

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Derecho penal económico. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, 246 pp.

El encargo que he recibido de la redacción de esta revista para hacer una reseña del *Derecho penal económico, Parte General*, de mi admirado colega *Carlos Martínez-Buján*, me parece, sin duda, un gran acierto, y no por ser yo mismo el destinatario de dicho encargo, sino porque estamos ante un obra de carácter fundamental y de sumo valor para la construcción del moderno Derecho penal económico que merece ser analizada y comentada de un modo específico y particularizado.

No dudo en trasladar ya desde el principio mi más efusiva felicitación y enhorabuena al autor por la obra que ha elaborado y publicado, pues la misma constituye un modelo ejemplar del trabajo científico más serio y riguroso en el ámbito de la Ciencia del Derecho penal. Además de esta valoración global estrictamente formal, la obra y su autor deben ser muy altamente valorados sobre todo por las fundamentales aportaciones que proporcionan al conocimiento de la compleja materia de que se ocupan y para el progreso en el tratamiento político-criminal y dogmático de la misma, ya sea de *lege lata* o de *lege ferenda*.

En su propio prólogo, dice *Martínez-Buján*, con cierta modestia, que esta Parte General del Derecho penal económico tiene unas pretensiones fundamentalmente didácticas, y que, en principio, constituye sólo una investigación instrumental con respecto a la Parte Especial con la que pretende evitar innecesarias repeticiones en la exposición de las particulares figuras delictivas. A mi juicio, sin embargo, es mucho más que esto. Esta Parte General del Derecho penal económico de *Martínez-Buján* es mucho más que un Manual para estudiantes, pues creo que tanto por el número e importancia de los temas de los que trata como sobre todo por el modo de exponerlos y de resolver los problemas que plantean, la obra alcanza un nivel y un rango que la aproxima —si no es que la introduce de lleno— en el género del Tratado. No hay ninguna cuestión de las que aparecen tratadas por *Martínez-Buján* sobre la que éste pase como sobre ascuas. Al contrario, en la exposición de cada problema, el autor analiza pormenorizadamente y de un

modo completamente documentado las doctrinas fundamentales elaboradas y hasta la fecha vigentes sobre la materia, las confronta cuando procede en campos de polémica y, finalmente, toma al respecto la posición personal que considera más conveniente y defendible con argumentos que casi siempre son coherentes con sus puntos de partida.

Antes de pasar a desarrollar mis propios comentarios sobre la obra, deseo reiterar mi felicitación al autor, y por cierto no ya sólo por este libro particular que va a ser objeto específico de mi atención, sino más allá, por la totalidad de su obra más amplia sobre el Derecho penal económico, y por la formación y constitución, debida a *Martínez-Buján*, de un vanguardista y extraordinario foco de investigación en el campo de los delitos económicos en la Universidad de A Coruña, todo lo cual le acredita a él y a su obra, sin duda, como unos de los más relevantes referentes para el conocimiento e investigación de la materia en la Ciencia penal española y europea.

Siendo imposible tratar aquí pormenorizadamente todas y cada una de las cuestiones de que se ocupa *Martínez-Buján* en su obra, me limitaré a realizar algunas observaciones —no necesariamente críticas— a una selección de temas que, por diversas razones, me parecen especialmente significativos y dignos de comentario, particularmente los relativos a los contenidos y a la legitimación del Derecho penal económico, a los cuales dedicaré la mayor parte de esta recensión.

I. En el primer capítulo de la obra, de carácter introductorio, el autor, además de advertir sobre ciertos aspectos metodológicos que estarán presentes en el desarrollo de la obra, describe y acota de un modo sucinto el objeto y el fin de su investigación, que identifica con una indagación sobre las cuestiones comunes o generales de los delitos económicos; da cuenta de la oposición entre los dos modelos o direcciones político criminales básicos que orientan la teoría del Derecho penal en lo que respecta al tratamiento de lo ilícito en materia económica o socioeconómica, a saber: una, que aboga decididamente por la exclusión de los ilícitos económicos del ámbito del Derecho penal, y otra, que se muestra favorable, también de un modo decidido, por la intervención penal; y finalmente, *Martínez-Buján* manifiesta en este capítulo introductorio su decidida toma de posición en favor de una necesaria y legítima intervención del Derecho penal en el ámbito económico, como punto de partida y presupuesto político-criminal básico al que habrá que remitir los desarrollos más concretos de la materia que seguirán en los posteriores capítulos del Manual.

Entiende *Martínez-Buján* que el llamado «Derecho penal económico» («socioeconómico», «de la economía», etc.) no constituye un Derecho penal «distinto» o «sustancialmente diferente». Con tales expresiones no puede hacerse referencia a nada más que a una «calificación fijada sobre la peculiar naturaleza del objeto que se pretende tutelar» (ciertos aspectos de la economía). Se trata, pues, de un sector particular del Derecho penal en que, igualmente que en otros (vgr. Derecho penal sexual, de la circulación, etc.), deben regir, en general, los principios e instituciones dogmáticas del Derecho penal común (p. 20). Tampoco cabe reconocer al Derecho penal económico ninguna «autonomía científica» frente a un pretendido Derecho penal «clásico», «común» o «nuclear» (p. 21). Ahora bien, si esto es así —y, a mi juicio, así es, y así también debe ser—, parece entonces que habrá que interrogar necesariamente por las razones que motivan la creciente —y actualmente ya ampliamente implementada— tendencia a constituir en todos los ámbitos —legislativo, judicial, policial, profesional, científico y docente— con las leyes penales económicas un *corpus* individualizado, aislado y diferenciado dentro de un Derecho penal común del que aquéllas, en cualquier caso, no son nada más que una de las partes integrantes de éste. Pues es un hecho que una especificación semejante, es decir, una individualización tan intensa como la que experimenta la legislación penal económica, no encuentra parangón en ningún otro sector particular del Derecho penal susceptible asimismo de individualización en virtud de la homogeneidad de sus tipos desde el punto de vista de sus contenidos materiales (así, por ej., Derecho penal relativo a delitos de tráfico, a delitos de la función pública, a delitos contra derechos y libertades fundamentales, a delitos sexuales, etc.).

Una individualización del Derecho penal económico que se traduzca en una configuración del mismo como un objeto de estudio separado del Derecho penal general puede explicarse y justificarse, sin embargo, por un lado, en razón de que los delitos económicos, o la mayor parte de los mismos, poseerían en común ciertas características peculiares y distintivas (pp. 20 s.), y sobre todo, por otro lado, porque semejantes delitos plantearían también ciertos problemas penales específicos y distintos de los que suscitan los delitos del núcleo del Derecho penal tradicional, y esta circunstancia podría tener el efecto de poner en cuestión la validez de unos instrumentos dogmáticos generales que, como los vigentes, se han elaborado en referencia y a partir de los delitos tradicionales (pp. 21, 22). Esto último podría dar lugar a la necesidad no sólo de corregir las instituciones penales tradicionales, sino incluso a la ideación de nuevos principios —y a la creación de nuevas figuras— de imputación jurídico-penal para el ámbito del Derecho penal económico (pp. 21 s.) que podrían entrar en conflicto con «las

garantías propias del Derecho penal clásico anclado en los postulados del Estado de Derecho» (pp. 25 ss.). Y así, como ejemplos de cuestiones respecto de las que cabría plantear una corrección de los principios e instrumentos dogmáticos de la imputación penal, o la ideación de otros nuevos, para los delitos económicos, menciona *Martínez-Buján*, en este capítulo introductorio de la obra, las relativas a causalidad y resultado, dolo y conciencia de la antijuridicidad, autoría y participación y responsabilidad penal de las empresas (p. 28). Por otra parte, la configuración e individualización de un específico Derecho penal económico podría justificarse y explicarse también por razones político-criminales, ideológicas y constitucionales. En este sentido, y guiado sin duda por la idea implícita de que los delitos económicos son los propios de las clases sociales poderosas, apela *Martínez-Buján* a la necesidad de superar el carácter discriminatorio y, por ello, contrario al principio constitucional de igualdad ante la ley, del Derecho penal tradicional en materia patrimonial y económica, en el sentido de que el mismo sólo ha servido y sirve en la práctica para el castigo de los sectores de población sociológicamente más desfavorecidos (p. 26).

En mi opinión, es sólo la última de las razones indicadas la que puede justificar —y, a mi juicio, justifica exclusivamente— la individualización del Derecho penal económico como un objeto de estudio específico y diferenciado *dentro* del Derecho penal, del cual no es nada más que una de sus partes integrantes. No puede decirse lo mismo de las otras dos razones apuntadas por *Martínez-Buján*, a las cuales no sólo no entiendo como decisivas a tal efecto, sino que me parecen dignas de matización en cuanto a su significado real e incluso de rechazo en alguno de sus aspectos o proyecciones.

Es cierto que todos o la gran mayoría de los delitos económicos muestran determinados caracteres o elementos comunes peculiares que, sin la menor duda, son susceptibles de abstracción para configurar con los mismos una «teoría general» del Derecho penal económico. En este sentido, por ejemplo, la determinación de los bienes jurídicos económicos (colectivos) y de las formas de agresión a los mismos que por su gravedad (grado de lesividad social), y de conformidad con los principios de subsidiariedad y de *ultima ratio*, deben hacerse acreedoras de una respuesta punitiva, son tal vez las cuestiones comunes a los delitos económicos de mayor trascendencia para la construcción de una teoría general del Derecho penal económico, aunque también, por supuesto, para la construcción de un sistema de su Parte Especial, como por lo demás apunta con razón *Martínez-Buján*. Esta posibilidad de abstracción de una teoría general, sin embargo, no es privativa de los delitos económicos, ya que lo mismo sucede en relación con cual-

quier otro grupo o familia de tipos integrantes de cualquier otro subsistema de la Parte Especial del Derecho penal, y del mismo modo se elaboran también, por ello, teorías generales, por ejemplo, para los delitos contra la vida, contra el patrimonio o contra la Administración pública. Ahora bien, estas «particulares teorías generales» no tienen otro cometido que el estudio de cuestiones comunes al grupo delictivo de que se trate en cada caso, que se plantean o emergen en el ámbito específico de la *Parte Especial*. El Derecho penal económico no muestra en esto ninguna peculiaridad que justifique una diferenciación tan pronunciada como la que se le otorga en comparación con otros sectores de la Parte Especial, y hasta el punto de entender necesaria respecto de él la construcción de una Parte General asimismo diferenciada.

Más allá de las cuestiones comunes que plantean los delitos económicos como específicas de la *Parte Especial*, y no obstante, parece ser cierto que un buen número de características comunes a los mismos o a su mayor parte remiten a principios y problemas generales o que corresponden a instituciones o instrumentos dogmáticos de la teoría de la imputación penal, es decir, de la Parte General del Derecho penal. Este sería el caso de problemas como los relativos, por ejemplo y entre otros muchos, a la legislación penal en blanco, copiosa en este ámbito como en ningún otro, a los elementos o conceptos normativos de los tipos, a los tipos de peligro abstracto, a la determinación del autor en general y, en particular, del autor por omisión, a la responsabilidad del representante, al tratamiento del error, o a la fundamentación de una responsabilidad auténticamente penal de las personas jurídicas. Ahora bien, considerados en sí mismos, sin embargo, ninguno de estos aspectos y problemas de Parte General se plantea como específico y peculiar en los delitos económicos. Por ello, un estudio separado y diferenciado de los mismos en relación con tales delitos, para configurar una Parte General del Derecho penal económico asimismo diferenciada, sólo podría justificarse si fuese cierto que, como sugiere una extendida opinión de la que participa *Martínez-Buján*, fuera necesario revisar y *corregir* por lo menos algunas de las instituciones dogmáticas generales mencionadas para su aplicación a los delitos económicos de un modo *desviado* en mayor o menor medida con respecto al que se sigue en los demás ámbitos del Derecho penal, cuando no crear *nuevas* figuras de imputación. Ejemplo de lo primero sería postular para los delitos económicos reglas diferentes a las generales en materia de error, y de lo segundo la institución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o de la figura de la responsabilidad de los órganos de la empresa por infracción de un deber de vigilancia, cuestiones a las que, como veremos, *Martínez-Buján* dedica una detallada atención en los capítulos correspondientes de su obra.

En mi opinión, sin embargo, debe rechazarse el postulado de una Parte General del Derecho penal económico cuyo objeto específico serían tanto unas supuestas *correcciones* o *desviaciones* de los instrumentos dogmáticos generales exigidas por unas —asimismo supuestas— dificultades de aplicación de los mismos a los delitos económicos, como ciertos *nuevos* criterios e instrumentos de imputación exigidos por idéntica razón. De entrada hay que decir ya que un postulado semejante está en contradicción con la premisa —correcta— de negar independencia y autonomía al Derecho *penal* económico. Por el contrario, el postulado de la integración en el llamado Derecho penal «nuclear» de aquellas infracciones económicas que —de acuerdo con los principios de subsidiariedad y *ultima ratio*— deban alcanzar el rango de *delito*, conlleva necesariamente la sujeción de las mismas a los principios y reglas de la imputación penal en toda su identidad, esto es, sin someter a los mismos a ningún tipo de corrección o de desviación, tal y como lo ha demostrado Gimbernat en relación con algunos problemas concretos del moderno Derecho penal económico¹ y como lo he reivindicado yo mismo con carácter general para todo el Derecho penal moderno². En este sentido, debe recordarse que los detractores de una criminalización en sentido estricto de las infracciones económicas apelan precisamente a supuestas necesidades de corrección y desviación de los principios y reglas generales de la imputación y de institución de nuevos instrumentos de imputación como argumentos fundamentales para negar carácter estrictamente penal a las infracciones económicas —incluso a las más graves— y para configurar con las mismas, en consecuencia, un ordenamiento sancionador *diferente* —y, por ello, independiente y autónomo— del llamado Derecho penal nuclear, ya sea en la forma de un «Derecho de intervención», como postula la Escuela de Frankfurt, ya sea en la de un Derecho penal en «segunda velocidad» sugerida por Silva Sánchez.

La razón fundamental que justifica la formación de un *corpus* diferenciado con el Derecho penal económico es una de contenidos esencialmente éticos, ideológicos y, en definitiva, políticos. La cuestión de la construcción de un Derecho penal económico es una que remite principalmente a la criminalización de *todas* aquellas formas y modalidades de conducta gravemente lesivas del orden social —y, por ello, alta-

¹ Véase GIMBERNAT, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 356 ss. 370.

² Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 155 ss.

mente reprobables desde el punto de vista ético-social— de quienes detentan y ejercen el poder económico. En este sentido, el Derecho penal económico ha de ser entendido en el momento histórico actual —en todo caso transitorio y a superar— como un particular *subsistema* de la Parte Especial del Derecho penal integrado básicamente por las más graves manifestaciones de lesividad social consistentes en la *utilización* y en la *adquisición* de la propiedad mediante el ejercicio del dominio de las instituciones y de los instrumentos públicos y privados de la vida económica. Puesto que este dominio es uno que de hecho monopolizan las capas sociales altas, el Derecho penal económico ha de ser entendido, tal y como lo define *Schünemann*, como el Derecho penal de las clases sociales media-alta y alta. Un estudio separado e individualizado del Derecho penal económico debe estar orientado, por consiguiente —y esto es a mi juicio lo único que puede justificarlo— a precisar y a definir en tipos de lo injusto singulares, de acuerdo con las exigencias del principio de legalidad, todas y cada una de las modalidades de conducta *materialmente criminales* de las clases sociales poderosas. En la construcción del subsistema (de Parte Especial) del Derecho penal económico —como reivindica con razón *Martínez-Buján*— deben observarse los principios político-criminales de protección subsidiaria de bienes jurídicos y de *ultima ratio* en idéntica medida que en cualquier otro sector del Derecho penal, del mismo modo que debe suceder con respecto a todos y cada uno de los demás principios y garantías exigidas por el Estado de Derecho. En este sentido, debe rechazarse la construcción de una Parte General específica del Derecho penal económico con correcciones, desviaciones o innovaciones respecto de los principios e instrumentos dogmáticos generales de la imputación jurídico-penal. En relación con las infracciones penales económicas elevadas al rango de delito, la teoría de la Parte General puede tener como tarea únicamente la de desarrollar criterios de *concreción* de los instrumentos dogmáticos generales, esto es, válidos en su actual configuración para *todo* el Derecho penal, con el fin de explicar y dotar de seguridad al proceso de su aplicación a las particulares circunstancias y contextos fácticos en que tiene lugar la actividad criminal en materia económica. O para decirlo con otros términos y de un modo claro: que los conceptos e instrumentos dogmáticos de la acción y de la omisión, de la causalidad, del dolo y de la imprudencia, del tipo, del error de tipo y de prohibición, de la autoría, etc. —o sea: toda la Parte General— con que se haga frente a los hechos delictivos económicos tienen que ser *idénticos* a los mismos que se aplican al homicidio, a las lesiones o a los daños.

II. En el capítulo segundo, aborda *Martínez-Buján* la cuestión de la delimitación conceptual de la categoría de los delitos socio-econó-

micos, advirtiendo ya desde el principio sobre la dificultad de alcanzar al respecto resultados precisos y seguros. A tal efecto, lleva a cabo una precisa e ilustrativa exposición de la sistemática de los principales ordenamientos de nuestro entorno y de los Proyectos españoles previos al CP 95 y a continuación, con base en las más significativas opiniones doctrinales sobre la cuestión, pasa a exponer los criterios y razones que a su juicio permitirían la identificación y delimitación de los delitos socio-económicos como una categoría homogénea y autónoma. Concluye este capítulo con una propuesta de clasificación y de sistematización de estos delitos, y con un estudio de la cuestión técnica relativa a si la regulación de las figuras delictivas debe llevarse a cabo en el Código penal o en leyes especiales.

Desde el principio, *Martínez-Buján* adopta el criterio del bien jurídico protegido como rector, fundamental y decisivo para delimitar la categoría conceptual de los delitos socioeconómicos, pero considera conveniente y útil tener en cuenta también otras perspectivas con carácter complementario. Sin perjuicio de reconocer que, de acuerdo con la opinión más extendida, haya que distinguir entre un Derecho penal económico en sentido estricto y uno en sentido amplio (pp. 33 ss.), el autor se decanta por un concepto amplio de delito socioeconómico como horizonte desde el que proceder a delimitar la categoría (p. 35). Los delitos contra el orden socio-económico constituyen para *Martínez-Buján* una categoría superior que englobaría, desde luego, a los delitos económicos en sentido estricto, es decir, a aquellas infracciones penales que afectan directamente a la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía, pero también a otras figuras delictivas que sólo en un sentido amplio podrían ser calificadas como delitos económicos. Nota distintiva mínima que ha de estar presente en una figura delictiva para poder ser integrada en la categoría de los delitos socioeconómicos (en sentido amplio) debe ser la afección del hecho, por lo menos de un modo potencial o mediato, al orden socioeconómico. En la concepción de *Martínez-Buján*, está implícita la idea de que el orden socioeconómico se comprende como un complejo de intereses socioeconómicos estrictamente *supraindividuales*, pues toda figura delictiva que consista en un hecho que no trascienda la dimensión puramente patrimonial individual, por mucho que se realice en un contexto económico, debe quedar excluida de la categoría del delito económico entendido incluso en un sentido amplio (pp. 59, 60, 66). Por esta razón, *Martínez-Buján* rechaza tesis como la propuesta por *Bottke*, a su juicio minoritarias, según las cuales habría que adscribir también al Derecho penal económico, por la vía del concepto amplio del mismo, a figuras delictivas tradicionales con tal que se lleven a cabo en conexión con el ejercicio de una actividad económica, empresarial

o en el ámbito de los negocios (pp. 33, 60 s.). De este modo, la categoría de los delitos contra el orden socioeconómico queda integrada para *Martínez-Buján*, por aquellas figuras delictivas que consistan en hechos que afectan *directamente* a un bien jurídico colectivo o supraindividual de contenido económico (delitos económicos en sentido estricto) y por aquellas infracciones que si bien tienen por objeto inmediato o directo de protección a un bien jurídico individual de contenido económico, no obstante se orientan asimismo a una protección de un bien jurídico *mediato* supraindividual del orden económico que constituye la razón o el motivo por el que el legislador ha decidido darles rango penal (delitos económicos en sentido amplio) (p. 59).

No obstante lo anterior, *Martínez-Buján* expone e invoca también otros criterios diferentes al del bien jurídico directa o mediatamente protegido como complementarios y coadyuvantes para la identificación de la categoría de los delitos contra el orden socioeconómico. Una nota definitoria de éstos, según el autor, sería que se trata de delitos que no pertenecen al núcleo tradicional del Derecho penal, razón por la cual se encuentran expuestos a objeciones de legitimidad desde el punto de vista de los principios y garantías penales liberales (pp. 62 s.). También la perspectiva *procesal* ofrece razones que avalan la conveniencia de dotar de autonomía a la categoría de los delitos socioeconómicos. Así, las serias dificultades de investigación, de prueba y de enjuiciamiento judicial que provoca la complejidad de los hechos hacen necesaria no sólo una especialización de los órganos de persecución penal sino también la introducción de normas procesales especiales para el enjuiciamiento de estos delitos, y, por otro lado, en los delitos económicos se plantea de un modo especialmente intenso el problema procesal de las cuestiones prejudiciales suspensivas y devolutivas (pp. 64 s.). De suma importancia considera *Martínez-Buján* a la perspectiva criminológica, es decir, a la que atiende a las características del autor, al *modus operandi* y a las dimensiones de los efectos perjudiciales de los hechos delictivos como aspectos peculiares de la delincuencia económica que deben ser tenidos en cuenta para pergeñar una adecuada política criminal en relación con los delitos económicos (pp. 66 s.). Por último, el dato de que los delitos económicos sean frecuentemente cometidos a través y/o en beneficio de una empresa constituye también un criterio relevante para la delimitación de la categoría aún a pesar de que no puedan identificarse completamente los conceptos de Derecho penal económico y de Derecho penal de la empresa (pp. 67 ss.).

Aunque comparto en sus líneas generales la caracterización conceptual de los delitos económicos en sentido estricto y amplio que propone *Martínez-Buján*, no obstante me parece oportuno formular algu-

nas observaciones y matizaciones a sus planteamientos, las cuales en ningún caso deben ser entendidas como discrepancias de fondo, pues éstas no existen, sino más bien como explicativas de algunas diferencias en el horizonte contemplado por mí para el Derecho penal económico como sector de la Parte Especial que reclama un estudio particular y diferenciado en el sentido y con el alcance expuestos más arriba. En concreto, me parece absolutamente cierto que en un sentido técnico sólo cabe atribuir la naturaleza de delitos económicos, como dice con razón *Martínez-Buján*, a aquéllas figuras delictivas que se orientan a la protección de bienes jurídicos económicos (en todo caso supraindividuales). Teniendo esto como cierto, pues, las cuestiones que no obstante deben plantearse a continuación son, en primer lugar, si el Derecho penal económico debe ceñirse exclusivamente a estos delitos o si, por el contrario, puede ser conveniente una ampliación de su horizonte a otras figuras delictivas que desde el punto de vista del bien jurídico protegido carecen evidentemente de la naturaleza de delitos contra el orden socioeconómico, y, en segundo lugar, cuál o cuáles han de ser los criterios que motiven semejante ampliación. Estas cuestiones deberían obtener una respuesta negativa a partir de un desarrollo consecuente del planteamiento y de las argumentaciones de *Martínez-Buján*. Pues en realidad, para él, el único criterio definitorio de la categoría del delito económico es el de la naturaleza del bien jurídico protegido, mientras que los demás criterios que examina no tienen en su discurso ninguna fuerza atractiva de materia al Derecho penal económico distinta de la predefinida a partir del criterio fundamental de la naturaleza del bien jurídico inmediata o mediatamente protegido. En el discurso de *Martínez-Buján*, estos otros criterios no tienen valor constitutivo y, por tanto, no delimitan la materia de la que debe ocuparse el Derecho penal económico. Si un hecho delictivo se ha realizado en el ejercicio de una actividad económica o empresarial, pero es uno que resulta subsumible únicamente en los tipos tradicionales contra el patrimonio individual o contra otros bienes jurídicos individuales y no afecta tampoco de modo mediato al orden económico, aquél debe quedar excluido del ámbito del Derecho penal económico.

En mi opinión, hay que renunciar a la pretensión de definir el delito económico, y el contenido del Derecho penal económico, mediante un único criterio de validez general, como por ejemplo el de la naturaleza del bien jurídico protegido. Si lo limitásemos a las transgresiones del orden jurídico económico en sentido estricto, entendido como aquella parte del orden económico dirigida e intervenida directamente por el Estado mediante la imposición coactiva de normas de planificación del comportamiento de los sujetos económicos, entonces, y como ya advirtiera con razón *Muñoz Conde*, el Derecho penal econó-

mico se reduciría prácticamente a los delitos contra la Hacienda pública, los monetarios, los de contrabando y los relativos a la determinación y formación de los precios. Pero entonces deberían quedar fuera de él hechos que, como por ejemplo las grandes quiebras, las estafas masivas, las diferentes formas de manifestación de los escándalos financieros, o, en general, la gran criminalidad empresarial contra los consumidores, son precisamente los que despiertan el mayor interés para la Criminología y para la Política criminal en el ámbito económico. Estos hechos se comprenden generalmente en figuras delictivas que, como la estafa, la apropiación indebida, las defraudaciones o las falsedades documentales, no pertenecen inicialmente al Derecho penal económico entendido incluso en el sentido amplio en que lo define *Martínez-Buján*, pues está fuera de duda que el que la realización de aquéllos tenga lugar en conexión con una actividad económica es, efectivamente, un dato ajeno y, por ello, indiferente para semejantes tipos. Por otro lado, muchos de los nuevos tipos delictivos, como por ejemplo los de estafa mediante procedimientos informáticos o similares, o el de administración desleal de un patrimonio ajeno, no son nada más que variantes de los tradicionales tipos de la estafa o de la apropiación indebida, que se han creado como subsidiarios de éstos para supuestos en que faltan o son difíciles de probar algunos de sus elementos característicos. No obstante, todos estos hechos deben ser integrados también en el Derecho penal económico si, como lo creo correcto, se formula un concepto amplio de éste que atraiga a su ámbito a todo hecho delictivo realizado en el contexto y práctica de una actividad económica (factor criminológico). En este sentido, me parece preferible y más conveniente la postura de *Bottke* que *Martínez-Buján* rechaza.

El bien jurídico, ciertamente, continúa siendo una referencia imprescindible del Derecho penal, y, sin duda, ha de serlo también en el ámbito particular del Derecho penal económico, pero el mismo ha dejado de ser ya un criterio decisivo, pues como han puesto de manifiesto las investigaciones más recientes, del concepto de bien jurídico apenas puede deducirse alguna conclusión con valor determinante para resolver la cuestión relativa a la intervención penal. El Derecho penal moderno introduce con frecuencia *nuevos* tipos delictivos que tienen una naturaleza patrimonial *únicamente* en razón del bien jurídico protegido, pero cuyo significado fundamental sólo puede verse en la realización del comportamiento correspondiente en un contexto generalmente económico y en el *modus operandi* típicamente económico del autor (desvalor de la acción), y esto debe ser ya suficiente, a mi juicio, para adscribirlos al Derecho penal económico. Por otro lado, es cierto que los tipos tradicionales contra el patrimonio no plantean particu-

lares problemas de legitimidad, pero esto no puede afirmarse precisamente respecto a los nuevos tipos patrimoniales característicos del Derecho penal moderno (económico), pues el que se configuren frecuentemente como modalidades técnicamente mutiladas de algunos de los elementos básicos de los tipos tradicionales —por ejemplo que se mutile del elemento del error a algunas nuevas modalidades de estafa— y, sobre todo, que se configuren como tipos de peligro abstracto para el patrimonio, son datos que, por un lado, inducen con frecuencia a la errónea creencia de que lo que realmente se protegería por los mismos sería —como en el caso de los genuinos tipos económicos— algún bien jurídico de naturaleza colectiva o universal, y, por otro lado, se pone en cuestión precisamente su legitimidad desde el punto de vista del principio de protección subsidiaria de bienes jurídicos o de otros principios relevantes para la decisión sobre la intervención penal. No obstante, los argumentos decisivos para la inclusión en el Derecho penal económico de los tipos tradicionales contra el patrimonio individual —y de sus nuevas modalidades mutiladas—, e incluso de hechos contra otros bienes jurídicos individuales, cuando se realizan en un contexto económico son los dos siguientes. En primer lugar, el contexto y el *modus operandi* de la realización del hecho, típicamente económicos, determinan la aparición, en idéntica forma, de la misma problemática relativa a las reglas e instrumentos dogmáticos tradicionales de la imputación jurídico-penal que plantean los delitos de naturaleza económica en sentido estricto por razón del bien jurídico específico protegido, como lo prueba de un modo particularmente claro la constelación de hechos relativos a la fabricación y comercialización de productos peligrosos, respecto a cuya inclusión en el ámbito del Derecho penal económico no puede haber la mínima duda, así como tampoco sobre que dicha constelación atrae a este sector del ordenamiento penal incluso a los tipos del homicidio y de las lesiones. Por otro lado, creo que debe tenerse en cuenta que más allá del estricto plano de la naturaleza de los tipos que se realicen en el curso de una actividad económica, podrían plantearse en relación con los mismos causas de justificación sustentadas en un sustrato fáctico puramente económico. Pero, en segundo lugar, creo, sobre todo, que para la delimitación del ámbito del Derecho penal económico es decisiva la perspectiva *procesal*. Aunque los hechos delictivos que se realizan en un contexto económico tengan la naturaleza *dogmática* correspondiente a tipos tradicionales, la complejidad que imprimen a los mismos tanto el contexto como el *modus operandi* de su realización se traduce finalmente en una complejidad de enjuiciamiento que requiere no sólo la introducción de normas procesales especiales sino, sobre todo —como ocurre ya en la mayor parte de los ordenamientos de nuestro

ámbito—, la especialización de los órganos judiciales para el enjuiciamiento de los hechos punibles relativos a la vida económica.

Según este planteamiento, pues, al criterio rector de la naturaleza del bien jurídico protegido, debe añadirse con el valor de criterio asimismo *rector* —y no sólo complementario— el de la comisión del hecho en el ejercicio de una actividad económica y empresarial para la inclusión de un hecho delictivo en el Derecho penal económico. De este modo la materia a la que debe extenderse el Derecho penal económico estará integrada por lo siguiente. En primer lugar, por los tipos penales económicos que se orientan a la protección específica de nuevos bienes jurídicos de la vida económica que suelen denominarse como *colectivos, universales* o, también, *supraindividuales*, algunos de los cuales tienen como portador al Estado mismo, como es el caso, por ejemplo, de los tributarios, que pertenecen al ámbito de la economía financiera pública o estatal, mientras que otros son bienes jurídicos cuya funcionalidad rebasa las esferas tanto de los intereses jurídicos individuales como de los genuinamente estatales, y que, por ello, hay que diferenciar de los tradicionales bienes jurídicos individuales y estatales; aquí se trata, de los objetos de protección que *Tiedemann* explica y denomina desde hace años como *bienes jurídicos intermedios*, como por ejemplo los relativos a la competencia, a los intereses de los consumidores, de los trabajadores, etc. En segundo lugar, y como hace la mejor y más cualificada doctrina, hay que incluir también en el Derecho penal económico los modernos tipos delictivos relativos a conductas que *Tiedemann* califica como de abuso de instrumentos del tráfico económico moderno, como la falsificación de balances, el abuso de cheques, de tarjetas de crédito o de equipos informáticos. Finalmente, hay que incluir en el Derecho penal económico también a los tipos contra el patrimonio tradicionales, o los de nueva creación para hacer frente a problemas de la sociedad moderna, y a otros de diferente naturaleza cuando se llevan a cabo en conexión con una actividad económica, como por ejemplo las falsedades documentales, e incluso el homicidio y las lesiones en los casos de responsabilidad penal por el producto.

III. Si la construcción de un Derecho penal económico se plantea como una cuestión ante todo del sistema de la Parte Especial, es decir, como una relativa a la criminalización y ordenación en un subsistema de tipos penales singulares, de conductas que tradicional e históricamente han estado excluidas de la justicia penal, de ahí resulta que el problema principal al que debe enfrentarse semejante tarea es uno de carácter fundamentalmente *político*. Dicho de otro modo: el problema fundamental del Derecho penal económico es uno relativo a la *legiti-*

midad de la intervención penal frente al comportamiento reproable en el ámbito económico. Si se parte, como aquí se hace, de que el Derecho penal económico no es ningún Derecho penal especial ni mucho menos excepcional, sino únicamente un sector particular de la Parte Especial del Derecho penal, entonces sólo será posible ver un consecuente respeto a esta idea inicial si se reconoce al mismo tiempo ante todo que para la atribución del rango de *delito* al comportamiento reproable en materia económica debe apelarse a los mismos e idénticos principios de criminalización que rigen para cualquier otro ámbito de las relaciones sociales. De lo contrario, la intervención penal deberá tacharse categóricamente de ilegítima. Por lo tanto, también los contenidos del Derecho penal económico deben ser fijados con el más estricto respeto de los principios y garantías jurídico-penales generales, en particular con el más estricto respeto a los límites que trazan los principios de subsidiariedad, de *ultima ratio* y de proporcionalidad. También el Derecho penal económico debe configurarse, pues, como un sistema de tipos penales orientados a la protección de bienes jurídicos concretos y específicos de acuerdo con el modelo del Derecho penal del hecho y del concepto material de delito. La determinación de los bienes jurídicos que deben ser objeto de protección por los tipos del Derecho penal económico y la de las formas y modos de agresión a los mismos frente a las que haya de arbitrarse la intervención penal son las cuestiones quizá más importantes y, a la vez, problemáticas del Derecho penal económico. *Martínez-Buján* desarrolla precisamente en el capítulo III de su obra un análisis detallado de semejantes cuestiones. Del discurso que lleva a cabo aquí me parecen dignas de comentario algunas cuestiones respecto de cuyo tratamiento me parece preferible adoptar puntos de vista diferentes —aunque no necesariamente incompatibles ni antagónicos— a los adoptados por el autor.

Me parece muy oportuna la aclaración relativa a la diferenciación entre bien jurídico mediato e inmediato con que *Martínez-Buján* comienza este capítulo, pues la misma es a menudo ignorada por la doctrina dominante y ello es determinante de erróneas interpretaciones de los tipos penales económicos. Distingue así el autor entre un bien jurídico inmediato, que sería el objeto técnicamente protegido por el tipo, y un bien jurídico mediato, que identifica con la *ratio legis* y que queda extramuros del ámbito de protección del tipo. El bien jurídico inmediato es el que dota plenamente de sentido y de contenido material al tipo de lo injusto, mientras que los efectos de la acción sobre el bien mediato son, en principio, irrelevantes para el tipo. No obstante, el bien mediato no carece de trascendencia, pues el mismo puede constituir no sólo una referencia político criminal para la creación o supresión de delitos y para la sistematización de grupos de delitos, sino tam-

bién un criterio o factor de medición de la pena en la medida en que la afección que produzca la acción típica sobre dicho bien mediato puede ser un dato que deba ser tenido en cuenta para la determinación de la «gravedad de lo injusto», es decir, de la «gravedad del hecho» a la que se refiere la regla 1.ª del art. 66 CP (pp. 91 s.). Evidentemente estoy de acuerdo en lo básico de esta atinada distinción que efectúa *Martínez-Buján*, pero al respecto quiero formular una observación y exponer una discrepancia. Es correcto que el bien jurídico mediato forma parte de la *ratio legis*, pero ésta no se identifica plenamente con él, ya que se trata de un concepto mucho más amplio en la medida en que los motivos de la incriminación pueden ser y a menudo son también otros que no consisten precisamente en la protección mediata de algún bien jurídico distinto al inmediato, como por ejemplo la preservación de objetivos de política general o de política criminal. No me parece acertada, en cambio, y discrepo abiertamente de la afirmación de que el bien jurídico inmediato —más concretamente su vulneración— sea un elemento del *tipo de lo injusto*, afirmación que hace *Martínez-Buján* como lo hace también una opinión muy extendida pero, a mi juicio, errónea. Si el bien jurídico protegido fuera un elemento del tipo, entonces, y como a continuación afirma el autor de un modo totalmente consecuente, la vulneración del bien jurídico debería ser abarcada por el dolo. Ahora bien, esta exigencia plantearía, entre otros problemas, no sólo la necesidad de construir una teoría del «error sobre el bien jurídico» que explique los casos en que el mismo debe ser relevante y excluir el dolo, sino que obligaría a reconocer que la *conciencia de lo injusto material* del hecho es un elemento del dolo. Por el contrario, creo que lo correcto es entender, como lo hace una doctrina que me parece más precisa, que el bien jurídico es en todo caso una referencia externa y antepuesta al tipo de lo injusto y que lo que sí pertenece a éste es el denominado «objeto material» en que encarna el bien jurídico y que representa a éste o a algunas de sus dimensiones.

A partir de la distinción mencionada entre el bien jurídico inmediato y el mediato ubicado en la *ratio legis*, procede *Martínez-Buján* a la indagación sobre el bien o los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales económicos y sobre los modos y técnicas de su protección penal como cuestiones decisivas para resolver sobre el problema de la legitimidad y de los límites del Derecho penal económico. Entiende el autor que el «orden económico» constituye en principio el bien jurídico general tutelado por el Derecho penal económico, al cual remiten en todo caso todos los tipos penales que lo integran, es decir, tanto los delitos económicos en sentido estricto como los tipos penales económicos en sentido amplio. En estos últimos se protegen de un modo inmediato y directo bienes jurídicos individuales y eventual-

mente supraindividuales de naturaleza no económica, pero el orden económico constituye siempre respecto de ellos el bien jurídico mediato ubicado en la *ratio legis*, y esto es precisamente lo que justifica su adscripción al Derecho penal económico en sentido amplio (p. 97). En cuanto a los delitos económicos en sentido estricto cabría pensar inicialmente que el orden económico tendría que ser, por el contrario, el bien jurídico inmediata o directamente tutelado, pero *Martínez-Buján* demuestra que no puede ser así, sino que también en estos delitos tiene que ser ubicado el orden económico en la *ratio legis* como bien jurídico mediato. Bienes jurídicos protegidos inmediatamente por los tipos económicos en sentido estricto pueden serlo sólo «*específicos y determinados* intereses jurídicos del Estado» que se muestren como *concreciones* del orden económico, pero no el orden económico mismo (pp. 97 s.). Este, sin embargo, sí debe desempeñar para estos delitos el papel de bien jurídico —de carácter colectivo, inmaterial e institucionalizado— mediatamente protegido (p. 98). Y así, por ejemplo, para *Martínez-Buján*, los delitos tributarios protegerían inmediatamente el patrimonio del Erario público, pero de acuerdo con su *ratio legis* se orientarían a una protección mediata del bien jurídico inmaterial del correcto funcionamiento del orden económico en el ámbito tributario, concretado en el adecuado cumplimiento de las funciones del tributo (pp. 99 s.). Desde el punto de vista del papel atribuido al concepto de orden económico, pues, ninguna diferencia habría entre los delitos económicos en sentido estricto y en sentido amplio: aquél es en ambos casos el bien jurídico mediatamente protegido.

Debe precisarse que el concepto de orden económico, sin embargo, no parece adecuado para identificarlo con un bien jurídico capaz de proporcionar rendimientos político criminales y dogmáticos. Del mismo modo que se afirma que la suma de todos los bienes jurídicos constituye el «orden social» creado y protegido por el Derecho (*Welzel*), se puede decir que el «orden económico», desde el punto de vista jurídico, es también una suma de bienes jurídicos singulares y específicos, en este caso de carácter económico en razón de sus respectivos substratos. Si *todo* delito económico afecta de un modo más o menos intenso al orden económico, del mismo modo que todo y cualquier hecho delictivo afecta al orden social, parece evidente que los contenidos materiales de los tipos penales económicos no pueden derivarse de conceptos como los de lesión o peligro del orden económico, pues estos implican una tautología o un pleonismo. *Martínez-Buján* no desconoce esta circunstancia, y por ello precisa acertadamente que, en realidad, el orden económico no es más que un concepto general superior que luego hay que concretar y subdividir en la pluralidad de bienes jurídicos específicos y determinados a que correspondan los distintos tipos

o grupos de tipos singulares del Derecho penal económico. De este modo, lo que aparece como bien jurídico mediato en la *ratio legis* de cada tipo o grupo de tipos penales económicos no es el orden económico como tal, sino más bien algún o algunos de los bienes jurídicos singulares y específicos en que cabe subdividir a aquél (pp. 97 s.).

Ahora bien, una vez hecha la anterior precisión, las cuestiones fundamentales que hay que abordar —todas ellas interrelacionadas— son las relativas al modo en que hay que poner en relación a los tipos de lo injusto, es decir, a la protección penal dispensada al bien jurídico inmediato, con el bien jurídico mediato, a las razones y motivos por los que debe construirse semejante relación, y por último, pero sobre todo, a las consecuencias que necesariamente tienen que derivarse de tal relación, y aquí, por cierto, no sólo a las que se pretenden alcanzar con la construcción de la relación, sino sobre todo a las que sin ser pretendidas se tienen que producir de un modo necesario. Sin perjuicio de reconocer el acierto y la solidez del tratamiento que hace *Martínez-Buján* de algunos aspectos concretos de los implicados en las cuestiones planteadas y de la clarificación de los mismos proporcionada por sus argumentaciones, tal vez sea éste el campo de problemas del Derecho penal económico en que mis puntos de vista se distancian más de los suyos. Puesto que un desarrollo adecuado de mis puntos de vista debería ser aquí necesariamente parcial y fragmentario, lo que conllevaría asimismo de un modo necesario una deficitaria argumentación sobre cuestiones tan trascendentes, me limitaré aquí a formular determinados interrogantes que me suscitan las construcciones de *Martínez-Buján* y que me parecen de difícil solución dentro de dichas construcciones.

Si he entendido bien el discurso de *Martínez-Buján*, la pronunciada necesidad que, a su juicio, habría en el Derecho penal económico de distinguir primero y luego de relacionar a un bien jurídico inmediato y a otro bien jurídico mediato, vendría exigida por razones de legitimación de la intervención penal en este ámbito. Por lo menos en relación con algunos delitos económicos en sentido estricto, se constataría, de acuerdo con algunas opiniones doctrinales, que los bienes jurídicos (del orden económico) que se querrían proteger tienen unas características tales que impiden o hacen sumamente difícil concebir la tipificación de una lesión e incluso de una puesta en peligro concreto de los mismos con relación a una conducta individual (p. 98). Una afectación de semejantes bienes jurídicos sólo podría resultar de la repetición y generalización de tal conducta. Además, incluso esta repetición generalizada de conductas individuales daría lugar en principio únicamente a un «peligro abstracto» para tales especies de bienes jurídicos.

cos (p. 99). Ahora bien, sin esto fuera así, entonces debería rechazarse como ilegítima la intervención penal ante semejantes conductas, pues las mismas carecerían de la necesaria lesividad. No obstante, *Martínez-Buján* ve posible superar esta dificultad mediante las teorías de los llamados «bienes jurídicos intermedios espiritualizados», sugerida por *Schünemann*, y de los llamados bienes jurídicos «con función representativa», atribuida a *Jakobs* por *Rodríguez Montañés*. Estos bienes jurídicos intermedios o con función representativa sí pueden ser lesionados o puestos en peligro concreto por la conducta individual. Hay que suponer, entonces, que es la lesión o el peligro concreto de estos bienes jurídicos lo que dota a la conducta típica del suficiente grado de lesividad y lo que en definitiva puede justificar y legitimar la intervención penal mediante la construcción de tipos en que el bien jurídico intermedio o con función representativa será el bien inmediatamente protegido —y con respecto al cual serán, por ello, de *lesión* o de *peligro concreto*— mientras que el bien jurídico que inicialmente se quiere proteger (uno supraindividual inmaterial o espiritualizado) porque aparece digno de tal protección penal, será el bien jurídico mediato ubicado en la *ratio legis* y con respecto al cual el tipo será uno de «peligro abstracto» (pp. 98 s.).

Una construcción como la expuesta, que por cierto se encuentra muy extendida en la doctrina española, es, sin duda, posible en el plano lógico y conceptual, en el cual además no veo como podría hacerse acreedora de objeciones. Fuera de dicho plano me parece rechazable en todo y por razones de muy diversa índole que aquí no puedo exponer de modo detallado. Me limitaré, por ello, a dejar planteados algunos interrogantes que precisarían de aclaración por los defensores de esta construcción para poder mantener su viabilidad. Lo primero que cabe observar es que, en realidad, una construcción semejante podría y de hecho puede hacerse operativa para cualquier delito, y por ello no puede verse en ella ningún instrumento especial y específico para un grupo determinado de delitos. Para comprobarlo bastará con poner en relación a cualquier bien jurídico inmediatamente protegido por cualquier tipo con algún concepto superior que necesariamente lo englobe para que aquél pueda ser visto como un bien representante de éste y el tipo en cuestión como uno de *peligro abstracto* con respecto al bien jurídico representado. Y así, por ejemplo, el bien jurídico de la vida humana puede ser pensado desde la perspectiva de la pretensión o expectativa de supervivencia de la especie humana —para *Schünemann* el bien jurídico más importante— y verlo, por consiguiente, como un bien jurídico representante de éste último, de tal modo, entonces, que el homicidio debería ser entendido como un delito de peligro abstracto para la supervivencia de la especie en la medida en que la

misma pudiera verse amenazada por una reiterada y generalizada comisión de homicidios singulares. Lo mismo podría hacerse en el caso de los delitos económicos en sentido amplio de acuerdo con la concepción de *Martínez-Buján*: los bienes jurídicos no económicos inmediatamente protegidos por tales tipos serían representantes del concreto bien económico ubicado en la *ratio legis* y dichos tipos tendrían siempre la doble estructura de tipos de lesión o de peligro concreto para el bien inmediato y de peligro abstracto para el bien económico mediató. Esta construcción de una relación entre bienes jurídicos representantes y representados —insisto en que conceptualmente la misma es posible—, no me parece, sin embargo, operativa ni útil. Por otro lado, una construcción semejante tiene que suscitar siempre la duda acerca de si aquello a lo que se atribuye la cualidad de bien jurídico intermedio o representante es realmente un bien jurídico o si, por el contrario, no es más que un objeto al que arbitrariamente y *ad hoc* se le atribuye tal condición de bien jurídico con el fin de sortear los supuestos problemas de legitimidad que plantea la asimismo supuesta carencia de lesividad de la conducta típica de que se trate en cada caso. Por todo ello, creo que los esfuerzos de la doctrina deben dirigirse a la identificación y definición de todos los bienes jurídicos económicos singulares que justifiquen ya por sí mismos la creación de tipos penales económicos que reciban de tales bienes sus contenidos de injusto material y, por tanto, su legitimidad. Por otro lado, debería tenerse en cuenta que la estructura dogmática de los tipos sólo puede determinarse en referencia a los bienes jurídicos de los que aquellos derivan sus contenidos materiales (los bienes inmediatos en la concepción de *Martínez-Buján*) y no en referencia a su *ratio legis*. No me parece acertado, por consiguiente, calificar y tratar como delitos de peligro abstracto a los delitos económicos que, de acuerdo con la construcción criticada y la doctrina que la defiende, tutelarían bienes jurídicos inmateriales, institucionalizados o espiritualizados por medio de una vinculación de la tipicidad a la *lesión* de supuestos bienes intermedios con función representativa (así, sin embargo, *Martínez-Buján*, p. 112). Si este último es el bien jurídico inmediatamente protegido por el tipo, entonces la estructura de éste no puede ser otra que la de un tipo de lesión.

La problemática de los bienes jurídicos u objetos de protección de los tipos del Derecho penal económico no se agota, sin embargo, con lo hasta aquí expuesto. Pues además de los bienes jurídicos individuales o supraindividuales de naturaleza no económica pero protegidos en razón de su conexión al orden económico o a alguna de las concreciones de éste y de los bienes jurídicos económicos en sentido estricto, parecen existir otras figuras delictivas en que el objeto de protección

no pertenece a ninguna de estas especies de bienes jurídicos. Se trata de tipos delictivos en que los bienes jurídicos protegidos no pueden ser incluidos ni en la esfera de los intereses jurídicos del *Estado* ni tampoco en la de los intereses de un sujeto económico individual que interviene en el tráfico económico. Estos bienes jurídicos tienen como sustrato a determinados intereses de carácter colectivo relacionados con la vida económica y han sido denominados por *Tiedemann* bienes jurídicos *intermedios*. Aunque *Martínez-Buján* contrasta la teoría de *Tiedemann* con determinadas críticas de que la misma ha sido objeto (pp. 101 s.) y aunque considera que el autor alemán otorga demasiada extensión a dicha categoría de bienes (pp. 103, 105), no obstante reconoce que algunas figuras delictivas no pueden explicarse correctamente sino a partir de un bien (colectivo) de dichas características. En el fondo, pues, acepta la tesis de *Tiedemann* y únicamente discrepa de la amplitud que éste último le otorga. Así, una pluralidad de delitos en los que *Tiedemann* ve un bien jurídico intermedio, como las insolvencias, los delitos societarios o los delitos contra la propiedad industrial, deben ser interpretados por el contrario, según *Martínez-Buján*, desde la perspectiva del patrimonio individual (p. 103). Esta es una cuestión, sin embargo, que sólo puede resolverse de un modo particular en relación con cada tipo o grupo de tipos. Puesto que en estos ámbitos es frecuente que la realidad fáctica se preste a una pluralidad de valoraciones simultáneas a consecuencia de las cuales se revela casi siempre la convergencia de intereses patrimoniales individuales y de intereses colectivos o supraindividuales, para adscribir la figura de delito de que se trate al Derecho penal económico de los bienes intermedios o al Derecho penal patrimonial será decisivo descubrir la dimensión —individual o colectiva— sobre la que recaiga la valoración plasmada en la voluntad de la ley de acuerdo con la teoría objetiva de la interpretación. En las figuras delictivas mencionadas por *Martínez-Buján* es cierto que en el contexto fáctico de los hechos punibles correspondientes estará siempre presente algún bien jurídico patrimonial individual, pero no es menos cierto que también lo estará algún otro de carácter colectivo, y en mi opinión, conforme con la de *Tiedemann*, debe ser éste último el que sea elevado a la categoría de bien jurídico inmediato en la terminología de *Martínez-Buján*, mientras que el bien individual debe quedar relegado a la *ratio legis*. En todo caso, decisivo es que *Martínez-Buján* reconoce la validez de la tesis de *Tiedemann* por lo menos para algunos tipos, como sería el caso, por ejemplo, de los delitos económicos contra los consumidores de los arts. 282 y 283 CP o del delito de uso de información privilegiada de los arts. 285 y 286 CP. El desarrollo y la aplicación que hace el autor de esta tesis, sin embargo, me suscita algunas dudas acerca de si su concepción es realmente coinci-

dente con la del autor alemán, y, por otro lado, debo advertir que la de éste es la que me parece esencialmente correcta y la que, por ello, asumo personalmente.

En la concepción de *Tiedemann* sobre los bienes intermedios, en cuya corrección quiero insistir, y en la mía particular que remite a ella, así como también en la de *Bustos*, lo verdaderamente esencial es la reivindicación de una protección penal realmente *autónoma* de los mismos. Estos bienes jurídicos resultan de la atribución de fuerza socialmente vinculante a la valoración positiva de determinados substratos que muy genéricamente podríamos definir como estados de orden de circunstancias y desarrollos conforme a un orden de procesos sociales puestos a disposición de una pluralidad anónima de personas o de grupos de personas e incluso de la totalidad de las personas integrantes de la sociedad para canalizar las relaciones y los contactos sociales en general, ya sean éstos en particular de tipo existencial, social, económico, institucional, etc. Puesto que los eventuales individuos que entren en contacto con aquéllos estados y procesos lo hacen exponiendo alguno o varios de sus bienes personales, por ejemplo, su vida, salud, libertad, patrimonio, etc., es evidente que la situación o estado de estos bienes personales, y sobre todo también las posibilidades de aprovechamiento de los mismos en cuanto instrumentos para el desarrollo de su personalidad, dependerán en una medida considerable de cuál sea el estado de aquéllos substratos colectivos con los que entren en contacto. Cuando las condiciones de seguridad en un determinado espacio de actividad laboral no se corresponden con el estado de circunstancias que, por diversos fundamentos, se estima adecuado, los trabajadores que entren en contacto con semejantes circunstancias verán expuestos sus bienes personales (vida, integridad, salud) a riesgos que no tienen por qué soportar, pero al mismo tiempo, en tales circunstancias, no podrán utilizar ni aprovechar sus bienes personales de un modo pleno y satisfactorio, como su libertad en el ámbito y actividad laborales sí, por ejemplo, se ven forzados por las circunstancias a llevar a cabo una actividad de autoprotección mediante la adopción de medidas de seguridad que debiera proporcionar sin ninguna duda el empresario.

Como puede verse —y en esto no cabe ni existe controversia— en la realidad fáctica los substratos de los bienes jurídicos colectivos intermedios están siempre funcionalizados de uno u otro modo al servicio de los bienes individuales, pues tanto los estados como las posibilidades de uso y aprovechamiento de éstos se encuentran condicionados por el estado de aquéllos. En la realidad fáctica, un menoscabo de los substratos colectivos intermedios trasciende *eo ipso* a bienes jurídicos

individuales. Siendo muy altamente probable —cuando no seguro— que una pluralidad *a priori* anónima e indefinida de individuos —por ejemplo, un número indeterminado de consumidores— entrará en algún momento en contacto real y material con el substrato colectivo que se encuentra en un estado de menoscabo —por ejemplo, con unas condiciones de comercialización y oferta de productos de consumo inadecuadas en mayor o menor medida—, no parece que pueda negarse que el estado de *lesión* del substrato colectivo conlleva *eo ipso* cuando menos un *peligro abstracto* para bienes individuales y, por cierto, no necesariamente para un único bien individual sino, como es por lo demás frecuente, para una pluralidad de ellos al mismo tiempo y además en relación con una masa de individuos.

Pues bien, si en supuestos como los explicados sucede que en la realidad fáctica y, por tanto, en la realidad *previa* a la decisión sobre la definición del tipo penal con que se pretenda hacerle frente, siempre aparecen ligados funcional y dinámicamente substratos de bienes colectivos con substratos de bienes individuales, la cuestión fundamental que debe resolverse a partir de esa realidad es la relativa a la parte o fragmento de la misma que debe ser seleccionado mediante la valoración jurídico penal específica que habrá de dar lugar, finalmente, a la constitución del tipo penal de que se trate, y, por ello, a la constitución de un injusto *específico* y diferenciado de otros. Se trata de una operación de la máxima importancia y trascendencia, pues ella es la que decide la cuestión fundamental del Derecho penal económico en el ámbito de que nos ocupamos, es decir, es la operación *determinante* de si el bien colectivo intermedio obtiene o no la *protección penal autónoma* reivindicada por la teoría estricta de los bienes jurídicos intermedios, o por la que yo, por razones que aquí no puedo exponer, denomino como «teoría de los bienes jurídicos condicionales», y la operación, por consiguiente, que decide acerca de la verdadera estructura del tipo penal resultante (de *lesión*, de *peligro concreto* o *abstracto*).

En mi opinión, una protección penal verdaderamente *autónoma* de los bienes jurídicos colectivos intermedios se lleva a cabo sólo si el tipo de lo injusto se configura exclusivamente a partir del bien jurídico intermedio, es decir, sólo si se fija a éste —en la terminología de *Martínez-Buján*— como el bien jurídico inmediata, directa o técnicamente protegido, y si los bienes jurídicos individuales que puedan estar funcionalmente ligados al substrato colectivo en la realidad fáctica previa al tipo se remiten a la *ratio legis* con todas las consecuencias, en particular con la consecuencia de que ninguna de las circunstancias atinentes a la *lesión* o al *peligro* de aquellos bienes individuales formará

parte del tipo de lo injusto que protege exclusivamente al bien colectivo intermedio. Por el contrario, estimo que habrá que negar radicalmente no sólo toda *autonomía* a la protección del bien intermedio, sino incluso que se le otorgue cualquier suerte de protección penal, si en el tipo se incluyen elementos relativos a los bienes individuales, por ejemplo, la exigencia del peligro abstracto de los mismos.

En el primer caso, es decir, cuando el bien jurídico intermedio se protege de un modo realmente autónomo, el tipo resultante es siempre uno de *lesión* (del bien intermedio) tal y como viene explicando acertadamente *Tiedemann* y como lo corroboran más recientemente *Schünemann* y *Hefendhel* al advertir, con razón, sobre que en relación con los bienes colectivos carece de sentido la distinción entre lesión y peligro. Sólo desde una referencia exclusiva a los bienes individuales a los que pueda estar funcionalmente conectado el substrato colectivo podría calificarse a estos tipos como de peligro abstracto. Este es, sin embargo, el grave error dogmático de una doctrina muy extendida que así lo hace, pues si todo lo relativo a los bienes individuales está *fuera del tipo*, si el peligro abstracto para los bienes individuales es una circunstancia que está *fuera del tipo* ¿cómo puede calificarse precisamente *al tipo* como uno de peligro abstracto?

Si se adscriben elementos relativos a la lesión o al peligro de los bienes individuales a un tipo con respecto al cual se ha afirmado inicialmente que protege un bien colectivo intermedio, entonces no sólo se priva totalmente de autonomía a la protección del bien colectivo, sino que, más allá de esto, este pretendido bien desaparece por completo, pues en tal caso su substrato no puede ser percibido ya como el propio de un *bien jurídico* sino sólo, más bien, como el cúmulo de circunstancias determinantes de la eventual *peligrosidad de la acción* para el o los bienes individuales que entren en consideración en ese contexto. Y así, por ejemplo, si se considera que el peligro para la vida o salud de los trabajadores es un elemento de lo injusto *específico* y, por ello, del *tipo* del art. 316 CP, entonces las «condiciones de seguridad e higiene en el trabajo» no podrán ser ya percibidas y comprendidas como el substrato de un bien jurídico colectivo intermedio con pretensiones de protección, sino que únicamente podrán ser percibidas y comprendidas como el cúmulo de circunstancias en que bajo determinadas condiciones podrá fundamentarse la peligrosidad de la acción —o de la situación típica en el caso de la omisión— *para* el o los bienes jurídicos *individuales* implicados. De este modo, sin embargo, el tipo en cuestión ya no puede ser caracterizado en absoluto como uno del Derecho penal económico *en razón del* bien jurídico protegido, sino como uno —eso sí, de peligro— relativo a los bienes individuales que

en rigor sólo podrá ser incorporado y quedar adscrito al particular subsistema de tipos que protejan los bienes individuales correspondientes (delitos contra la vida, contra la integridad física y la salud, etc.). Cuestión diferente que, sin embargo, no resuelve nada sobre la determinación de lo injusto específico del tipo de que se trate en cada caso, es que el mismo pueda ser adscrito al Derecho penal económico por alguna razón diferente a la de la naturaleza del bien jurídico protegido, por ejemplo porque se trate de un tipo realizable o realizado efectivamente en el curso de una actividad económico y/o empresarial para quienes acepten la validez de éste criterio para la adscripción de hechos delictivos al Derecho penal económico. Por otro lado, debe advertirse que estas construcciones de los tipos de lo injusto que tienen como significado fundamental la privación de una protección penal autónoma de los bienes colectivos intermedios constituyen precisamente el exponente dogmático más fiel de los planteamientos de la Escuela de Frankfurt y del discurso crítico contra la expansión del Derecho penal y, por ello, la plasmación legal de los instrumentos adecuados para, por una parte, la conservación del prístino programa político-criminal liberal que aquéllos defienden, y por otra, para reforzar a la vez eficazmente la resistencia a la modernización del Derecho penal. Pues nada distinto a lo explicado puede verse en la exigencia de los penalistas de Frankfurt y de quienes les siguen, de condicionar absolutamente la intervención penal en estos contextos colectivos a la constatación de una real afección de bienes individuales de acuerdo con la llamada teoría personal del bien jurídico que defienden, la cual, por lo dicho, bloquea ya toda posibilidad de formulación de tipos penales que no estén orientados exclusivamente a bienes estrictamente individuales.

Antes de proceder al contraste del discurso de *Martínez-Buján* con el que acabo de exponer como mío propio en relación con este importante ámbito del Derecho penal económico, me parece necesario hacer algunas aclaraciones, sobre todo para evitar malentendidos. Ante todo, tiene que quedar patente desde ya mismo, que del estudio tanto de la obra a la que aquí dedico mi atención, como también de la multitud de rigurosas y valiosas publicaciones que ha realizado *Martínez-Buján* sobre temas del Derecho penal económico, no puede resultar ni la más mínima duda acerca del posicionamiento del autor y de sus aportaciones científicas en un polo opuesto al discurso que he denominado como de resistencia a la modernización y expansión del Derecho penal, elaborado y promovido por los penalistas de Frankfurt y seguido en sus aspectos fundamentales por un importante sector de la doctrina española. Muy por el contrario, es de justicia reconocer que la obra científica de *Martínez-Buján* en esta materia constituye un hito en el proceso de modernización del Derecho penal. Es más, desde mi perspectiva

de defensor y agente radical del discurso de modernización del Derecho penal, aún debo decir en este sentido que más recientemente *Martínez-Buján* ha vuelto a fijar un nuevo hito para la modernización del Derecho penal en el extraordinariamente clarificador y constructivo artículo con el que ha contribuido al libro homenaje a mi maestro *Cerezo*, en el cual *Martínez-Buján* ha formulado y desarrollado contra el discurso de resistencia argumentos, a mi juicio, tan contundentes como letales para el mismo, y que, por supuesto, asumo y comparto sin ninguna reserva en lo fundamental³.

Teniendo en cuenta, pues, la aclaración precedente, objeto de las observaciones que aquí quiero hacer sobre la tesis de *Martínez-Buján* relativas a la protección penal de bienes intermedios (colectivos, supraindividuales) mediante tipos del Derecho penal económico, no es otro que el de dejar planteadas algunas dudas que me suscitan sus construcciones conceptuales y dogmáticas en el sentido de que en éstas, según como se comprendan, pudiera detectarse en alguna medida una cierta contaminación por elementos propios del discurso de resistencia a la modernización del Derecho penal. A este respecto, debo recordar que, como he explicado hace un instante, considero que independientemente de cuál sea el propósito y la pretensión del sujeto del discurso, objetivamente, y desde el punto de vista de la materialidad del discurso, sin embargo, únicamente merecen ser adscritas al discurso de modernización del Derecho penal las construcciones orientadas fundamentalmente a lograr una protección penal verdaderamente *autónoma* de los bienes jurídicos colectivos intermedios —cuya legitimación, por lo demás y por cierto, deriva inequívocamente, bajo ciertas condiciones, del mandato del art. 9.2 CE—, mientras que aquellas otras que —se pretenda o no— los privan de aquella protección autónoma tienen que ser entendidas por eso sólo como propias del discurso de resistencia a la modernización.

Pues bien, en el discurso de *Martínez-Buján* cabe observar, en principio, que, en lo fundamental, es prácticamente coincidente con el modelo que anteriormente he definido, todo lo relativo a la *descripción* de la realidad previa constituida por la implicación de bienes individuales en contextos colectivos o supraindividuales y sobre la cual habrán de proyectarse los tipos penales económicos correspondientes

³ Véase MARTÍNEZ-BUJÁN, «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)», en Díez/ROMEO/GRACIA/HIGUERA (eds.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 395 ss., especialmente pp. 408 ss.

que se formulen. El autor, en efecto, descubre que, en la realidad, en los contextos colectivos o supraindividuales aparecen siempre implicados bienes jurídicos individuales y que aquéllos contextos están siempre referidos, en definitiva y en última instancia, a bienes individuales. Así, el interés colectivo de los consumidores en el orden del mercado estaría ineludiblemente referido de un modo más o menos inmediato a genuinos bienes individuales como el patrimonio o la libertad de disposición o de decisión de las personas e incluso a la salud personal (pp. 104 s.). Esto es absolutamente correcto en el plano puramente descriptivo de la realidad, pero lo realmente decisivo y trascendente en el plano de la valoración y de la construcción jurídica, esto es, político-criminal, conceptual, dogmática, es si lo injusto material específico de las conductas que tienen lugar en esa realidad, y que debe ser acotado por los correspondientes tipos, se define en referencia a los efectos de la conducta sobre el substrato colectivo o en referencia, por el contrario, a los bienes individuales. Dicho de otro modo, la cuestión fundamental que hay que resolver es si las circunstancias del hecho relativas a los posibles efectos de la conducta sobre los bienes individuales son incorporadas al tipo de lo injusto o si quedan relegadas a la *ratio legis*, pues de acuerdo con lo que he expuesto, sólo en este último caso podrá entenderse que el tipo dispensa una protección verdaderamente *autónoma* al bien jurídico colectivo intermedio. Y si bien no puede decirse que ésta cuestión fundamental esté resuelta en la construcción de *Martínez-Buján* de un modo inequívoco en uno u otro sentido, en el fondo sí parece ser una construcción en virtud de la cual, a mi juicio, los bienes colectivos se ven privados de toda protección penal *autónoma*. Pues si bien *Martínez-Buján* afirma en algún lugar de su exposición que «existen autónomamente, a su vez, auténticos intereses jurídicos supraindividuales de carácter social general, que resultan ya directamente tutelados en sentido técnico sin necesidad de efectuar ulteriores matizaciones» (p. 106), y que «no resulta admisible ...negarle sustantividad y autonomía» al bien jurídico colectivo de los intereses de los consumidores en el orden del mercado (p. 105), en otros lugares de dicha exposición realiza afirmaciones que ya no parecen compatibles con esta autonomía. Y así, a renglón seguido de la última afirmación citada, considera en relación con aquél bien jurídico colectivo, por el contrario, que el mismo «no puede legitimar *por sí mismo* la intervención del Derecho penal» (p. 105), afirmación que, en mi opinión, sin duda, conlleva la negación de una protección penal autónoma al bien colectivo —como sostiene además de un modo expreso en p. 112: «no se tutela como un bien jurídico autónomo o propio»— y que se ve reforzada por algunas otras, como sobre todo por la relativa a la necesidad y exigencia —de acuerdo con los planteamientos de

Kindhäuser— «de incorporar al *tipo* aquellos elementos que, en su caso, resulten imprescindibles para denotar la susodicha injerencia (en la esfera de libertad jurídicamente garantizada de un tercero)» (p. 106 y, además, pp. 114 ss.), y, ya en el plano de la construcción conceptual y dogmática, por la configuración que hace de estos tipos como de *peligro abstracto*, configuración que únicamente puede verse como una consecuente si lo injusto específico del hecho y, en definitiva, el *tipo* se construye a partir de y en referencia a los bienes jurídicos individuales, toda vez que si aquél recibiera su contenido material del bien colectivo tendría que ser configurado, sin duda, como un tipo de *lesión* del bien colectivo, tal como propone la teoría pura de la protección penal *autónoma* de los bienes jurídicos colectivos intermedios.

Es cierto que *Martínez-Buján* reconoce que en estos delitos el tipo de lo injusto también comprendería la *lesión* del bien colectivo (pp. 105, 112), pero esto, a mi juicio, no añade a lo injusto específico ninguna característica relevante que trascienda a la del peligro abstracto para los bienes individuales, y de ese modo, por otro lado, parece que lo más consecuente es adscribir los tipos en cuestión a los subsistemas de tipos correspondientes a los bienes jurídicos individuales que, en el fondo, constituyen el centro de gravedad de lo injusto específico. Así lo confirma, a mi juicio, el dato de que en la construcción de *Martínez-Buján* la *lesión* del bien colectivo no sea realmente el efecto *directo* de la conducta, sino sólo un efecto *resultante eo ipso*, es decir, *indefectiblemente* (p. 105) del peligro abstracto para los bienes jurídicos individuales (p. 112). No me parece convincente, por otro lado, la caracterización que hace *Martínez-Buján*, siguiendo a *Rodríguez Montañés*, de los supuestos bienes colectivos como «meras abstracciones conceptuales» de sumas o conjuntos de los bienes individuales de colectividades difusas (p. 105), caracterización que a mi juicio está en la base de la construcción de los tipos como de peligro abstracto para estos bienes y no, realmente, como *exclusivamente* de lesión para el bien colectivo. Me parece discutible que un concepto como el mencionado sea apropiado para identificar y describir auténticos bienes jurídicos colectivos y en todo caso, creo que los esfuerzos de la moderna Ciencia penal deberían estar orientados al descubrimiento y definición de aquellos substratos *materiales* —sean corporales o incorporales— susceptibles y aptos de valoración como bienes jurídicos colectivos merecedores de una protección penal *autónoma* por los tipos del Derecho penal económico.

IV. De acuerdo con las premisas de las que parte *Martínez-Buján* en lo que concierne a las razones que justifican un estudio separado y relativamente independiente del Derecho penal económico, dedica los

capítulos IV a VI de su Parte General al análisis de aquellas cuestiones fundamentales de la teoría del delito respecto de las cuales podría ser necesario introducir matizaciones, correcciones o desviaciones cuando se trata de operar con las mismas en el campo del Derecho penal económico y explica en concreto cuáles son y por qué se justificarían tales correcciones. En cuanto a la delimitación conceptual de la legislación penal en blanco y de las leyes penales con elementos normativos del tipo y con cláusulas de autorización y al tratamiento que hay que dar a los problemas de retroactividad que plantean dichas leyes penales, considera el autor que hay que relativizar la distinción entre tales conceptos y que el criterio decisivo para la aplicación retroactiva en el caso de que las modificaciones de la normativa extrapenal supongan una mayor benignidad es el de la falta de necesidad de pena (pp. 120 ss.). En materia de causalidad, aunque parece entender que en el campo del Derecho penal económico podrían existir particularidades en relación con los tradicionales delitos de lesión, como es el caso del homicidio o de las lesiones, no entra en el tratamiento de tales particularidades porque el ámbito por excelencia en que se plantean las mismas es el de la llamada responsabilidad penal por el producto, y este ámbito, para él, está excluido del Derecho penal económico (pp. 130 s.). Respecto de la imputación objetiva, considera —y esto lo comparto plenamente— que no es posible formular ninguna teoría general porque los distintos problemas que emergen en este campo sólo pueden resolverse en relación con cada tipo o grupo de tipos en la Parte Especial, pero entiende que el criterio del riesgo permitido, que ha de fijarse como resultado de una ponderación de intereses, está llamado a desempeñar un papel y un rendimiento especialmente significativos para la determinación del sentido y del contenido de los tipos del Derecho penal económico, aunque eventualmente también en el ámbito de las causas de justificación (pp. 131 ss.). Finalmente y en lo que respecta al tipo objetivo, examina en detalle la cuestión relativa a la naturaleza jurídica —elementos del tipo o meras condiciones objetivas de punibilidad— de los límites cuantitativos en los delitos económicos, razonando su posición favorable —que comparto— a entenderlos como elementos del tipo (pp. 141 ss.).

En relación con el tipo subjetivo, *Martínez-Buján* analiza problemas como los relativos a la incriminación de la imprudencia en el Derecho penal económico, al dolo eventual y a los elementos subjetivos de lo injusto. En lo que respecta al primer problema, el autor adopta una posición restrictiva, y considera que el criterio básico —aunque no decisivo ni determinante— que hay que tener en cuenta para la decisión de criminalizar la imprudencia debe ser, de acuerdo con lo propuesto por *Tiedemann*, el de la existencia de un deber especial (inten-

sificado) de diligencia para el autor (pp. 162 s.). En lo que respecta al problema del dolo, y en particular al dolo eventual, *Martínez-Buján* asume, en línea con la concepción de *Vives Antón*, una concepción *cognitiva* del mismo que prescinde del elemento volitivo del mismo, y considera que dicha concepción es especialmente conveniente en el ámbito del Derecho penal económico. Aquí, el objeto del dolo estará constituido en la mayor parte de las ocasiones por complejos normativos extrapenales y para la afirmación del dolo debe bastar con la comprobación de que el autor sea «un operador de la vida económica que dominaba las técnicas del sector de actividad de que se trate y del que además quepa asegurar que, normativamente, conocía el peligro cualificado de que en el caso concreto se produjese la vulneración del bien jurídico». En consecuencia, es irrelevante acreditar el «hecho psíquico» de que el autor «se había efectivamente representado o previsto la producción del resultado antijurídico y que la había asumido» (pp. 167 ss., especialmente p. 169).

Por lo que respecta al error, *Martínez-Buján* llama la atención sobre la frecuencia con que podrán plantearse supuestos de error en el ámbito del Derecho penal y sobre la gran trascendencia que tiene aquí la distinción entre error de tipo y error de prohibición, para finalmente plantear la cuestión de si en el Derecho penal económico, tal y como preconiza un importante sector de la doctrina, puede ser conveniente acoger soluciones diferentes a las generales, y en particular soluciones alejadas de la teoría de la culpabilidad y, por consiguiente, más próxima a la teoría del dolo en el caso de que se parta de la premisa de que aquélla primera teoría es la que rige con carácter general. En su opinión, se trataría de flexibilizar y, en definitiva, de suavizar para el Derecho penal económico la rigidez y la severidad que parecen ser substanciales a la teoría de la culpabilidad (pp. 181 s.). Para llegar a esta flexibilización, considera *Martínez-Buján* que, por un lado, podría asumirse —si bien de *lege ferenda*— la tesis defendida en nuestra doctrina por *Bajo/Suárez*, en el sentido de estimar que todo error sobre elementos normativos del tipo debería ser calificado siempre como invencible, pero que el mismo resultado puede alcanzarse, en este caso además de *lege lata*, si se postula que el error sobre tales elementos normativos de tipo jurídico debe ser considerado siempre como error de tipo y nunca como error de prohibición (pp. 182 y 183). Y esta, precisamente, es la tesis que finalmente adopta y fundamenta mediante la exposición que lleva a cabo de la polémica existente en la doctrina —fundamentalmente en la alemana— acerca de la naturaleza jurídica del error sobre el deber jurídico (tributario) en los delitos tributarios (pp. 183 ss.), si bien considera que, de todos modos, la cuestión, aunque generalizable a un buen número de elementos normativos de los tipos,

debe resolverse en última instancia dentro de cada figura delictiva particular (p. 188).

La exposición y el tratamiento de todas estas cuestiones por *Martínez-Buján*, así como la fundamentación de sus propias tomas de posición ante cada una de ellas, están cargadas, sin duda, como lo está el resto de la obra, de brillantes, detalladas y rigurosas argumentaciones que en relación con algunos temas no dudo en suscribir. En algunos otros, en cambio, no puedo compartir las tesis de *Martínez-Buján*, ya sea porque discrepo abiertamente de sus posiciones, ya sea porque me parecen, al menos, discutibles. Sin embargo, no puedo detenerme aquí en ningún desarrollo pormenorizado de estas cuestiones, pues ello desbordaría sin duda el marco de una reseña a una obra muy específica. Y es que la mayor parte de las cuestiones en cuyo tratamiento jurídico penal no estoy de acuerdo con el autor, remiten realmente a problemas dogmáticos estructurales de carácter general que en modo alguno pueden entenderse como específicos del Derecho penal económico. Así sucede con cuestiones como las relativas a la relevancia y a la función del criterio del riesgo permitido —que yo rechazo con carácter general como criterio de imputación objetiva en los delitos dolosos—, y con los conceptos *cognitivos* del dolo, que rechazo asimismo con carácter general. En lo que respecta a la importante cuestión del error, y frente a lo que parece ser la postura de *Martínez-Buján*, creo que deben distinguirse dos planos o momentos diferentes de la discusión acerca del tratamiento del problema y de la fundamentación de las soluciones. Un primer plano —no necesariamente en el orden lógico— debe estar constituido por la determinación y definición del marco o del modelo general dentro del cual debe otorgarse un tratamiento determinado al error de prohibición, es decir, si este ha de ser el propio de la teoría del dolo, el de la teoría de la culpabilidad o cualquier otro. Ahora bien, una vez adoptado un modelo de los posibles sobre la base de las razones que se hayan considerado decisivas, creo que ese modelo debe ser válido ya para todo el Derecho penal, de modo que no puedan admitirse excepciones, correcciones o desviaciones para el ámbito particular de los delitos económicos. También en el Derecho penal económico, pues, debe operarse a este respecto con la teoría de la culpabilidad pura. Diferente es, sin embargo, la cuestión de si un elemento determinado de una figura delictiva determinada —por ejemplo el deber jurídico-tributario en los delitos tributarios— tiene la naturaleza estricta de un elemento del tipo —en cuyo caso, el error sobre el mismo será uno de tipo— o un elemento de la antijuricidad, en cuyo caso la calificación del error sobre el mismo como error de prohibición no podrá admitir ninguna duda y deberá resolverse conforme a las reglas del modelo general previamente adoptado para el tratamiento de esta

clase de error. Pero entonces, debe observarse que la cuestión verdaderamente problemática aquí no es una relativa a llevar a cabo corrección o desviación alguna de las reglas generales del error para el ámbito específico del Derecho penal económico, sino más bien una relativa a la determinación de la naturaleza dogmática de un elemento de la figura de delito de que se trate para otorgarle el tratamiento que corresponde a dicha naturaleza dentro de un modelo general previamente establecido. Por mi parte, y si bien no voy a detenerme aquí en la fundamentación de la solución, entiendo que el error sobre el deber jurídico (tributario) en los delitos tributarios, es, de acuerdo con la tesis de *Maiwald* expuesta por *Martínez-Buján*, error de prohibición.

Con carácter general, pues, y como ya dije al inicio de esta recensión, estimo que no sólo no está justificado sino que tampoco es necesario introducir correcciones ni desviaciones en las instituciones dogmáticas básicas de la teoría del delito para hacer frente a los hechos punibles del Derecho penal económico. Tampoco lo está en el ámbito de la determinación de los sujetos responsables, es decir, de las reglas de autoría y participación, al cual dedica *Martínez-Buján* un completo y detallado capítulo en su Manual, el VII, y el cual constituye, sin duda, tal vez la materia más problemática de la Parte General en su proyección a los delitos económicos y, en particular, a los que se llevan a cabo —por cierto, la gran mayoría— en relación o a partir de la realización de una actividad empresarial.

V. *Martínez-Buján* dedica, en efecto, el amplio capítulo VII de su Parte General al estudio detallado de los problemas fundamentales relativos a la autoría y a la participación en los delitos del Derecho penal económico. Tras advertir, sin duda con razón, que este es tal vez el ámbito en que se plantean con mayor intensidad problemas particulares de Derecho penal económico, considera también que es aquí también donde se plantea la mayor necesidad de matizar las reglas generales de la imputación e incluso de recurrir a la creación de nuevos principios. En particular, advierte a este respecto que incluso en algunas figuras de delito vigentes, como el blanqueo de capitales (art. 301 CP), los delitos laborales (arts. 313 y 318 CP) o en los delitos societarios (art. 292 CP), parecen haberse introducido ya reglas de imputación que se desvían de las generales en el sentido de que se aproximarían al concepto unitario de autor (p. 193). No obstante, la problemática específica y particular que emerge en este ámbito se debe al hecho de que la mayor parte de los delitos económicos son cometidos a través de una empresa, y aquí, como ha puesto de relieve un importante sector de la doctrina, la forma de actuación es la expresión de principios organizativos como el de la división del trabajo y el de

jerarquía, los cuales provocan a menudo una escisión entre los sujetos de la decisión criminal y los de su ejecución inmediata (pp. 193 s.). A todo ello hay que añadir como un problema adicional y superpuesto el que se plantea a partir del dato de que la mayor parte de los delitos económicos son especiales en el sentido de que el tipo requiere la concurrencia de determinadas características personales en el autor y como las empresas despliegan su actividad generalmente en la forma de sociedades mercantiles, esto da lugar a que las personas físicas que llevan a cabo materialmente la conducta delictiva carezcan de aquella cualidad (p. 195). Todo este complejo de circunstancias motiva el que haya que abordar como problemas específicos de autoría y participación en los delitos económicos, los relativos a la responsabilidad de los órganos de la empresa por la comisión de delitos comunes, en particular, los concernientes a la autoría por omisión y, como cuestión más específica ligada a ésta, la de la autoría de aquéllos por la infracción de un deber de vigilancia, la responsabilidad de los órganos por delitos especiales y, finalmente, la posibilidad de establecer sanciones contra la propia empresa.

Martínez-Buján analiza y desarrolla en detalle la cuestión de la responsabilidad por omisión de los órganos de la empresa por los hechos cometidos por sus subordinados, cuestión que él plantea al parecer en exclusiva para el ámbito de los delitos comunes (pp. 196 ss.), pero que sin embargo, se debe extender y resolver en idénticos términos para el de los delitos especiales, pues en éstos la figura de la responsabilidad del representante resuelve un problema añadido y superpuesto al previo de la determinación de la autoría —por acción o por omisión— conforme a las reglas generales, a no ser que los mismos se entiendan como delitos de infracción del deber conforme a una extendida doctrina que, sin embargo, me parece rechazable y que tampoco parece asumir *Martínez-Buján*. Cuando en el seno de una organización empresarial, el hecho es cometido por un sujeto jerárquicamente subordinado y éste no es plenamente responsable en virtud de que concurra en él algún fundamento de exclusión de la responsabilidad —error, causas de justificación o de inexigibilidad—, considera *Martínez-Buján* que el superior jerárquico podrá ser imputado generalmente como autor mediato, dado que en tales casos concurrirán en el subordinado las características de un verdadero instrumento (pp. 199 s.). Una afirmación con la que no puedo estar sino plenamente de acuerdo.

La cuestión verdaderamente problemática se plantea, sin embargo, en los casos en que el hecho ha sido cometido por un subordinado que es plenamente responsable. En estos casos, podría recurrirse a la figura de la autoría mediata por dominio de un aparato de poder organi-

zado o del autor detrás del autor, formulada por *Roxin*, pero *Martínez-Buján* no se decanta por esta solución al advertir de la controversia doctrinal existente sobre dicha figura (p. 200). Por ello, considera que la vía de solución a este problema, es decir, para fundamentar una autoría de los superiores jerárquicos —necesaria en razón de lo insatisfactorio que resultaría imputarles únicamente como partícipes— podría estar, como sugiere un importante sector de la doctrina alemana y española, en la estructura de la comisión por omisión. A este respecto, *Martínez-Buján* expone en primer lugar, de un modo rigurosamente preciso y acertado, los aspectos esenciales de la proyección específica al ámbito de las organizaciones empresariales de la teoría del dominio sobre la causa del resultado de *Schünemann*, que éste entiende como fundamento de la posición de garante —a la que a su vez entiende en un sentido radicalmente distinto a como lo hace la doctrina dominante— y como criterio de la identidad estructural lógico-objetiva entre la acción y la omisión, pero también parece entender, en consonancia con otro sector de la doctrina, que el criterio del dominio no es suficiente y que es preciso complementarlo o combinarlo con el funcionalista de la conexión entre el hecho delictivo realizado y el ejercicio de las facultades individuales de autoorganización fijadas y delimitadas, en opinión de *Lascurain*, por el acto previo de «aceptación de funciones de seguridad». Si entiendo bien la postura de *Martínez-Buján*, pues, una responsabilidad por omisión del superior jerárquico por hechos delictivos realizados por sus subordinados en la empresa podría fundamentarse cuando el riesgo de comisión del hecho delictivo por el subordinado haya sido generado directamente por la propia actuación del directivo, por ejemplo, porque ha designado para ese puesto a esa persona, o porque luego no controla la actuación de ésta, en ejercicio de su libertad y de su poder de organización (p. 206) y cuando ese riesgo se derive de personas que carecen de un margen de autonomía en el seno de la empresa y que pertenecen a la esfera de organización del superior jerárquico en cuestión (p. 206).

No creo que tuviera un mínimo de sentido confrontar aquí la postura de *Martínez-Buján* con la mía propia para mostrar mi discrepancia de la misma la misma. Como es bien sabido, en mi concepción general del tipo de comisión por omisión no hay lugar alguno para la posición de garante, por lo que es evidente que no puedo coincidir en la fundamentación de las soluciones que defiende y en algunos casos tampoco en los resultados. Me limitaré aquí, por ello, únicamente a manifestar mi escepticismo acerca de la viabilidad y operatividad de la combinación o complementariedad de la teoría del dominio de *Schünemann* con el criterio funcionalista de la aceptación de funciones de seguridad. Y al respecto me limito a decir que éste último criterio, a

mi juicio, difícilmente podría añadir algo nuevo al del dominio. Pues no debe olvidarse que en la concepción de *Schünemann* —que comparto y asumo en sus aspectos fundamentales, con la particularidad de que yo evito hablar de posiciones de garante— el dominio sobre la causa del resultado capaz de fundamentar la identidad entre acción y omisión tiene que ser uno necesariamente *actual* y que, en consecuencia, no puede bastar con uno meramente potencial. Ahora bien, en mi concepción, como en la de *Schünemann*, la aceptación o la asunción de un control del ámbito de riesgo de que se trate en cada caso —si se quiere, la «aceptación de funciones de seguridad»— constituye un requisito necesario y una condición de posibilidad de ejercicio del dominio *actual* sobre la causa fundamental del resultado. Una no aceptación o asunción de ese control es, precisamente, la prueba más contundente de que no se tiene dominio *actual* sobre la causa fundamental del resultado y de que, por ello mismo, no puede venir en consideración la estructura de la comisión por omisión. No veo, por ello, en qué sentido el criterio de la aceptación de funciones de seguridad podría añadir algo nuevo al tratamiento y a la solución de los problemas aquí planteados.

Muy precisa y acertada me parece la exposición que lleva a cabo *Martínez-Buján* sobre la problemática de la responsabilidad del representante de la empresa por delitos especiales como cuestión específica que se plantea en la comisión de un delito de esa clase a través de una empresa. En tales casos la cualidad típica de la autoría concurre únicamente en la persona jurídica, pero no en la física que haya realizado materialmente el hecho y, por ello, se precisa de alguna regla especial para fundamentar la autoría de un sujeto que en cualquier caso aparece como inidóneo para la realización del tipo en concepto de autor. A este respecto, *Martínez-Buján* se alinea con la doctrina que requiere de la comprobación de una *identidad* valorativa entre los hechos de un sujeto cualificado y los del que carece formalmente de la cualidad de la autoría y sin embargo ha realizado materialmente la acción típica. A este respecto, comparte las críticas que se han formulado, entre otros por mí mismo, a la teoría formal y dominante de la representación como criterio de imputación, y se decide abiertamente por postular criterios materiales de identidad. En líneas generales, comparto aquí los puntos de vista y los desarrollos de éstos que lleva a cabo *Martínez-Buján*.

Se ocupa finalmente *Martínez-Buján* de la cuestión de la responsabilidad penal de la empresa misma y de la posibilidad de imponer a ésta sanciones penales. En la misma línea en que se desarrolla toda la obra, también aquí expone detallada y minuciosamente las diferentes

concepciones y posturas existentes en la doctrina y la polémica que tiene lugar entre ellas. Finalmente toma una postura decidida en contra de la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas en virtud de la imposibilidad de fundamentar su responsabilidad penal, al parecer por la falta de capacidad de acción de las mismas (p. 230), y asume en lo fundamental los argumentos críticos formulados por quienes rechazan asimismo dicha responsabilidad contra las tesis que pretenden fundamentarla. En consecuencia, *Martínez-Buján* niega acertadamente no sólo que a las personas jurídicas se les puedan imponer penas, sino que se les puedan imponer medidas de seguridad del Derecho penal, pues éstas se basan en la peligrosidad criminal y ésta requiere de la previa realización de una conducta típica y antijurídica que las personas jurídicas no están en condiciones de realizar por falta de capacidad de acción (p. 231). No es preciso insistir aquí en que mi acuerdo con *Martínez-Buján* es a este respecto absoluto. No puedo decir lo mismo ya, sin embargo, en relación con algunas de sus tesis o apreciaciones relativas a las llamadas consecuencias accesorias previstas en el art. 129 CP para las personas jurídicas.

En efecto, aunque *Martínez-Buján* niegue la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el carácter tanto de penas como de medidas de seguridad a las consecuencias accesorias del art. 129, considera no obstante que la naturaleza de éstas no es jurídico-administrativa como entiende un sector de la doctrina, sino que se trata de medidas «propias del Derecho penal» en virtud tanto de los fines preventivos que tienen asignados como del órgano judicial que las impone. Por otro lado, y al parecer como corroboración de tal afirmación, entiende que se trata de consecuencias accesorias de la pena, dado que su imposición sólo sería posible en el caso de que haya algún sujeto responsable a quien se le haya impuesto una pena (p. 232). Más en concreto, considera que los fines preventivos asignados a las mencionadas consecuencias son de prevención especial, y más precisamente de índole inocuidadora, y también de prevención general (p. 233), sin perjuicio de reconocer limitaciones a la virtualidad de semejantes funciones. Estos planteamientos, sin embargo, no me parecen convincentes.

A mi juicio, no hay ninguna base legal para exigir la efectiva imposición de una pena a un sujeto declarado responsable como presuesto de necesaria concurrencia para poder aplicar las consecuencias accesorias del art. 129 CP. A diferencia de lo que ocurre con el comiso, regulado en el art. 128 CP, para el que sí rige dicha exigencia, el art. 129 no ofrece ni la más mínima descripción del supuesto de hecho de aplicación de las consecuencias que establece, y en particular nada dice dicho precepto acerca de la exigencia planteada. Es cierto que el apar-

tado 3 del art. 129 CP fija como fin de estas consecuencias el de prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma, pero como es sabido el concepto de actividad delictiva y otros similares como el de hecho delictivo, hecho punible, etc., puede ser entendido —y así debe suceder en determinados contextos— en el sentido de la mera constatación de la realización de un hecho penalmente típico y acaso antijurídico, y no en el sentido de que además se haya llegado a imponer efectivamente una pena por la comisión del hecho. Y este es, precisamente el sentido en que hay que entender la mencionada expresión en el art. 129 a la vista de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias de acuerdo con su fundamento, que no es otro que el de hacer frente a la peligrosidad «objetiva» de la persona jurídica resultante del juicio de posibilidades de utilización de la misma en el futuro para la realización de nuevos hechos punibles. La reciente reforma del Código penal, por otro lado, incluso ha eliminado aquella exigencia para la consecuencia accesoria del comiso.

En otro orden, me parece obvio que ni su regulación en el Código penal ni el carácter del órgano judicial que las impone pueden ser criterios decisivos para determinar la naturaleza jurídica o, más precisamente, la pertenencia de las citadas medidas al Derecho penal. De ser así, habría que reconocer que la responsabilidad civil derivada del delito pertenece también al Derecho penal y no al Derecho civil como sostiene la mejor doctrina. Por otro lado, me parece asimismo erróneo atribuir a las consecuencias accesorias finalidades *preventivas* en el sentido de la teoría de los *fines de la pena*, pues cuando se habla de prevención en relación con aquéllas se está manejando un concepto esencialmente distinto al correspondiente a aquellos fines. En efecto, cuando se habla de las finalidades político-criminales de la pena, y hasta incluso de las finalidades preventivas de otras *sanciones* no penales, por ejemplo administrativas, no se dice —y, por ello, no debería entenderse— lo mismo que cuando se habla de las finalidades preventivas de las consecuencias accesorias. La prevención especial y la prevención general como fines de la pena, y recordando aquí las precisiones de *Hirsch*, se refieren a consecuencias específicamente penales, en el sentido de que se trata de instrumentos de actuación sobre el autor. Por el contrario, la idea de prevención que se asocia a las consecuencias accesorias en modo alguno hace referencia a actuación alguna sobre la voluntad del autor o sobre la de potenciales delincuentes para evitar delitos futuros en virtud de una reorientación de dicha voluntad en una dirección conforme con el Derecho. De modo distinto, la prevención que se persigue con las consecuencias accesorias hay que entenderla en otro sentido, más concretamente en el de intervención directa —no sobre la voluntad de personas— sino sobre circunstancias y

situaciones objetivas con valor criminógeno, como puede suceder en el caso de un instrumento peligroso o de la situación objetiva de desorganización de una empresa en la medida en que uno y otra puedan favorecer o facilitar la comisión de hechos delictivos por sujetos que están en contacto con dicho instrumento o que orientan su actividad tomando como referencia la desorganización de la empresa. Para entenderlo más claramente: la adecuada iluminación de una vía pública también puede dificultar la comisión de hechos delictivos en ese lugar y, por lo tanto, también cabe hablar de los efectos preventivos de dicha medida. Que esto, sin embargo, nada tiene que ver con la idea de prevención de la teoría de los fines de la pena, me parece evidente. En relación con las consecuencias accesorias, pues, la prevención a la que deben orientarse tiene que entenderse en el sentido de tratar de impedir la comisión de delitos futuros mediante una intervención directa sobre situaciones de desorganización de la empresa con valor criminógeno, de modo que se dificulte la utilización de la misma en un sentido delictivo, pero no la de evitar delitos futuros mediante un intervención directa sobre la voluntad de personas para influir en su capacidad de autodeterminación conforme a Derecho. No hay base alguna, por ello, para atribuir a las consecuencias accesorias finalidades preventivas en el sentido estricto de la teoría de la pena, ni por esto mismo, para asignarlas al Derecho penal.

Luis GRACIA MARTÍN