

Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico*

Juan M^a Terradillos Basoco**

RESUMEN

En la doctrina española reciente, prolifera la idea de una excesiva expansión de la política criminal, reflejada de manera más severa en el Derecho penal económico. Este trabajo cuestiona tal idea y propone un análisis de las que se han considerado como causas de la tendencia expansiva, sus principales manifestaciones y las propuestas para contrarrestarla. Se detiene en el fenómeno de la globalización, para caracterizarlo y concluir que, lejos de generar expansión punitiva en el ámbito económico, impulsa la desregulación y la consecuente inhibición. Una desregulación que resulta parcial, porque simultáneamente se potencia la intervención frente a sujetos que se estiman como disfuncionales para el sistema económico. Frente a las demás presuntas causas de la expansión, se afirma que tienen una influencia más irrelevante de la pretendida, y que en el ámbito económico, la proclamada expansión penal no es tan importante, ni irreversible. En la sección final, y luego de presentar una crítica a la propuesta de un “Derecho penal de dos velocidades”, el autor expone sus conclusiones, entre las cuales se destacan la negación de la premisa que considera a la criminalidad económica como no acreedora de sanciones graves, la necesidad de retornar a los “clásicos principios garantizadores” en el Derecho penal, la afirmación de que la dogmática de último siglo puede abordar –con desarrollo y profundización– los

Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Cádiz.

nuevos fenómenos delictivos y, por último, la idea de que garantismo y eficiencia pueden coexistir en el Derecho penal económico, pero no limitándose entre sí, sino potenciándose.

ABSTRACT

In the recent Spanish doctrine, the idea of an excessive expansion of the criminal politics proliferates, reflected more severely in the economical criminal law. This text reflects that idea and proposes an analysis of the ideas that have been considered as causes of the expansive tendency, its main manifestations and the counteracting proposals. It stops in the globalization phenomenon, to characterize it and conclude that, far from generating punitive expansion in the economic field, promotes the absence of regulation and the consequent inhibition. An absence of regulation, or at least a partial absence, because it simultaneously promotes intervention in front of individuals considered as dysfunctional for the economical system. With regard to the remaining supposed causes for the expansion, it is affirmed that it has a more irrelevant influence than pretended, and that in the economic field, the proclaimed penal expansion is neither so important, nor so irreversible. At the final section and after presenting criticism of the proposal for a “Two speeds penal law”, the author exposes his conclusions, in which it is highlighted the negation of the idea that considers the economic criminality as a fact that don't deserve serious sanctions, the necessity to return to the “classic warranty principles” in the criminal law, the affirmation that the last century dogmatic may approach extensively and deeply the new criminal phenomenon and, finally, the idea according to warranty and efficiency can coexist in the economic criminal law, but not being limited among themselves, but being promoted.

PALABRAS CLAVE

Expansión del Derecho penal; Derecho penal económico: globalización; Derecho penal de dos velocidades.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. A. La cuestión. a. Causas de la expansión. b. Manifestaciones de la expansión. B. Las propuestas. 2. GLOBALIZACIÓN Y EXPANSIÓN PENAL. A. Globalización. B. Globalización y desigualdad. C. Globalización y desregulación. D. Globalización y control

penal. 3. DERECHO PENAL ECONÓMICO Y EXPANSIÓN PENAL. A. Las presuntas causas de la expansión. B. La proclamada expansión penal. a. Manifestaciones de expansión. b. Manifestaciones de inhibición. C. Función simbólica y expansión. 4. ADMINISTRATIVIZACIÓN Y DERECHO PENAL DE DOS VELOCIDADES. 5. CONCLUSIONES.

1. Introducción

A. La cuestión

Vienen proliferando en la doctrina española de los últimos años manifestaciones coincidentes en la crítica a la orientación expansiva de la actual política criminal que, en una intolerable huida al Derecho penal, estaría traicionando las exigencias derivadas de su condición de *última ratio*, con la consiguiente postergación de los clásicos criterios limitadores del *ius puniendi*¹.

Simultáneamente, se viene dando por hecho que las manifestaciones más severas de esa tendencia expansiva se registran en el ámbito del Derecho penal económico².

a) Causas de la expansión

Las causas determinantes del fenómeno son, en la opinión de cada autor, distintas. Pero, en general, se acepta como referencia el catálogo propuesto por SILVA SÁNCHEZ en su influyente ensayo sobre la expansión del Derecho

¹ Posiblemente los hitos doctrinales fundamentales pueden identificarse en dos conocidas obras: HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia, 1995, y SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999. Tampoco faltan estudios que, en sentido contrario, ponen de relieve la heterogeneidad de las actuales tendencias político-criminales, de modo que, junto a la administrativización expansionista, sitúan la progresiva desaparición del Derecho penal a favor de otras instancias de control, y su creciente privatización: GARCÍA PABLOS, "Tendencias del actual Derecho penal", en AA.VV., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid, 2001, pp. 39-40. En otros, se denuncia el desarme del Derecho penal frente a los intereses y poderes emergentes en la sociedad del riesgo: ROMEO CASABONA, "Aportaciones del principio de precaución al Derecho penal", en AA.VV., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid, 2001, pp. 77-78.

² SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., pp. 18-19.

penal³: aparición de nuevos riesgos, sensación social de inseguridad, configuración de una sociedad de sujetos pasivos, identificación de la mayoría social con la víctima del delito, descrédito de otras instancias de protección, nueva gestión atípica de la moral, nueva actitud de la izquierda política, desprecio por las formas y, sobre todo, globalización e integración supranacional.

b) Manifestaciones de la expansión

En lo que aquí nos ocupa, la primera de las consecuencias de ese cúmulo de factores causales concurrentes sería el olvido por parte del Derecho penal del principio de lesividad.

Parecería, en efecto, que el legislador, en lugar de encontrar en el bien jurídico un criterio limitador, se hubiera lanzado a la identificación de derechos, intereses, funciones y valores en el ordenamiento jurídico -fundamentalmente en la Constitución- para asumir su tutela penal, con lo que el originario principio limitador, dejando de lado la idea de lesividad material, se habría transformado en *alibi* de la expansión⁴.

El sistema penal se estaría escorando, así, hacia modelos de intervención que identifican el bien jurídico a tutelar con mecanismos y funciones económicas, condicionando gravemente la eficacia crítico-garantista del principio de lesividad, al crear nuevos -pretendidos- bienes que, por su carácter multiforme y por sus difusos contornos, no podrán erigirse en criterio fundamentador ni limitador del poder punitivo⁵.

La segunda consecuencia sería que la progresiva e injustificada intervención del Derecho penal en las actividades económicas comporta la relativización de los criterios de imputación de responsabilidad y de los principios garantistas. Se estaría olvidando, así, que el Derecho penal sólo debe asumir la defensa de lo que puede proteger eficazmente sin romper las reglas clásicas de imputación.

³ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., pp. 21 a 61.

⁴ MUÑOZ LORENTE, "Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho Penal simbólico", en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 6/2001, p. 105; TERRADILLOS BASOCO, "Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal", en *Pena y Estado*, 1/1991, p. 17.

⁵ MUÑOZ CONDE, "Il moderno Diritto penale nel nuovo Codice Penale spagnolo: principii e tendenze", en *Indice Pen.*, 3/1996, p. 655.

Finalmente, caracterizaría al nuevo Derecho penal una profunda administrativización, dado que la intervención en el ámbito económico -dinámico y complejo-, exige un generoso recurso a leyes penales en blanco, que confían la definición de lo prohibido a la normativa administrativa. Con el consiguiente vaciamiento de la antijuricidad, que pasaría a ser puramente formal. El Derecho penal de protección de bienes jurídicos se habría convertido en un Derecho de gestión de riesgos.

B) Las propuestas

Si se proclama la idoneidad y vigor de las causas que dan lugar a la orientación expansiva, no se puede sino vaticinar su vigencia. Con lo que las propuestas tendentes a minimizar los efectos de una imparable huida al Derecho penal no se deberían dirigir a reforzar los tradicionales límites al *ius puniendi* -de ineficiencia demostrada (?)-, sino, una vez perdida esta batalla, a la búsqueda de nuevas alternativas; que, por lo demás, deberían partir de un dato obvio: la dimensión transnacional de la delincuencia socioeconómica -la globalización del crimen- exige una respuesta penal de dimensión similar. Con lo que se tropieza, ya inicialmente, con las dificultades derivadas de la diversidad de sistemas jurídicos, que no sólo ofrecen soluciones distintas para solventar problemas aparentemente iguales, sino que parten de valoraciones dispares que dificultan la identificación misma del problema.

La pluralidad de sistemas determina la pluralidad de construcciones dogmáticas, que, además, pueden considerarse, en buena medida, "*pendientes de elaboración*". Se trata, en efecto, de estudiar delitos que se alejan de los modelos clásicos y cuya compleja estructura no admite análisis limitados a reiterar esquemas explicativos tradicionales⁶.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., pp. 66-67.

⁷ "A propósito del Derecho penal económico... cabría una flexibilización controlada de las reglas de imputación (así, responsabilidad penal de las personas jurídicas, ampliación de los criterios de la autoría o de la comisión por omisión, de los requisitos de la vencibilidad del error, etc.) como también de los principios político-criminales (por ejemplo, el principio de legalidad, el mandato de determinación o el principio de culpabilidad). Tales principios son susceptibles, en efecto, de una acogida gradual y, al igual que sucede hoy entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, no tendrían por qué ser integrados en idéntica medida en los dos niveles de Derecho penal, con o sin penas privativas de libertad": SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., p. 125.

La consecuencia es reclamar para estos delitos un tratamiento dogmático específico.

Y se termina proponiendo -en la línea, sobre todo, de HASSEMER- un Derecho penal de dos velocidades: el Derecho penal clásico, adornado de las tradicionales garantías, se reservaría para los ("clásicos") delitos castigados con penas privativas de libertad, mientras que procedería flexibilizar (en lo garantista y en lo dogmático) el Derecho penal económico⁷.

Esta doble vía resultaría especialmente idónea en el actual marco de integración supranacional. Así, para hacer conciliable el progreso hacia un Derecho penal de la Unión Europea con el monopolio de los Estados miembros en materia penal, se ha postulado una opción semejante: reservar a éstos la pena privativa de libertad, en cuanto manifestación genuina de soberanía, y sustituirla, en el ámbito europeo, por penas de otra naturaleza, que pudieran equipararse a las sanciones administrativas o penales-administrativas, como las que ya impone la Unión, y que no suscitan los recelos de los guardianes de la soberanía nacional⁸.

2. Globalización y Expansión Penal

A. Globalización

En el catálogo de causas presuntamente determinantes de la creciente intervención jurídico-penal en el ámbito económico, se destaca, como elemento multiplicador, ese nuevo marco convencionalmente denominado globalización. En el que la represión penal de la delincuencia económica tiende, en opinión de SILVA SÁNCHEZ, a ser concebida en términos punitivistas y expansivos, como respuesta a la extendida exigencia de afrontar más eficazmente la criminalidad⁹.

⁸ TERRADILLOS BASOCO, "Política y Derecho Penal en Europa", en *RP*, 3/1999, pp. 71-72.

⁹ "Esto es, de evitación de hipotéticas lagunas, así como de rearme jurídico-penal frente a modelos de delincuencia que crean una fuerte sensación de inseguridad no sólo a los individuos, sino también -y de modo muy especial- a los propios Estados... En suma, la asignación al Derecho penal de papeles relevantes en la respuesta a los ilícitos propios de la globalización y de la integración supranacional implica una flexibilización de categorías y relativización de principios: abona la tendencia general hacia la expansión": SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., pp. 64-66.

Resulta, sin embargo, difícil entender que el proceso globalizador pueda estar en la base de la expansión punitiva en el ámbito económico, siendo así que la característica básica definidora de este proceso es –en las antípodas– la desregulación.

B. Globalización y desigualdad

En efecto, debe superarse la simplificada comprensión de la globalización como mera expansión generalizada de la economía de mercado, y, con ella, de las instituciones democráticas y del reconocimiento de los derechos y libertades de los individuos¹⁰. Concebida así la globalización, su reflejo en los análisis político-criminales se limitaría a poco más que a la constatación del carácter transnacional de ciertas manifestaciones delictivas y a intentar articular las alternativas preventivas adecuadas a esa nueva dimensión.

Sin embargo, la globalización plantea cuestiones político-criminales más complejas. En principio porque se trata de una realidad que no puede entenderse olvidando uno de sus efectos más sobresalientes: la concentración de beneficios en torno a tres polos –Unión Europea, U.S.A., y Japón–, con la inevitable consecuencia de pauperización de quienes, individuos o colectivos, queden al margen. La desigualdad es, pues, elemento integrante de un fenómeno cuyo efecto primero es la creación de relaciones de interdependencia entre las distintas poblaciones del planeta¹¹.

Un proceso de criminalización que es ejercicio de poder, desigualmente distribuido en los diversos mercados, no puede responder a pautas únicas, ni puede aceptarse como “natural”. Con lo que las características definidoras de lo penalmente tutelable no pueden ser universalmente compartidas. Ni puede hablarse de una política criminal uniforme, sino de diferentes alternativas impuestas por la desigualdad originaria.

¹⁰ Es el concepto publicitado por doquier desde las instituciones reales de gobierno del proceso globalizador: TERRADILLOS BASOCO, “El Derecho penal de la globalización: Luces y sombras”, en CAPELLA HERNÁNDEZ (COORD.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Madrid, 1999, p. 186.

¹¹ CAPELLA HERNÁNDEZ, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*, Madrid, 1997, p. 239.

C. Globalización y desregulación

En ciertos ámbitos –los que quedan confiados al mercado– la nota distintiva de la política criminal de la globalización es, en coherencia con la desregulación característica del sistema, la inhibición.

La desregulación se plasma, inicialmente, en la jerarquización de fuentes, reales, del Derecho. Aquí procede recurrir al concepto de “soberano privado supraestatal difuso”, titular de un poder de hecho y nacido no del acuerdo entre Estados ni de la voluntad general democráticamente manifestada, sino de la conjunción de las grandes compañías transnacionales y de los conglomerados financieros. Instituciones como el Fondo Monetario Internacional son el titular privado de un poder supraestatal que interactúa con los Estados a cuyas instituciones impone sus propias políticas, con efectos de naturaleza pública¹².

Por otra parte, la hasta ahora relevante función de la ley (estatal) pasa a ser asumida por el contrato. Las partes, sujetos económicos, definen sus reglas autónomamente, al margen de cualquier instancia superior; y en el ámbito residual que queda para la ley, el Estado no sólo ha perdido el monopolio de su creación, pierde también el de su aplicación a favor de una “justicia” informalizada que se confía a mecanismos extraestatales o extrajudiciales de resolución de conflictos¹³.

Las compañías transnacionales, a su vez, potencian la flexibilidad organizativa, segmentando el proceso productivo en unidades jurídicamente autónomas¹⁴ y susceptibles de deslocalización, de modo que pueden trasladarse de un país a otro en busca de la máxima rentabilidad, condicionada, entre otros factores, por la disciplina fiscal, laboral, ambiental, etc., a que se ve sometida su actividad. La descriminalización de comportamientos contaminantes, antisindicales o de explotación –fruto de la búsqueda a ultranza de la reducción de costes– condiciona el flujo de inversiones. Y, a la inversa, el flujo de inversiones condiciona las opciones político-criminales.

¹² CAPELLA HERNÁNDEZ, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*, cit., pp. 260-261.

¹³ TERRADILLOS BASOCO, “El Derecho penal de la globalización: Luces y sombras”, cit., p. 206.

¹⁴ Que permiten eludir responsabilidades incluso penales: ver TERRADILLOS BASOCO, “Delitos societarios y grupos de empresas”, en BAYLOS GRAU/COLLADO GARCÍA (edit.), *Grupos de empresas y Derecho del trabajo*, Madrid, 1994, pp. 73 - 86.

Si además el Estado asume la tarea de garantizar la competitividad de las empresas, ha de mantener, siquiera sea indirectamente, sus actividades, relajando el control sobre las mismas, y ha de asumir los costes de la libre disponibilidad de la mano de obra. Un Derecho penal económico que refleje esa realidad no puede ser agresivo frente a las crisis fraudulentas de empresa o al fraude de subvenciones, por ejemplo.

Por otra parte, identifica al nuevo orden una ideología nada proclive a la intervención penal, ni siquiera si se reduce su función a lo puramente simbólico.

En efecto, el mercado mundializado se organiza como comercio interempresarial y no entre Estados. Al primarse los intereses privados que hacen posible el mercado, en detrimento de los valores de convivencia cuya garantía y promoción corresponde al Estado, el criterio rector de toda valoración, incluidas las político-criminales, se identifica con el éxito, tanto mejor cuanto más rápido y fácil; con la consiguiente ridiculización del significado económico y social del propio trabajo y, en general, de los instrumentos de la economía real. Este giro valorativo puede ser determinante a la hora de fijar el umbral de criminalización en ámbitos como la delincuencia de cuello blanco, en los que se sigue constatando la alta valoración social del empresario que obtiene éxito, aún moviéndose en la frontera confusa de lo ilegal¹⁵.

La globalización económica no constituye, pues, el caldo de cultivo de la expansión penal. Antes bien, impulsa la inhibición.

D. Globalización y control penal

Frente a esa regla general, el mercado globalizado, como mercado desigual que es, ha potenciado el intervencionismo punitivo frente a sujetos o comportamientos que estima disfuncionales¹⁶. Se criminaliza así la disidencia, pero también la marginalidad provocada por el desempleo o

¹⁵ BAYLOS GRAU/ TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo*, 2ª ed., Madrid, 1997, p. 38.

¹⁶ Al menos así pudo constatarse a partir de 1965, cuando la estrategia de modernización económica emprendida fundamentalmente por Estados Unidos, impulsó la inversión extranjera y la apertura al comercio internacional de países menos desarrollados, pero también la ideología de la contrainsurgencia encomendada a regímenes militares de partido único, garantes de mantener la *pax publica*. Fue el modelo de Taiwan o Corea del Sur: TERRADILLOS BASOCO, "El Derecho penal de la globalización: Luces y sombras", cit., p. 215.

por la inmigración, que lejos de responder al principio de libre circulación -consolidado cuando se trata de mercancías- se rige por criterios de exclusión de los inmigrantes procedentes de la periferia exterior a los centros de poder. La desregulación, compañera inseparable de la globalización es, pues, parcial, dando lugar a una doble tendencia político-criminal definida por el absentismo -en áreas que puede disciplinar el mercado de acuerdo con el contratante más fuerte- y la rígida intervención -cuando se trata de asegurar la *pax publica* requerida por ese mismo mercado.

La intervención punitiva, residual en un sistema desregulado, permite distinguir con facilidad entre los intereses que la globalización del sistema penal privilegia y los que posterga. Pero no parece que la preocupación doctrinal ante la expansión punitiva se extienda a estas áreas.

3. Derecho Penal Económico y Expansión Penal

A. Las presuntas causas de la expansión penal

Si la globalización no impulsa la expansión penal en el ámbito económico, sino que está objetivamente condenada a restringirla, procede ahora re-examinar la influencia del resto de presuntas causas determinantes de aquélla. Aunque puede adelantarse que su incidencia es desigual y, al menos en el ámbito de la delincuencia socioeconómica, mucho más irrelevante de lo que se pretende. No porque no ejerzan una influencia real, sino porque esa influencia no es tan sólida ni unilateral como para deducir que el proceso expansivo sea inexorable; de suerte que, más que oponerse a él, lo aconsejable sea capear el temporal. Aceptándolo.

a) La aparición de nuevos riesgos no puede entenderse como causa de injustificada expansión. Si son de entidad equiparable o superior a la de los tradicionalmente afrontados, el hecho de que el sistema penal aporte sus limitados medios para neutralizarlos o reducirlos no puede reputarse exceso punitivo, sino tutela de los mismos bienes jurídicos, frente a nuevas y más lesivas formas de ataque. No parecen necesarios más argumentos para justificar en España, con una cifra de siniestralidad laboral que se concreta en más de cinco muertos diarios, la intervención de un Derecho penal que concede importancia central al bien jurídico vida. Tampoco para justificar la punición de fraudes masivos, cuando se siguen castigando con penas carcelarias las estafas de bagatela.

Los nuevos riesgos, por otra parte, no se instalan, precisamente, en el orbe socioeconómico. Se trata de "riesgos para el medio ambiente o para los consumidores o usuarios que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos en la biología, la genética, la energía nuclear, la informática, las comunicaciones, etc.", y cuya incidencia se refleja, sobre todo, en el ámbito de la delincuencia no intencional¹⁷. Con lo que queda en entredicho la coherencia de la consideración de esos riesgos como instrumento de expansión del Derecho penal socioeconómico.

b) Tampoco la sensación social de inseguridad puede ser entendida como causa decisiva de expansión: cuando se acepta, como no puede ser de otro modo, que la vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a su existencia objetiva¹⁸, parece necesario abordar tareas de clarificación e información que, al menos, logren que la inseguridad se viva dentro de los límites que fija su realidad y dimensión.

Cierto es que, hábilmente instrumentalizada, la sensación de inseguridad está en el andamiaje argumentativo de las campañas de ley y orden. La demanda social de seguridad es, así, real; pero que sea real no quiere decir que no sea susceptible de racionalización. Y si las demandas reales requieren respuestas reales¹⁹, de ello no se deduce que tengan que ser expansivas. Cuando las tasas de criminalidad crecen, lo coherente es arbitrar instrumentos de prevención eficaces, y no, en precipitada huida al Derecho penal, aumentar el catálogo de delitos y la contundencia de las penas²⁰.

No puede, tampoco, desconocerse que las campañas que están en el origen de la creciente demanda de seguridad, vienen dirigidas contra formas de delincuencia vinculadas a la población marginal o a la delincuencia violenta. Pero no al crimen de cuello blanco²¹.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., p. 22.

¹⁸ MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, 2001, pp. 30 - 34.

¹⁹ Como reivindica SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., p. 20.

²⁰ DÍAZ PITA/FARALDO CABANA, "La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995", en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 7/2002, p. 122.

c) La configuración de nuestra sociedad como "sociedad de sujetos pasivos" (pensionistas, destinatarios de prestaciones públicas, personas o entidades subvencionadas), tampoco puede estimarse causa relevante de expansión del Derecho penal económico.

Deducir del retroceso de las "clases activas, dinámicas, emprendedoras" y de la progresiva presencia de los "sujetos pasivos", una menor tolerancia a la hora de fijar los límites (penales) del riesgo permitido o el incremento de la tipificación de delitos de peligro²², es, según creo, demasiado arriesgado. La reivindicación de seguridad no es sólo reivindicación de más delitos (de peligro) y más penas.

Por otra parte, afirmar que los acontecimientos negativos se aceptan mejor si hay un culpable, no predetermina la forma en que se le exigirá responsabilidad -que puede ser meramente patrimonial²³. Y quizá es intuición no probada que corre el riesgo de provocar que se termine apelando al azar o a causas naturales para explicar un deterioro medioambiental que tiene una etiología bien distinta.

d) Se pretende también explicar la expansión punitiva por la identificación de la mayoría social con la víctima del delito, identificación en cuya virtud el *ius puniendi*, antes considerado como reacción estatal contra el delincuente, habría pasado a ser reivindicado como reacción social contra la delincuencia de los poderosos²⁴.

Es difícil entender la razón en cuya virtud la solidaridad con la víctima se ejerce sólo contra los delincuentes poderosos (entre los que se incluyen los responsables de violencia doméstica o acoso sexual). Y es más difícil aún entender que esa solidaridad se manifieste como exigencia de expansión de las normas penales, cuando resulta más esperable que lo

²¹ El propio autor (SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., pp. 28-29) maneja, como ejemplos, la violación, el asesinato de niños y los delitos cometidos por inmigrantes.

²² SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., pp. 31-35.

²³ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., p. 33.

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., p. 37.

haga reivindicando mayor eficiencia en su aplicación, o en la reparación de los efectos del delito.

e) Es posible que el descrédito de otras instancias de protección empuje a acudir, con frecuencia e intensidad crecientes, al Derecho penal.

Resulta contradictorio, sin embargo, afirmar que el descrédito de la Administración –considerada cómplice de delitos socioeconómicos²⁵, lleva a una demanda de injustificada intervención penal, y preconizar, simultáneamente, un mayor protagonismo de los mecanismos sancionadores administrativos en detrimento de los penales.

Además, si ese descrédito tiene base real porque las instancias pre-penales se muestran impotentes frente a la criminalidad, no puede ser considerado expansivo un sistema penal que entra en escena ajustándose rigurosamente a su papel de *ultima ratio*.

f) También se denuncia como causa de expansión, la nueva actitud de la criminología de izquierda y de la izquierda política, que habrían pasado de identificar en el sistema penal un mecanismo represivo contra las clases subalternas, a ver en él un útil instrumento para sus objetivos emancipatorios²⁶.

Si la “gestión de la moral” había estado en los sectores conservadores, hoy habría pasado a manos de “*las organizaciones ecologistas, feministas, de consumidores, de vecinos..., pacifistas... o antidiscriminatorias... Todas ellas encabezan la tendencia hacia una progresiva ampliación de sus respectivos intereses*”²⁷.

Esta visión de la realidad social –que por cierto casa mal con la anterior valoración de nuestra sociedad como “sociedad de sujetos pasivos”- es, al menos, susceptible de matizaciones. Por ejemplo, al considerar que consumidores, feministas, ecologistas, vecinos y partidarios de la igualdad, se integran en la izquierda política y siguen las pautas marcadas por la

²⁵ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., p. 45.

²⁶ 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*, 44/2002, p. 20.

²⁷ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., pp. 47-48.

criminología de izquierda. O al afirmar que pacifistas o ecologistas defienden (sólo) “*sus respectivos intereses*”. O que esa defensa se concrete en petición de injustificadas expansiones del sistema penal, a las que éste ha prestado generosa acogida.

Por otra parte, si se acepta el dato de que también “*la derecha política... ha descubierto que la aprobación de normas penales es una vía para adquirir matices políticos progresistas*”²⁸, hay que llegar a la conclusión de que las causas de la expansión no pueden identificarse con la “nueva actitud de la izquierda”, sino, en todo caso, con un desarme ideológico y científico que ha llevado a la simplificación del discurso político-criminal, orientado ya no a programas emancipatorios, sino a campañas electorales.

B. La proclamada expansión penal

Si la influencia de los pretendidos factores causales es, al menos en el ámbito económico, sólo relativa, hay que preguntarse por la relevancia de la expansión punitiva detectable en ese mismo ámbito; expansión que, se puede vaticinar, no puede ser tan importante ni irreversible como inicialmente se proponía.

B.1 Manifestaciones de expansión

a) Como ya se dijo, la artificial búsqueda de bienes jurídicos sería la primera de las manifestaciones del actual expansionismo penal.

Aceptando lo que de correcto tiene esta observación, hay que señalar dos puntos de distanciamiento.

En primer lugar, la perversa apelación al principio del bien jurídico, que se denuncia, no implica que tal principio haya perdido su eficacia limitadora y su profunda significación política.

Además, es dudoso que esta crítica sea imputable al Derecho penal económico. Si se maneja un concepto material-funcional del mismo, difícilmente puede ser tachada, como artificiosa, arbitraria o expansiva, una orientación político-criminal que ha eliminado de hecho la relativamente importante legislación penal especial anterior y que se ha limitado a incluir

²⁸ 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”, cit., p. 20.

en el Código Penal común delitos contra derechos de los trabajadores o de los consumidores, contra la propiedad industrial y la competencia, contra la Hacienda pública, junto a los delitos societarios o las insolvencias punibles. No se trata de bienes jurídicos artificialmente creados: son tan reales y tan referibles a la persona como los tradicionales bienes jurídicos individuales²⁹.

Al menos en términos de coherencia, los delitos que, entre los citados, tienen un claro contenido económico, deben ser afrontados, sin incurrir en autoritarios o arbitrarios estiramientos, por un Derecho penal que castiga delitos patrimoniales de estructura similar y lesividad notoriamente menor. Cuando, además, la conducta delictiva afecta a intereses que exceden lo patrimonial, la intervención penal queda más justificada.

Naturalmente también se han deslizado en el Código español preceptos ayunos de justificación, precisamente por dar la espalda al principio de lesividad. Ejemplo paradigmático, en opinión doctrinal generalizada, puede serlo el art. 294³⁰. En otros casos, lo que se ha criticado es la inidoneidad relativa del Derecho penal para acometer la tutela de bienes constitucionalmente relevantes, como los medioambientales³¹. O la inutilidad de ciertos preceptos que se superponen a otros ya existentes. Pero, entonces, no se discute la relevancia del bien jurídico, sino la técnica elegida para tutelarlos.

b) Sin duda, la más criticada de estas técnicas es el recurso a tipos de peligro, sobre todo de peligro abstracto o, incluso, cumulativo.

Sin embargo, cuando, como es norma en los delitos socioeconómicos, la tutela de un bien jurídico aparece ligada a situaciones determinadas que condicionan su seguridad, el legislador puede optar -entre otras

alternativas no exentas de problemas- por proteger el bien jurídico a través de la protección de la situación instrumental y conjuntamente con ella, en el entendimiento de que el interés supraindividual quedará afectado al ponerse en peligro los bienes jurídicos últimos. Esta decantación legislativa por los delitos de peligro, siempre tan denostada, ha de valorarse, evitando juicios globalizadores, y teniendo presentes las características específicas de los diferentes bienes jurídicos, en ocasiones no susceptibles de protección mediante otras técnicas. Y las críticas que, por su alejamiento de los principios de legalidad, lesividad y culpabilidad, se vienen tradicionalmente oponiendo a los delitos de peligro, deben quedar relativizadas si se exige que éste sea real y probado³². Incluso el denominado principio de precaución puede reforzar la legitimidad político-criminal de estos tipos³³.

c) En el ámbito procesal, finalmente, se detecta cierta orientación expansiva en los supuestos en los que el sistema incentiva el recurso a la acción penal para solventar problemas que pudieron alcanzar cumplida respuesta en el ámbito mercantil. Así, en los delitos societarios³⁴, el plazo de prescripción es de tres años. Pero para impugnar acuerdos del Consejo de administración, el plazo es de treinta días³⁵. Con el riesgo de que el afectado por el acuerdo pueda optar por dejar transcurrir los plazos mercantiles y conserve, durante un plazo muy superior, la posibilidad de ejercitar la acción penal, con lo que ello tiene de perturbador para la sociedad en el dinámico ámbito de los negocios³⁶.

Lo cierto es, sin embargo, que las especialidades procesales, en este ámbito, se escoran como se verá posteriormente, al abstencionismo punitivo más que a la expansión.

²⁹ BUSTOS RAMÍREZ, "Perspectivas y desafíos de la política criminal en Latinoamérica", en *Nuevo Foro Penal*, 56/1992, p. 161.

³⁰ FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, Valencia, 2000, p. 296.

³¹ MUÑOZ LORENTE, "Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho penal simbólico", cit., pp. 127-131.

³² Ver TERRADILLOS BASOCO, "Peligro abstracto y garantías penales", en Quintero Olivares/morales PRATS (coord.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, 2001, pp. 805-813.

³³ "Al permitir una mejor ligazón de éstos con referencias últimas a los bienes jurídicos individuales que serían mediatamente protegidos a través de bienes jurídicos instrumentales", ROMEO CASABONA, "Aportaciones del principio de precaución al Derecho penal", cit., p. 105.

³⁴ De los artículos 290 a 294.

³⁵ LSA, art. 143.

³⁶ QUERALI JIMÉNEZ, (*Derecho Penal Español. Parte especial*, 3ª ed., Barcelona, 1996, pp. 441-442), llega, incluso, a identificar aquí una manifestación de la voluntad del legislador de criminalizar el mundo de los negocios.

B.2 Manifestaciones de inhibición

Frente a los escasos datos que permiten hablar de una opción expansiva por parte del Código Penal español en materia económica, se levantan los que constituyen prueba de absentismo.

a) En buena parte de los casos en los que el recurso a tipos de peligro venía avalado por la doctrina, se ha terminado por tipificar delitos de resultado lesivo o por exigir la concurrencia de condiciones objetivas de punibilidad, que recortan el alcance de lo punible. Así ocurre en los artículos 285 (información privilegiada), 295 (administración social fraudulenta).

En otras ocasiones, aunque la dicción literal del precepto pudiera permitir una lectura formal, en la que la lesividad quedara sustituida por el *animus* del agente, una correcta interpretación impone criterios acordes con el concepto material de antijuricidad. Así, cuando la letra de la ley exige que se actúe “*en perjuicio*” de otro –como ocurre en los artículos 270 (delitos contra la propiedad intelectual) o 283 (facturación fraudulenta mediante aparatos automáticos)- puede interpretarse la partícula “*en*” en sentido final, de modo que “*en perjuicio*” equivalga a “para perjudicar”, con lo que pasarían a ser típicas meras infracciones administrativas que estuvieren acompañadas de un específico elemento subjetivo del injusto. Pero esta interpretación, profundamente expansiva, debe ser rechazada. Dentro del marco fijado por el principio de legalidad, hay que optar por interpretaciones en las que queden reflejadas con claridad los juicios de desvalor sobre comportamiento y resultado: hay que entender que “*en perjuicio*” equivale a “perjudicando”, con lo que estaríamos en presencia de un delito de lesión.

b) En torno a los delitos societarios se registran, quizá, las mayores discrepancias doctrinales a la hora de valorar la extensión del empeño criminalizador del legislador de 1995. Así, un sector critica lo que reputa expansión punitiva innecesaria que se traduce en penalizar conductas ya subsumibles en tipos tradicionales o neutralizables por parte de las leyes mercantiles³⁷.

³⁷ GÓMEZ BENÍTEZ, “Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de CP”, en *ADPCP*, 1980, p. 477; MUÑOZ CONDE, “La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal”, en *CPC*, 16/1982, p. 117.

Se ha criticado, igualmente, la desmesura de ciertos preceptos, como el art. 291, en el que se echa de menos una vinculación objetiva al principio de lesividad³⁸. Y es que, en efecto, el Derecho mercantil³⁹ consagra un sistema de impugnación de acuerdos sociales suficiente para garantizar los derechos de los socios minoritarios. Por otra parte, si el mismo artículo permite la subsanación de las causas de nulidad de los acuerdos objeto de impugnación, la criminalización de estos acuerdos, desde el momento en el que se toman, parece contradictoria⁴⁰. Se corre, además, el riesgo de que, en la práctica se recurra a las acciones penales para eludir los requisitos de legitimación exigidos para la impugnación por la normativa societaria⁴¹.

En el caso del art. 292, se ha objetado que alguna de las conductas que castiga, como el abuso de firma en blanco o la atribución indebida de voto, no resultan en sí mismas, dada la fluidez de la vida económica de las grandes sociedades anónimas, perjudiciales⁴².

También se ha criticado la ambición criminalizadora del art. 293, ya que castiga conductas que pueden obtener reparación por medio de mecanismos mercantiles⁴³, lo que hubiera aconsejado la abstención penal en buena parte de casos⁴⁴.

Igualmente, el art. 294, es considerado por algún autor como criminalizador de un delito “*de desobediencia o de falta de colaboración*”

³⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, Valencia, 1999, p. 221.

³⁹ LSA, art. 115.

⁴⁰ VALLE MUÑOZ/QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, “De los delitos societarios”, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 3ª ed., Navarra, 2002, p. 920.

⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Madrid, 1996, p. 73.

⁴² MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, “Los delitos societarios en el Proyecto de Ley Orgánica de CP”, en *PJ*, 28/1992, p. 191.

⁴³ La acción social de responsabilidad o la impugnación de acuerdos ilegales, reguladas en la LSA, artículos 133, 134 y 115.

⁴⁴ Parcialmente de la misma opinión, LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN (*El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, p. 146) advierten que “*disponiendo de tal mayoría -en la junta general- la solución mercantil puede ser la opción procesal que evite el recurso al Derecho penal, pero éste resultará inevitable, como único posible, en el caso de accionistas individuales o muy minoritarios que vean lesionados sus derechos sociales*”.

con la actuación inspectora o supervisora de la Administración, una simple infracción administrativa⁴⁵.

Pero, en sentido contrario, otros autores critican la atipicidad de ciertas conductas que estiman deben ser consideradas delictivas, como, p. ej, los ataques a la integridad del patrimonio social, generalizadamente típicos en Derecho comparado⁴⁶. También se han considerado dignas de incriminación "la no inscripción registral de cuentas anuales y consolidadas, la no convocatoria de juntas o el falso domicilio social"⁴⁷. Con mayor fundamento se ha reivindicado la criminalización de la publicación de datos falsos relativos a la sociedad -cuyo autor no es necesario que coincida con el falsificador-, normalmente dirigida a la consecución de créditos o a la captación de nuevas aportaciones de capital⁴⁸.

Por otra parte, la gran novedad del Código Penal de 1995 en materia societaria parecía ser la inclusión de la administración social fraudulenta, que, en los Proyectos, se contemplaba como delito de peligro. Sin embargo, al construirse definitivamente el art. 295 como delito de resultado lesivo, se ha recortado su aplicabilidad, con argumentos político-criminales que han parecido endebles a algún sector doctrinal⁴⁹. Y aunque otros autores se decanten por entender adecuada la opción del legislador, lo que resulta indiscutible es que no se hace acreedor el Código, en este punto, de la crítica de expansivo.

⁴⁵ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, "Los delitos societarios", en SERRANO/FONTÁN/RODRÍGUEZ (coord.), *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales. Manual teórico-práctico* (III), Vol. 4, Madrid, 1996, p. 379.

⁴⁶ Ver TERRADILLOS BASOCO, *Derecho Penal de la Empresa*, Madrid, 1995, p. 80.

⁴⁷ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/SUÁREZ GONZÁLEZ, "Prólogo" a la 21ª edición del *Código Penal y leyes complementarias*, Civitas, Madrid, 1996, p. 24. A la lista de criticables lagunas han de añadirse, en opinión de MOSCARDO MORALES/RAMILO RODRÍGUEZ, ("Responsabilidad de carácter penal", en J&A GARRIGUES (edit.), *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, Madrid, 1996, p. 91), "la creación de sociedades ficticias o de fachada, el falseamiento de datos relativos a la sociedad o personas que la componen en la fase de formación de la misma".

⁴⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, "Falsedad de documentos sociales", ponencia presentada al II Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico, Pavía, sep-2000, ejemplar dactilografiado. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, cit., p. 220.

⁴⁹ LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., pp. 146-147.

c) Tampoco en los delitos contra derechos de los trabajadores se identifica una orientación expansionista. Aunque alguno de los artículos del Título XV apenas tiene un ámbito propio de aplicación y su destino natural debería ser la desaparición, el Código de 1995 ha optado, con respecto a sus antecesores, por la inhibición.

La única novedad criminalizadora -la introducción del delito de discriminación laboral- se hace a través de un artículo que resulta prácticamente inaplicable, dada la multiplicidad de elementos cuya concurrencia sobre el hecho discriminatorio requiere; hecho discriminatorio que, en otras áreas, por sí sólo genera ya responsabilidad criminal⁵⁰. Lo que permite afirmar que, ni siquiera la nueva criminalización, constituye una muestra de vocación expansiva.

En otros preceptos de Título simplemente se han tomado delitos ya existentes, añadiendo nuevos elementos típicos (como el engaño, la violencia o la intimidación, en los artículos 311 y 315), con lo que se reduce significativamente el marco de lo punible.

d) Hay que observar, finalmente, que la voluntad punitiva del legislador no puede valorarse sólo a la vista de la técnica de tipificación seguida: las características del proceso, el efectivo reconocimiento de la presunción de inocencia, las posibilidades de defensa de los encausados, los plazos de prescripción, etc., son, a esos efectos, igualmente relevantes⁵¹.

En los delitos contra el orden socioeconómico, los frecuentes supuestos en los que se excepciona el régimen general de persecución de oficio, constituyen otra importante manifestación de auténtica voluntad restrictiva.

El art. 287 supedita la persecución de los delitos relativos a la propiedad industrial e intelectual, al mercado y a los consumidores, a la denuncia del agraviado, con la excepción de los casos de afectación a los intereses generales o a una pluralidad de personas. Y el art. 296 da reglas semejantes en el caso de los delitos societarios.

En realidad, la especialidad que introducen estos artículos no condiciona la persecución de todos los delitos aludidos, ya que alguno de

⁵⁰ BAYLOS GRAU/ TERRADILLOS BASOCO, *Derecho Penal del Trabajo*, cit., pp. 129-130

⁵¹ MUÑOZ LORENTE, "Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho Penal simbólico", cit., p. 105, nota 12.

ellos, como la publicidad engañosa, ha de afectar necesariamente a una pluralidad relevante de personas, lo que abre el paso a la intervención directa del Ministerio Público. Pero aún quedan multitud de conductas delictivas en las que la intervención de éste se condiciona a la iniciativa del particular. Lo que, como poco, resulta contradictorio cuando se trata de delitos que –al menos, pretendidamente– no se dirigen contra estrictos intereses individuales sino colectivos⁵².

También puede ser limitador el dejar la iniciativa procesal en manos del agraviado en delitos que, en algún caso, no exigen la causación de un perjuicio económico constatable. Aun entendiendo que “agraviado” no equivale a perjudicado, sino al que sufre las consecuencias de la acción típica, lo cierto es que no puede esperarse una entusiasta iniciativa procesal del particular no directamente afectado.

Resulta igualmente complicado fijar en los inicios procesales de la causa cuestiones tan complejas, pero que condicionan la actuación de oficio, como la afectación a los intereses generales o a una pluralidad de personas⁵³.

e) Otra concreción de la denunciada utilización instrumental del Derecho penal, sería la tendencia expansiva que se orienta, desconociendo tradicionales principios de imputación, a la exigencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas⁵⁴.

Sin embargo, el Derecho penal español parte de su negación. No es seguro que sea lo más aconsejable, al menos para una pujante corriente doctrinal⁵⁵. Pero tampoco puede ser considerada como manifestación de una desmesurada expansión punitiva.

Sin que las consecuencias accesorias que incorpora el art. 129 del Código puedan tampoco valorarse como exceso, máxime teniendo en

⁵² Del Rosal Blasco, “Los nuevos delitos societarios en el Código Penal de 1995”, en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (dir.), *I Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico*, A Coruña, 1998, p. 87.

⁵³ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, “Los delitos societarios”, cit., p. 367.

⁵⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Madrid, 2002, p. 218.

⁵⁵ P. ej., BACIGALUPO SAGGESE, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998; DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Una ‘nueva’ línea de intervención

cuenta que no son aplicables en significativos sectores de la delincuencia socioeconómica, como los delitos contra derechos de los trabajadores, los societarios⁵⁶, los tributarios o los urbanísticos.

C. Función simbólica y expansión

La incursión en el ámbito económico del Código Penal español de 1995, y sus sucesivas modificaciones, prácticamente todas de signo expansionista pero ajenas a ese ámbito⁵⁷, no puede, así, explicarse sino en términos de función simbólica.

Pero aquí se imponen ciertas precisiones terminológicas. Porque puede entenderse por tal la función de resaltar sintética y didácticamente el universo de valores y principios subyacentes al sistema penal. Lo que no es sino despliegue del potencial simbólico de la intervención penal, cuyos

penal: el Derecho penal de las personas jurídicas”, en MESSUTI/SAMPEDRO ARRUBLA (dir.), *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, 2001; GARCÍA ARÁN, “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999; ZUGALDÍA ESPINAR, “Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)”, en *PJ*, 46/1997; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Navarra, 2000. En sentido contrario, reivindica últimamente la idoneidad del sistema español FEIJOO SÁNCHEZ (*Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, cit., *passim*), que además propone pautas para una correcta interpretación, de modo que se puedan resolver los problemas político-criminales planteados, sin renunciar al *societas delinquere non potest*.

⁵⁶ Con la excepción prevista en el art. 294.

⁵⁷ Los trabajos más recientes dedicados al tema, se centran en otros delitos; ver 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”, cit.; DÍAZ PITA/FARALDO CABANA, “La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código Penal de 1995”, cit.; LUZÓN PEÑA, “Función simbólica del Derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética”, en AA.VV., *Modernas tendencias del Derecho Penal y de la Criminología*, Madrid, 2001; PÉREZ CEPEDA, “Un ejemplo más del derecho penal simbólico”, en *AP*, 21/2001.

efectos expresivo-integradores desempeñan un positivo –e inevitable– papel⁵⁸.

En segundo lugar, se habla de función simbólica cuando la intervención penal actúa como mero símbolo. Que, como tal se utiliza no tanto para proteger bienes jurídicos como para afirmar valores, confirmar expectativas, generar representaciones valorativas, etc. La función instrumental, o material⁵⁹, pasa a una posición subordinada –aunque no desaparece– en la medida en que se supedita a la función asignada a los símbolos.

Finalmente, se utiliza la expresión “función simbólica”, para aludir al enmascaramiento de la realidad del sistema penal, con la creación de apariencia de resolución de conflictos que permanecen intocados⁶⁰, haciendo creer en el imposible cumplimiento de objetivos inaccesibles porque, en el fondo, no son los realmente perseguidos y, en consecuencia, no se articulan medios para alcanzarlos. En estos casos lo simbólico ha cedido al enmascaramiento ideológico⁶¹.

Las precisiones terminológicas son, en este punto, importantes, dado que criticar al sistema penal que opta por potenciar la función simbólica en el segundo de los sentidos comentado, es criticar una tendencia expansionista, en cuya virtud, olvidada la idoneidad limitadora del bien jurídico, el Derecho penal se lanzaría a confirmar valores, órdenes deontológicos y éticos, programas políticos, modelos económicos, etc. La función instrumental-preventiva, en la que el sistema penal encuentra

⁵⁸ Díez RIPOLLÉS, “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en AA.VV., *Modernas tendencias del Derecho Penal y de la Criminología*, Madrid, 2001, pp. 111-112; LUZÓN PEÑA, “Función simbólica del Derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética”, cit., p. 132; MUÑOZ LORENTE, “Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho Penal simbólico”, cit., p. 118.

⁵⁹ Como prefiere Díez RIPOLLÉS, “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, cit., p. 112.

⁶⁰ “Una demostración de fuerza fuera por parte del Estado”: DÍAZ PITA/FARALDO CABANA, “La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995”, cit., pp. 119-124.

⁶¹ En este sentido, Díez RIPOLLÉS, “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, cit., p. 122.

fundamento y límites, pasaría a un segundo plano, a favor de una función simbólica que carece de ellos⁶².

En cambio, la función simbólica concebida en el sentido de enmascarar una realidad de indiferencia o complicidad con el delito al que sólo retóricamente se dice perseguir, no supone expansión alguna. Supone, en realidad, inhibición; eso sí, no proclamada y plasmada en las leyes penales, sino negada; pero, objetiva y materialmente, aceptada⁶³. En suma, desprotección programada⁶⁴, en la medida en que, a una tipificación inadecuada suele acompañar la ausencia de otras políticas sociales o de prevención más costosas⁶⁵.

De ahí que proceda hablar, en estos casos, no de función simbólica sino enmascaradora, las más de las veces dirigida a cubrir objetivos

⁶² Lo que es positivamente valorado por HORMAZÁBAL MALARÉE, (“Delito ecológico y función simbólica del Derecho penal”, en TERRADILLOS BASOCO (edit.), *El delito ecológico*, Madrid, 1992, pp. 63-64), para el que, incapaz de asumir una función instrumental, el Derecho penal debe cumplir con su función simbólico-positiva (“El Estado demuestra en estos casos su voluntad democrática de no amparar situaciones de privilegio, dejando constancia de que también los poderosos están expuestos a la pena cuando ésta sea necesaria”). Ahora bien, de este modo, la pena, ayuna de eficacia preventiva, sería sólo una confirmación de expectativas. Críticamente, respecto a la admisibilidad de esta instrumentalización del Derecho penal hacia funciones que no le competen, MUÑOZ LORENTE, “Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho Penal simbólico”, cit., pp. 127-128.

⁶³ Gráficamente se ha dicho que “con estas normas el legislador deslumbra al ciudadano, lo entretiene y poco más. No es que sean efectos ilegítimos, es que no producen ninguno... Esto es lo criticable, y lo es por constituir un engaño”: DÍAZ PITA/FARALDO CABANA, “La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995”, cit., p. 127. En idénticos términos (“El ciudadano tiene la sensación de que hay una preocupación y que se le ofrece una solución a un conflicto que es esencialmente político en circunstancias en que lo que hay realmente es una incapacidad para dar esa solución”) se pronuncia HORMAZÁBAL MALARÉE, “Delito ecológico y función simbólica del Derecho penal”, cit., p. 53.

⁶⁴ TERRADILLOS BASOCO, “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”, cit., p. 9.

⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., p. 123.

—fines electoralistas, acallar reivindicaciones sociales, etc.—, ajenos a los declarados⁶⁶.

Los ambiciosos objetivos criminalizadores en el orden socioeconómico que reivindica como propios la Exposición de Motivos del Código, quedan minimizados en su plasmación jurídico-positiva. Lo que podrá ser criticado o aplaudido. Pero lo que consagra el Libro II es una apariencia de intervención frente a la delincuencia de los económicamente poderosos para tutelar a quienes no lo son, cuyo efecto principal es apaciguar las demandas de éstos mediante una apariencia de tutela estatal que, en realidad, es de vuelo más corto que la anunciada y que no puede ser calificada de arbitrariamente expansiva.

4. Administrativización y derecho penal de dos velocidades

a) Si nuestro Derecho hubiera optado, en el ámbito socioeconómico, por una fuerte expansión, a realizar, por ende, a expensas de las garantías propias del modelo penal democrático, lo coherente en doctrina habría de ser un rearme teórico y político, en torno a la reivindicación de principios que dotaran al sistema penal de un ámbito propio, acotado y fundamentado.

Con el consiguiente recorte de pretensiones criminalizadoras y confiando al sistema sancionador administrativo lo que no puede alcanzar relevancia penal. Una radical descriminalización de la delincuencia de bagatela, de injustos meramente formales, de puras desobediencias, de irregularidades a las que puede poner eficaz coto el Derecho privado o el administrativo-sancionador⁶⁷, debe ser aplaudida. Pero sin deferirla *ad calendas graecas*. Urgir al legislador en este sentido, debe ir acompañado de una labor doctrinal que, dentro del marco legal, permita la interpretación y aplicación de los preceptos penales con escrupulosa observancia del principio de lesividad⁶⁸.

⁶⁶ MUÑOZ LORENTE, "Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho Penal simbólico", cit., p. 121.

⁶⁷ Que es lo que, en el fondo, propone MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte general*, Valencia, 1998, pp. 27-28.

⁶⁸ Por ejemplo, en el marco de los delitos de peligro abstracto: TERRADILLOS BASOCO, "Peligro abstracto y garantías penales", cit., p. 802.

Esta administrativización del sistema sancionador⁶⁹ no comporta necesariamente desarme preventivo⁷⁰. Antes bien, no se puede renunciar a los importantes efectos que pueden razonablemente esperarse de las sanciones administrativas, que pueden llegar incluso a ámbitos vetados a las penales, como es el caso de las personas jurídicas; ni puede el Derecho penal asumir la ordenación de estrategias empresariales, que deben confiarse al Derecho administrativo, con sus medios preventivos, coercitivos y coactivos propios⁷¹.

b) Frente a la neta distinción de los respectivos ámbitos —penal y administrativo— surge otra propuesta: reservemos el clásico acervo de criterios de imputación penal para los delitos contra la vida, la libertad, la dignidad, el patrimonio, etc., es decir, para los delitos tradicionales; y abandonemos la batalla frente a la imparable fuerza expansiva del Derecho penal moderno o nuevo, sacando las conductas que lo integran del núcleo duro del Derecho penal, para, en coherencia con su naturaleza de infracciones menores, reservarles un catálogo de sanciones que no incluya la pena carcelaria. "Dentro" del Derecho penal, pero con reglas de imputación y principios de garantía de menor nivel⁷².

No resulta, sin embargo, totalmente coherente una propuesta que, nacida de la preocupación por la degradación de las garantías, concluye reivindicando un modelo garantista de "menor nivel".

Y que, por otra parte, no explica cómo el desarme garantista, que no ha sabido detener el Derecho penal clásico, va a ser frenado por el Derecho penal de intervención.

⁶⁹ Aquí la administrativización —del sistema sancionador— tiene un significado distinto del fenómeno al que se alude en 1.A.b —de administrativización del Derecho penal.

⁷⁰ Aunque tampoco es garantía de mejor tutela de los intereses a proteger: ver TERRADILLOS BASOCO, "Fraude de subvenciones comunitarias. Los medios de control", en el mismo (coord.), *Protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea*, Madrid, 2001, pp. 31-35.

⁷¹ FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 203.

⁷² SILVA SÁNCHEZ *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., p. 121. Se olvida, quizá, que "el Derecho penal es todo él en su conjunto Derecho penal", como recuerda MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, cit., p. 185.

Con el riesgo añadido de que si se acepta esta “segunda velocidad”, con la consiguiente trivialización de las garantías, mucho es de temer que pronto se nos propondrá una “tercera velocidad”, en la que “coexistirían la imposición de penas privativas de libertad y la flexibilización de los principios político criminales y las reglas de imputación”⁷³.

Con todo, quizá la inquietud más preocupante que deja en el aire la propuesta de confiar a ese Derecho penal de intervención todo un sector de la actual grave delincuencia, sustrayéndola al Derecho penal clásico, es la de que la selección de lo excluido responde a criterios no compartibles.

Aunque se advierte que “no se trata de distinguir... según sujetos, sino según hechos y según consecuencias jurídicas”⁷⁴, cuando se avanza en la propuesta del modelo de dos velocidades, se prescinde de los hechos, como criterio, para alzaprimar las consecuencias jurídicas: “el Derecho penal, dentro de su unidad sustancial, contiene dos grandes bloques de ilícitos. El primero, el de los conminados con penas privativas de libertad. El segundo, el de los que se vinculan a otro género de sanciones”. Para los primeros, reglas de imputación y garantías propias del modelo liberal. Para los segundos, flexibilización⁷⁵.

En ese contexto, si los delitos socioeconómicos son sancionados con penas privativas de libertad “no hay modo de eludir la conclusión de que tales delitos deben integrarse en el núcleo del Derecho penal”. Pero, como la distancia que media entre ambos grupos de delitos es “únicamente” la distancia que media entre sus consecuencias jurídicas, bastaría con suprimir la conminación con penas carcelarias –*desideratum* siempre presente en el horizonte político-criminal- para “eludir” la no querida consecuencia.

Con lo que se olvidaría que la paulatina sustitución de la privación de libertad por otras penas menos aflictivas, no predetermina que los hechos en que encuentran su origen no deban ser imputados a sus autores

⁷³ Tal como denuncia 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”, cit., p. 21.

⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., p. 122.

⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., p. 123.

siguiendo las reglas y respetando los principios comunes a todo el Derecho penal: “seguirán siendo comportamientos lo suficientemente graves como para justificar que se prevea una sanción penal para ellos y, en esa medida, las garantías a observar deben ser básicamente las mismas”⁷⁶.

5. Conclusiones

Frente a las propuestas de confinar en un sistema sancionador de “segunda vía” los delitos contra el orden socioeconómico, hay que observar que la criminalidad grave exige respuestas preventivamente adecuadas, que no pueden ser construidas prescindiendo a radice de la pena privativa de libertad, al menos si se quiere mantener cierta coherencia valorativa. Por tanto, no se trata de rebajar el nivel de garantías, porque no es aceptable rebajar la contundencia de las sanciones.

Si lo que se está sugiriendo es que este tipo de delincuencia no es acreedora sino de una leve desvaloración y de sanciones pecuniarias, en cuyo caso podrían bastar las garantías propias del Derecho sancionador administrativo, hay que negar tajantemente la premisa, con lo que quedan negadas sus consecuencias. Y hay que negarla cuando el orden económico afectado alcanza dimensión global, y cuando se emplean medios de envergadura tal que los hace idóneos para alcanzar esa dimensión. Tienen razón las llamadas de alerta ante una posible expansión del Derecho penal, que le haga traspasar los límites fijados por su tradicional cometido de tutela de bienes jurídicos, convirtiéndolo en un instrumento puramente funcional, al servicio de contingentes programas políticos. Pero, en ciertos ámbitos, como puede ser el de la responsabilidad por el producto, en los que se arriesga la vida o la integridad física de los consumidores⁷⁷, con una dimensión transnacional, tal reserva crítica pierde fundamento.

⁷⁶ MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, cit., p. 185.

⁷⁷ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, “Algunas consideraciones acerca del desarrollo actual de la teoría del delito, a propósito del problema de la responsabilidad por el producto”, en AA.VV., *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Valencia, 1997, p. 710. En la misma propuesta coincide SUAY HERNÁNDEZ, “Los delitos contra la salubridad y seguridad del consumo en el marco de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador”, en PICO LORENZO (dir.), *Las fronteras del Código Penal y el Derecho administrativo sancionador*, Madrid, 1997, p. 169.

Frente a las propuestas de un Derecho penal “de dos velocidades”, hay que mantener que el retorno a los clásicos principios garantizadores no sólo vendría aconsejado si se hubiera constatado la tendencia expansiva del sistema penal en materia socioeconómica. Que no es el caso. Viene también impuesto por exigencias del modelo constitucional, incluso si, como parece más verosímil, nuestro Derecho positivo ha optado, en esta materia, no por la expansión, sino por crear una apariencia de eficacia criminalizadora que, en realidad, convive bien con delitos que no persigue.

Los caminos para superar esa perversa utilización del sistema penal son más fáciles de vislumbrar que de construir. Pero, en cualquier caso, pasan por identificar los excesos expansionistas para, a continuación, acometer proyectos descriminalizadores; no limitados, sin embargo, al ámbito socioeconómico, que no es, en contra de lo tantas veces reiterado, el ámbito privilegiado de la expansión.

Y para los delitos fundamentados en los clásicos principios de merecimiento, necesidad y oportunidad de pena, ni se precisa “otra” teoría del delito ni sería admisible degradación alguna de garantías.

La dogmática penal del último siglo, desarrollada y profundizada, puede brindar medios para abordar los nuevos fenómenos delictivos⁷⁸. Y en el plano político de las garantías, no caben pasos hacia atrás; ni en el ámbito socioeconómico, donde la denunciada degradación no es, hoy por hoy, materialmente constatable, ni en otros, donde, por razones diversas, se han venido imponiendo los requerimientos del Derecho penal del enemigo o la ideología de la emergencia⁷⁹.

Garantismo –como en el viejo Derecho penal liberal- y eficiencia – en la sociedad de riesgo- pueden convivir, también en ese controvertido marco que llamamos Derecho penal económico, pero no a costa de una

⁷⁸ Ver GIMBERNAT ORDEIG, “¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una Parte General son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?”, en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid, 2001, pp. 355-370.

⁷⁹ Ver, al respecto, 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”, cit., pp. 21 a 26.

recíproca limitación, sino a través de la potenciación de sus aportes políticos y jurídicos.

Porque también pueden convivir Estado del bienestar con Derecho penal mínimo. La afirmación contraria de que “*parece razonable pensar que un Derecho penal mínimo sólo puede generarse en el marco de un Estado mínimo*”⁸⁰, condena a los partidarios de la progresiva reducción del *ius puniendi*, a abrazar credos liberales. Y a los partidarios del intervencionismo de signo social a llevar el sambenito de expansionistas en materia penal. Pero desconoce que la vigencia y aplicabilidad de los programas sociales propios del Estado del bienestar no han quedado nunca garantizados por un Derecho penal “máximo”; que la inhibición estatal frente a la dinámica económica –incluso delictiva- no ha supuesto nunca minimización de la intervención penal en general; y que, en definitiva, la fijación de límites al *ius puniendi*, de modo que recupere su condición de *ultima ratio* no tiene que ceñirse, en exclusiva, al ámbito económico.

⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, cit., p. 40, nota 55.