso carente de todo valor limitador de la intervención punitiva e inútil desde el punto de vista de la interpretación teleológica. A esta confusión de naturaleza metodológica —que lleva a considerar un fracaso científico la imposibilidad de detectar un bien jurídico en la base de una prohibición penal— se añade, por otra parte, la preocupación política por no alimentar el divorcio entre el discurso minimalista propio de la Ciencia del Derecho penal y las demandas sociales de mayor seguridad, una preocupación que en los hechos conduce a flexibilizar los criterios definidores del bien jurídico hasta hacerlos compatibles con ciertas figuras delictivas que, pese a su contenido difuso, son recibidas con entusiasmo por una amplia mayoría social.

Con todo, no me parece justo vincular este momento de debilidad de la teoría del bien jurídico, como sugiere Silva (p. 122), con el amplio proceso criminalizador de los años ochenta asociado a la captación de nuevos ámbitos de delincuencia —en particular la socio-económica— porque en ninguna parte está dicho que esta teoría pretenda el inmovilismo del Derecho penal y su estancamiento en valores de épocas pasadas. Al revés, una adecuada comprensión del sentido del bien jurídico presupone la adaptación del Derecho penal a cada situación histórica, pues en definitiva no se trata sino de localizar situaciones o estados de cosas que precisamente por su «funcionalidad» a un determinado sistema social —geográfica y temporalmente delimitado— adquieren una especial entidad y deben ser conservadas.

Podría postularse, pues, que el actual estado de debilidad de la teoría del bien jurídico responde en realidad a razones coyunturales ajenas al concepto mismo y, por ello, susceptibles de ser superadas. La posibilidad de retomar la misión crítica del concepto de bien jurídico depende, hasta donde alcanzo a ver, de la búsqueda de criterios renovados —pero claros y precisos— para decidir, conforme a las valoraciones sociales de nuestros días, qué características han de reunir los

objetos de tutela penal. Desde luego no se trata de una tarea fácil, sobre todo teniendo en cuenta la necesidad de superar el obsoleto anclaje puramente individualista de este concepto, pero mientras no exista un criterio alternativo de eficacia semejante (al menos potencial) —y Silva reconoce que el modelo funcionalista no puede ofrecerlo (p. 115)— su desprecio podría favorecer aún más el irrefrenable fenómeno expansivo.

La posibilidad de conceder ese papel de contención del Derecho penal en exclusiva al principio de proporcionalidad me parece poco viable por la naturaleza básicamente dependiente de este principio, es decir, porque se trata de un criterio rector que sólo funciona sobre la base de parámetros valorativos previos e independientes de él con los que necesariamente se ha de contar. En otros términos, la eficacia del principio de proporcionalidad depende siempre de la presencia de criterios válidos y claros a partir de los cuales pueda realizarse una ponderación aceptable. Así, en el contexto de la legitimación del Derecho penal, la validez del principio de proporcionalidad dependerá en todo caso de la existencia de criterios objetivables capaces de medir de algún modo la gravedad del hecho que se pretende poner bajo pena, pues sólo de esta manera es posible formular el juicio comparativo en el que consiste este principio, es decir, sólo contando con esas bases valorativas previas es posible decidir si la pena constituye o no una respuesta adecuada a la entidad del perjuicio ocasionado por la conducta. Y en este punto no parece que los criterios genéricos de funcionalidad sean suficientes. Más bien da la impresión de que hasta ahora nadie ha ofrecido un baremo más adecuado —con todas las sombras que se quiera— que el de la entidad y relevancia del bien jurídico afectado por la conducta. De hecho, el propio Silva admite esta conclusión cuando reconoce que «los términos de la comparación en el juicio de proporcionalidad son la pena que se impone y el contenido de riesgo propio de la conducta» (p. 134), riesgo que —añado yo— sólo puede medirse con relación a «algo», en concreto, al bien jurídico tutelado por la norma cuya vigencia se pretende garantizar.

Por todo lo dicho y sin desmerecer en absoluto el valor del modelo funcional para explicar el modo en que opera el Derecho penal y para decidir, consecuentemente, las características básicas del sistema de imputación, creo que la idea de considerar prescindible el concepto de bien jurídico puede desembocar en una peligrosa sustitución de los límites materiales del Derecho penal —siquiera sean orientativos— por otros de naturaleza puramente formal que si bien no generan por sí mismos el fenómeno expansivo, sin duda lo facilitan al eliminar toda clase de barreras axiológicas.

4. Con un aire algo pesimista y resignado, como él mismo reconoce, Silva destina las últimas páginas de su libro a elaborar una propuesta «posibilista» destinada a introducir algo de racionalidad en el imparable proceso expansivo del Derecho penal (pp. 149-162). Su punto de partida es muy claro: dada la imposibilidad de regresar al «viejo y buen Derecho penal liberal» —el clásico sistema de imputación de resultados concretos a acciones individuales en el contexto de un rígido aparato garantístico—, la tarea que hoy tiene por delante la Política criminal consiste en buscar criterios de racionalidad que permitan acomodar el Derecho penal a la nueva misión que hoy le asigna la sociedad, esto es, a su nuevo papel de gestor de los grandes problemas sociales.

El eje central de su propuesta gira en torno al principio de proporcionalidad y se concreta en la idea de que a mayor gravedad de la sanción penal más estricto ha de ser el sistema de imputación y su correspondiente aparato garantístico, de donde se sigue, a su vez, la posibilidad de admitir una cierta flexibilización de las exigencias garantísticas y dogmáticas cuando se atempera la severidad de la respuesta punitiva. A partir de aquí, propone Silva un Derecho penal de (al menos) dos velocidades: una constituida por un «núcleo duro de delitos» amenazados con pena de prisión, dentro del cual debería mantenerse el más estricto sistema de imputación individual y el máximo rigor garantístico; y un ámbito más alejado de ese «núcleo de lo criminal» —relacionado sobre todo con la delincuencia socioeconómica—, que permitiría aceptar una cierta flexibilización del rigor del sistema a cambio de la renuncia expresa y general a la pena privativa de libertad y su sustitución por sanciones penales menos severas, tales como las penas privativas de derechos, las pecuniarias o la reparación.

En mi opinión, uno de los aspectos más discutibles de esta propuesta reside en admitir como punto de partida de validez general la idea de que la delincuencia socioeconómica y, en general, toda la «nueva delincuencia», se encuentran alejadas del núcleo duro de la criminalidad o, lo que es igual, son, por definición, menos graves que la criminalidad clásica. Esta idea se apoya, a su vez, en un segundo presupuesto igualmente dudoso, consistente en aceptar que las conductas más graves en términos de daño social son las que tienen un claro componente de «lesividad individual» (p. 161), es decir, si entiendo bien, las que afectan de forma directa a bienes jurídicos individuales claramente reconocibles.

Ese juicio general de menor gravedad de los efectos de la nueva delincuencia en comparación con los de la criminalidad clásica parece difícil de aceptar a la vista del enorme potencial destructivo y desestabilizador de la estructura social vinculado a muchas de las conduc-

tas captadas por la llamada criminalidad de los poderosos, como bien lo demuestran las reiteradas catástrofes ecológicas, los incalculables riesgos de una ingeniería genética incontrolada o los previsibles y graves perjuicios para la transparencia del mercado de valores que pueden derivarse de una operación importante de abuso de información privilegiada en la bolsa, por citar sólo algunos casos. Para decirlo con un feliz ejemplo de Stratenwerth, basta comparar el alcance siempre limitado del daño social producido por una lesión corporal individual con los devastadores efectos que podría tener una alteración descontrolada del programa genético del ser humano para comprender la falacia de aquella apreciación<sup>8</sup>. Ciertamente es que, en términos generales, este tipo de comportamientos no se traducen en la perturbación —ni siquiera a veces en la puesta en peligro concreto o incluso abstracto— de bienes jurídicos individuales. Pero deducir de ahí su menor gravedad implica descartar de antemano la posible autonomía de los bienes jurídicos colectivos o, dicho al revés, aceptar su necesaria dependencia respecto de los bienes individuales. Sólo así se explica que la perturbación de aquéllos se considere siempre menos grave que la de éstos, en tanto su desvalor se infiere en exclusiva del peligro que representan para los únicos bienes a los que se les reconoce un valor intrínseco, es decir, a los bienes individuales. No otra cosa expresa Silva cuando remite el contenido de la mayoría de los bienes colectivos a los *contextos* genéricos dentro de los cuales se producen, con un grado de probabilidad estadísticamente elevado, comportamientos peligrosos para bienes individuales (p. 139). Muy distintas pueden aparecer las cosas, sin embargo, si se le da una oportunidad a la teoría de los bienes jurídicos colectivos y, en lugar de descartarlos de antemano con el argumento de la escasa precisión hasta ahora alcanzada para definirlos<sup>9</sup>, se opta por ahondar en sus notas distintivas, centrando la atención, en particular, en las características que deberían reunir para hacer identificable no sólo su puesta en peligro sino también su efectiva lesión<sup>10</sup>. Un

---

<sup>8</sup> Cfr. STRATENWERTH, *Zukunftssicherung mit der Mitteln des Strafrechts?*, en ZStW 105, 1993, p. 688.

<sup>9</sup> Crítica desde luego aceptable a la vista de las vagas generalidades con las que no pocas veces se conforman los autores al identificar el objeto de tutela en muchas de las figuras delictivas de la nueva delincuencia.

<sup>10</sup> Lesión que, sin embargo, no tiene por qué consistir en una perturbación apreciable desde el punto de vista estrictamente naturalístico. Como ya tuve oportunidad de expresar hace varios años en mi libro *El resultado en Derecho penal* —Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, en especial, pp. 148 y ss.—, la efectiva aceptación de estos nuevos objetos de tutela requiere la superación de una concepción puramente naturalística de los conceptos de lesión y de peligro y su sustitución por consideraciones basadas en el nivel de sentido en el que se mueve el Derecho penal.

esfuerzo de esta naturaleza, a mi modo de ver posible si se superan los criterios puramente naturalísticos de épocas pasadas, permitiría fundamentar desde un punto de vista científico una idea cada vez más arraigada —y no sin razón— en la percepción social general, esto es, que la delincuencia de los poderosos, aun lejana de la perturbación de intereses individuales, contiene un alto potencial destructivo y desestabilizar del sistema social en su conjunto.

Una vez puesto en duda el principal postulado valorativo sobre el que se asienta la propuesta de las dos velocidades —la supuesta menor gravedad de la nueva delincuencia— no resulta difícil descubrir un sesgo, si se quiere, algo interesado en la forma de seleccionar los extremos que sirven de base al juicio de proporcionalidad. Pues al fijar los términos de la comparación se atiende exclusivamente a la severidad de la respuesta penal ante el hecho ilícito, por una parte, y a las características más o menos rígidas del sistema de imputación, por otra, sin dejar lugar alguno para la consideración del desvalor intrínseco del hecho mismo. Esta falta de un referente valorativo sobre la gravedad de los hechos implicados, unida a la flexibilización del aparato garantístico y del sistema de imputación, permite presentar esta incursión del Derecho penal en la actividad de los poderosos como una concesión «soportable» —un sacrificio, en suma— destinada a satisfacer la irrefrenable demanda de seguridad que obsesiona a la sociedad de nuestros días. Muy distintas podrían verse las cosas, sin embargo, si se incorporase la gravedad del hecho como una variable más destinada a medir la proporcionalidad de la respuesta punitiva. Y ello porque el alto poder desestabilizador y el intenso potencial de daño social vinculado a muchas de las conductas captadas por la nueva criminalidad, seguramente harían aparecer a las penas pecuniarias o las privativas de derechos como respuestas desproporcionadamente *leves* en relación con su alto contenido de lesividad social (dando por sentado, claro está, que esa lesividad puede medirse no sólo con relación a bienes individuales sino también a los correspondientes, y bien definidos, bienes colectivos). Así las cosas, el discurso de las dos velocidades podría contemplarse como una sagaz coartada para satisfacer las exigencias sociales de criminalización de los poderosos —un proceso que parece no tener vuelta atrás, como reconoce Silva— al coste más bajo posible, esto es, con la seguridad de eludir, en todo caso, la sanción más severa del Derecho penal: la pena privativa de libertad.

Por otra parte, tampoco me parece indiscutible el encadenamiento algo fatalista que establece Silva entre el crecimiento del Derecho penal hacia nuevos ámbitos de criminalidad y el debilitamiento generalizado —y supuestamente inevitable— de las garantías y del sistema de

imputación. Lo que sí parece fuera de duda es que los criterios de imputación y el aparato garantístico que *hoy* tenemos son insuficientes para captar muchas de las nuevas formas de delincuencia, pero tratándose de meros instrumentos destinados a asegurar una aplicación imparcial, proporcionada y, en la medida de lo posible, justa del Derecho penal, nada obsta para que se proceda a un ajuste de esos instrumentos que permita adecuarlos a las nuevas realidades. Por eso, si algo resulta discutible es el esfuerzo vano por aferrarse a un sistema de imputación y a un aparato garantístico concebido para la tutela de bienes jurídicos individuales susceptibles de lesión por acciones también individuales. Ciertamente ese sistema puede resultar inadecuado para enfrentarse a una nueva clase de hechos disfuncionales de naturaleza diversa, pero antes de abandonar la partida y resignarse a una segregación del Derecho penal que siempre acaba siendo discriminatoria, quizás sea el momento de buscar criterios alternativos y paralelos que cumplan en el campo de la nueva delincuencia una función análoga a la que desempeñan los criterios clásicos respecto de los delitos «tradicionales». Por citar sólo un ejemplo, parecen tener razón quienes alegan que una persecución adecuada de la delincuencia en el ámbito socioeconómico —y en otros campos cercanos e igualmente asociados a la nueva criminalidad, como es el caso del medio ambiente— requiere extender la responsabilidad penal también a las personas jurídicas. A nadie escapa, sin embargo, que esta propuesta choca con un obstáculo de difícil solución en el contexto del sistema tradicional: la evidente imposibilidad de aplicar aquí un principio garantístico tan arraigado al ser humano como es el principio de culpabilidad<sup>11</sup>. Pero prescindir de ese criterio no significa necesariamente debilitar las garantías para las personas jurídicas ni condenarlas a una responsabilidad penal meramente objetiva. En su lugar pueden desarrollarse otros criterios garantísticos y de imputación adecuados a la naturaleza de estas instituciones que cumplan un papel semejante al que desempeña el principio de culpabilidad respecto de las personas físicas, como de hecho sucede ya con el principio de responsabilidad por defecto de organización que en buena medida responde a criterios paralelos a los de la imprudencia.

El desarrollo de ese sistema paralelo —y no menos garantístico— de imputación permitiría mantener una respuesta unificada para todo el campo de comportamientos penalmente relevantes, asegurando así que la concreta incriminación se decida en función de la gravedad del hecho y no en atención a los sectores sociales alcanzados por la prohi-

---

<sup>11</sup> Sobre esta polémica véase, BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 130 y ss.

bición. El carácter discriminatorio que encierra la propuesta de las dos velocidades —y más aún la cercana teoría del Derecho sancionador de la escuela de Frankfurt— difícilmente puede ser negado con el argumento de que «no se trata de distinguir...según sujetos, sino según hechos», como sostiene Silva (p. 158), porque a poco que se observen las características de esa nueva delincuencia en la que se excluiría la pena privativa de libertad —delitos socioeconómicos, grandes catástrofes medioambientales, adulteración de alimentos a gran escala, manipulaciones genéticas...—, resulta evidente que no cualquiera puede cometer tales hechos, sino sólo quienes ostentan el poder económico y ocupan posiciones elevadas en la estructura social, es decir, «los poderosos».

5. La magnífica obra que comentamos se cierra con otra inquietante discusión político criminal que viene a completar el panorama expansivo del Derecho penal de nuestros días (pp. 163-167). Me refiero a la propuesta, atribuida en primera línea a Jakobs, de abrir una especie de tercera vía dentro del Derecho penal (la «tercera velocidad») destinada a atacar con la mayor severidad punitiva pero, al mismo tiempo, con un alto grado de flexibilización de las garantías, un grupo de conductas particularmente graves realizadas por quienes han abandonado de forma definitiva el orden de valores sobre el que se asienta el modelo de convivencia social. Es lo que se ha dado en llamar el «Derecho penal del enemigo».

Tiene razón Silva cuando diagnostica que esta tercera velocidad ya se encuentra, de hecho, entre nosotros, reflejada en una legislación claramente defensiva que no duda en debilitar los criterios de imputación y el aparato garantístico, al tiempo que eleva de modo drástico las penas de prisión, cuando le resulta necesario para superar las dificultades de persecución y prueba que encierran muchos de los hechos captados por esta criminalidad profesional altamente organizada (terrorismo, grandes organizaciones de tráfico de drogas, etc.) Quizás influido por esta realidad ciertamente de difícil vuelta atrás y aun con mucha precaución y el mismo aire resignado de páginas anteriores, nuestro autor se decanta por conceder legitimidad a estos avances represivos siempre que se mantengan en el plano de la estricta excepcionalidad legislativa y que resulten inevitables en atención a la gravedad de las conductas abarcadas, una gravedad que reconoce en aquellos casos en los que no sólo se pone en entredicho una norma penal concreta sino la estabilidad del sistema de convivencia en su conjunto.

Como bien se ha señalado en la doctrina, uno de los grandes defectos de estas concesiones al Derecho penal del enemigo reside en poner

en evidencia el fracaso del propio sistema a partir del cual se pretende atacar a los «enemigos», porque reconocer la existencia de personas autoexcluidas del modelo comunitario supone tanto como aceptar que los ciudadanos pueden optar entre estar «dentro o fuera» del sistema de convivencia<sup>12</sup>, una conclusión que sin duda debilita la imagen social de estabilidad y consistencia del modelo normativo en cuyo nombre se producen tales excesos punitivos.

Pero además, el rechazo frontal que merece cualquier intento de legitimación de un Derecho penal de estas características, aunque se presente con tintes de emergencia y excepcionalidad, puede fundamentarse en las propias palabras de Silva cuando reconoce que se trataría de un «no-Derecho», de la negación misma del Derecho. Y ello porque se da por buena una respuesta puramente defensiva que sacrifica el aparato garantístico y el sistema de imputación sobre el que se sostiene la legitimidad de la intervención punitiva con el único argumento del alto potencial desestabilizador del comportamiento de ciertos sujetos socialmente «excluidos». A poco que se ahonde en la importante brecha que implican tales concesiones defensivas en el aparato de libertades y derechos propio del sistema democrático, queda claro que el discurso mismo resulta más desestabilizador aún que las propias conductas que intenta combatir. Es casi un lugar común preguntarse quién y con qué legitimidad podría decidir el momento y las circunstancias exactas en las que alguien traspasa la frontera de la delincuencia de «los ciudadanos» para internarse en el mundo sin reglas de los «enemigos» sociales, una pregunta que a la vista de las medidas tomadas en los últimos tiempos por los grandes países democráticos en nombre de la seguridad —no hay más que pensar en Guantánamo— habla a las claras de los grandes riesgos implícitos en cualquier justificación de un abandono puramente defensivo del Derecho penal de las garantías.

P. LAURENZO

---

<sup>12</sup> Cfr. CANCIO MELIÁ, «Derecho penal» del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000», en *Jueces para la Democracia*, n.º 44, 2002, p. 23.