

Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno Derecho penal económico y empresarial de los poderosos

Luis Gracia Martín

Universidad de Zaragoza

Abstract*

Con anterioridad a la configuración del Derecho penal económico como un sistema más o menos completo de tipos penales orientados a la lesión o al peligro de bienes jurídicos en el curso de la actividad económica, la doctrina jurídico-penal no había cuestionado seriamente la legitimidad de los escasos y dispersos tipos de esta naturaleza existentes en las legislaciones penales. Sin embargo, cuando se consolida aquel sistema, ciertos sectores de la doctrina, como sobre todo la llamada Escuela de Frankfurt, lo descalifican como contrario a los principios y garantías del Estado de Derecho y le cuelgan la etiqueta de “moderno”. No obstante, la etiqueta de Derecho penal moderno se extiende asimismo a otros sectores de la intervención penal que nada tienen que ver con la economía, como las drogas, el terrorismo o la ingeniería genética, porque también en éstos la intervención penal se apartaría de las garantías del Estado de Derecho. En este artículo, en primer lugar se critica y se rechaza la extensión del concepto de Derecho penal moderno a fenómenos tan variados y heterogéneos que nada tienen que ver entre sí no sólo desde el punto de vista jurídico-dogmático, sino tampoco desde los puntos de vista empírico-criminológico y político-criminal. A continuación se formula la tesis de que el concepto de Derecho penal moderno debe quedar limitado exclusivamente al Derecho penal económico y de la empresa de los poderosos o de la clase alta. A partir de esta restricción, se rechazan contundentemente las opiniones que han pretendido establecer ciertas conexiones político-criminales entre el Derecho penal económico y empresarial y el llamado Derecho penal de la seguridad, que a menudo se solapa con el del enemigo. Según el punto de vista aquí adoptado, el “moderno” Derecho penal económico y de la empresa sería un producto absolutamente legítimo del Estado social de Derecho, por ser en todo conforme con las garantías materiales de éste, mientras que las formas antigarantistas de intervención penal que se pretenden justificar con la ideología de la seguridad ciudadana serían productos ilegítimos del Estado liberal de policía que pugna para desbancar al Estado social de Derecho. Mediante una réplica a ciertas críticas absolutamente infundadas que se han formulado contra el discurso de modernización del Derecho penal, se esboza una Dogmática del Derecho penal económico y empresarial de los poderosos que, en primer lugar, lo sistematiza y clasifica a partir de los criterios rectores del desvalor de la acción y del resultado constitutivos de los tipos penales económicos “básicos”, para derivar luego consecuencias específicas en los sucesivos niveles dogmáticos de la teoría del delito, es decir, en la configuración de tipos agravados o privilegiados, de circunstancias agravantes y atenuantes, y en los ámbitos de las causas de justificación y de la culpabilidad. De este modo el autor, a partir de la “idea” del Derecho y de la concreción de éste por medio de la analogía conforme a la naturaleza de la cosa, deriva el “concepto” del moderno Derecho penal económico y de la empresa de los poderosos, del cual, en tanto que concepto “clasificador” y “categorial”, pero también “teleológico”, queda totalmente excluida por razones materiales la criminalidad económica insignificante de los no poderosos.

Vor der Gestaltung des Wirtschaftsstrafrechts als ein mehr oder weniger komplettes Systems von Straftaten, die sich an der Verletzung oder Gefährdung von Rechtsgütern im Zuge der Wirtschaftstätigkeit orientieren, wurde die Legitimität der in den bestehenden Strafgesetzen knappen und verteilten Tatbestände solcher Natur durch die strafrechtliche Rechtslehre nicht ernsthaft in Frage gestellt. Doch nach der Konsolidierung dieses Systems, wird es vor allem von der sogenannten Frankfurter Schule abgelehnt und ihm das Etikett

* Agradezco muy sinceramente al Dr. Benjamin Roger, asistente científico en la Cátedra de mi colega Prof., Dr. Luis Greco en la Universidad de Ausburg, por la revisión y la corrección gramatical del texto redactado inicialmente por mí en alemán; y asimismo a mi colega el Profesor Dr. Asier Urruela Mora, por su generosa y cuidada redacción del Abstract y de las Keywords en idioma inglés.

„modernes Strafrecht“ angehängt, weil es der Meinung ihrer Vertreter nach im Widerspruch zu den Grundsätzen und Garantien des Rechtsstaats steht. Das Etikett des modernen Strafrechts erstreckt sich auch bis an anderen Bereichen des strafrechtlichen Eingriffs, wie z. B. den Drogen, dem Terrorismus oder der Gentechnik, die nichts mit der Wirtschaft zu tun haben, weil der Meinung der Frankfurter nach auch in diesen strafrechtlichen Eingriffen die Rechtsstaatlichkeit verletzt werde. In diesem Aufsatz wird zunächst diese Erweiterung des modernen Strafrechtsbegriffs abgelehnt, weil dieser so auf unterschiedliche und heterogene Phänomene ausgedehnt wird, die nicht nur unter dem Aspekt der Rechtsdogmatik, sondern darüber hinaus auch von einem empirischen kriminologischen und kriminalpolitischen Standpunkt verfehlt sind. Dann wird die These formuliert, dass der Begriff des modernen Strafrechts ausschließlich auf das Oberschichtstrafrecht in der wirtschaftlichen und unternehmerischen Tätigkeit beschränkt werden sollte. Von dieser Einschränkung ausgehend werden die Ansichten stark abgelehnt, die versucht haben, bestimmte kriminalpolitische Verbindungen zwischen dem modernen Wirtschafts- und Unternehmensstrafrecht und dem sog. Sicherheitsstrafrecht sowie dem Feindstrafrecht zu schaffen. Der hier vertretenen Ansicht nach wäre das „moderne“ Wirtschafts- und Unternehmensstrafrecht ein absolut legitimes Produkt des sozialen Rechtsstaats. Die Formen krimineller Intervention, die unter der Ideologie der öffentlichen Sicherheit gerechtfertigt werden wollen, rechtsstaatlich aber abzulehnen sind, wären dagegen ein illegitimes Produkt der liberalen Staatspolizei, die noch heute den sozialen Rechtsstaat absetzen will. Durch eine Antwort auf bestimmte absolut unbegründete Kritikpunkte, die gegen den Diskurs der Modernisierung des Strafrechts formuliert worden sind, wird hier eine Dogmatik des Wirtschafts- und Unternehmensstrafrechts skizziert. Es werden zunächst nach den Grundprinzipien des wirtschaftlichen Handlungs- und Erfolgsunwertes die wirtschaftlichen Grundtatbestände systematisiert und klassifiziert, dann werden konkrete Folgen auf aufeinanderfolgenden dogmatischen Ebenen des Verbrechens hergeleitet, das heißt: zur Schaffung von erschwerenden und mildernden Straftatbeständen sowie in den Bereichen der Rechtfertigungsgründe und der Schuldbestimmung. So wird vom Verfasser mittels analogischer Beziehungen in der Natur der Sache der klassifizierende kategoriale und teleologische Begriff des modernen Wirtschafts- und Unternehmensstrafrechts als Oberschichtstrafrecht aus der „Rechtsidee“ derart hergeleitet, dass die geringfügige Wirtschaftskriminalität der Machtlosen aus materiellen Gründen ganz vom Begriff des modernen Strafrechts ausgeschlossen werden soll.

Prior to the existence of an economic criminal law – here meant as a more or less complete system of offences regarding the injury (or the threat thereof) to legal goods in the course of economic activities –, criminal law scholars had not seriously questioned the legitimacy of this sort of offences, which in small numbers were scattered throughout criminal law. However, when that system has consolidated, certain sectors of the doctrine, and especially the so-called Frankfurt School, have disqualified it for being contrary to the principles and guarantees of the rule of law, and have linked the mentioned system to the “modern” label. However, this label has also been extended to other sectors of the criminal law intervention that have nothing to do with the economy, such as drugs, terrorism or genetic engineering, this only because these criminal interventions would also depart from the guarantees of the rule of law. In this paper, we firstly criticize the extension afforded to the concept of modern criminal law when applying this label to diverse and heterogeneous phenomena that have nothing to do with each other. The latter is done not only from a dogmatic juridical standpoint, but also from the criminological (empirical) and criminal-politic perspective. Consequently, the present paper supports the thesis that the concept of modern criminal law should be confined exclusively to the economic and corporate-related criminal law perpetrated by the powerful or social high classes. On the basis of this constraint, we strongly reject the views that have tried to establish certain criminal-politic connections between the economic and corporate criminal law and the criminal law called of the security,

which often overlaps with the “criminal law for the enemy”. According to the view here adopted, the “modern” economic criminal law would be an absolutely legitimate product of the Social State based on the rule of Law, being entirely coherent with the substantive guarantees of this form of State, while other forms of non-garantist criminal interventions, which are intended to be justified by the ideology of public safety, would be an illegitimate product of the Liberal Police State that tries to unseat the Social State based on the rule of Law. By way of a reply to certain absolutely unfounded criticisms that have been directed against the discourse of modernization of criminal law, the paper builds a Dogmatic of the economic and corporate criminal law of the powerful that, first, systematizes and classifies it on the basis of the guiding principles of the disvalue of action and of the result, which give rise to the “basic” economic offences, and then derives specific consequences in subsequent dogmatic levels of crime theory, that is, in the configuration of aggravated or privileged types of crimes, aggravating and mitigating circumstances, and in the fields of justifications and guilty circumstances. Thus, on the basis of the “idea” of law and its concretion by analogy according to the nature of the things, we will derive the “concept” of modern economic and business criminal law of the powerful, which, as a “classificatory” and “category” concept – but also as a “teleological” one –, excludes completely, for substantive reasons, the negligible economic criminality of the powerless.

Titel: Kategorial-teleologischer Begriff und dogmatisches System des modernen Wirtschafts- und Unternehmensstrafrechts der Mächtigen

Title: Categorical teleological concept and dogmatic system of modern economic and business criminal law of the powerful

Palabras clave: Derecho penal moderno, criminalidad económica, clases sociales, bienes jurídicos, principios y garantías, Estado liberal de policía, Estado social de Derecho, “idea” y “concepto” del Derecho, igualdad, analogía, formación de conceptos jurídicos, contrato social.

Stichwörter: Modernes Strafrecht, Wirtschaftskriminalität, soziale Schichten, Rechtsgüter, Grundsätze und Garantien, liberalen Polizeistaat, sozialen Rechtsstaat, Rechtsidee und Rechtsbegriff, Gleichheit, Analogie, Begriffsbildung im Recht, Gesellschaftsvertrag.

Keywords: Modern criminal law, economic criminality, social classes, legal goods, principles and guarantees, Liberal Police State, Social State based on the rule of Law, “idea” and “concept” of law, equality, analogy, formation of legal concepts, social contract.

Sumario

1. El Derecho penal económico “premoderno”
2. La polémica sobre el Derecho penal “moderno” en la doctrina jurídico-penal alemana
3. La recepción y la reproducción de la polémica en la doctrina española
4. Críticas notoriamente extraviadas del concepto de Derecho penal moderno, a las que la Ciencia jurídica no debe dejar sin réplica
5. La reducción técnico-jurídica del concepto de Derecho penal moderno exclusivamente al Derecho penal económico y de la empresa relativo –también exclusivamente– a la criminalidad económica de los poderosos
6. Una crítica dogmáticamente ciega e inconsistente al concepto de Derecho penal moderno como criminalización primaria de conductas socialmente lesivas de los poderosos
7. Excurso: presupuestos metodológicos y dogmáticos para la construcción del sistema del Derecho penal económico y empresarial de los poderosos
8. Lo injusto penal económico y empresarial –desvalor de la acción y del resultado– como primera concreción dogmática categorial del Derecho penal moderno y como criterio rector de la clasificación de su materia
9. Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del Derecho penal económico y empresarial de los poderosos
10. Conclusiones
11. Bibliografía

En mi nombre y en los de Pedro y Rafaela, Angel y Sagrario, Ascensión y Esperanza, dedicado a nuestro querido e inolvidable amigo Germán *in memoriam*; y a Begoña y Ainoa con todo nuestro cariño.

1. El Derecho penal económico “premoderno”

1. La criminalidad económica no es un fenómeno nuevo ni propio de sociedades con un determinado modelo de sistema económico¹. Dependientes del modelo de sistema económico son sólo la mayor parte de los tipos penales que disponga cada ordenamiento jurídico para la punibilidad de hechos lesivos o peligrosos para concretos bienes jurídicos constitutivos de su sistema económico². Con la expresión “criminalidad económica” se hace referencia, en un sentido

¹ Véase LÓPEZ REY Y ARROJO, «La criminalidad económico-social en la política criminal de las Naciones Unidas», en BARBERO SANTOS (coord.), *La reforma penal: delitos socio-económicos*, 1985, p. 38; asimismo TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität 1, Allgemeiner Teil*, 1976, pp. 42 ss.; EISENBERG, *Kriminologie*, 6ª ed., 2005, p. 735 nº 11; véase también BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, 1978, p. 39.

² Véase en este sentido TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2014, pp. 3 s.; EL MISMO, *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial*, 2010, p. 38.

muy amplio, al conjunto de comportamientos socialmente lesivos practicados en el desarrollo de la actividad económica³, independientemente de si –algunos de ellos, e hipotéticamente todos– están o no están formalmente tipificados como delito o infracción administrativa⁴. La actividad económica, entendida asimismo en un sentido muy amplio, se define como el conjunto de actos y de procesos orientados a la producción y a la distribución de bienes y de servicios⁵. Los tipos delictivos y de infracción administrativa formalmente establecidos por cada legislación⁶ son el objeto del Derecho penal económico⁷⁻⁸. Ya desde la Antigüedad, todas las legislaciones históricas han incluido en sus catálogos de conductas punibles como delito a conductas lesivas de objetos de sus sistemas económicos⁹.

2. Por lo dicho, ni el fenómeno de la criminalidad económica ni la existencia de una legislación penal “económica” de mayor o menor amplitud son, pues, nada “nuevo” en cuanto tales. Lo que sí puede contemplarse como *nuevo*, aproximadamente a partir de la década de los años 70 del siglo pasado, es una eclosión y acentuación de los intereses políticos y científicos por el fenómeno real y

³ Véase EISENBERG, *Kriminologie*, 6ª ed., 2005, p. 733 n° 2: “lesión de bienes jurídicos sociales de la vida económica (sin dejar por eso de lado lesiones individuales) o abuso de instituciones e instrumentos de la vida económica”.

⁴ Pues la lesividad de las conductas es un dato empírico verificable, y su relevancia social es deducible del sistema de valores jurídicamente garantizado, con independencia de si están o no están formalmente definidas como delito por la ley penal (criminalización primaria).

⁵ Con diversos matices, véase por ejemplo, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität 1, Allgemeiner Teil*, 1976, p. 54; EL MISMO, *Poder económico y delito*, 1985, p. 19; BOTTKE, «Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland – Lösungen und Defizite», *wistra*, 1991, pp. 1 ss.; EL MISMO, «Zur Legitimität des Wirtschaftsstrafrechts im engen Sinne und seiner spezifischen Deliktsbeschreibungen», en SCHÜNEMANN/SUÁREZ GONZÁLEZ (eds.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrecht. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, 1994, pp. 109 s. (= «Sobre la legitimidad del derecho penal económico en sentido estricto y de sus descripciones típicas específicas», en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, 1995, pp. 637 s.).

⁶ A mi juicio, la llamada potestad sancionadora de la Administración “es” ejercicio de poder *punitivo*, y por esto también debe ser objeto del Derecho penal; véase GRACIA MARTÍN, «La doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario, de la hostilidad entre las palabras y las cosas y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura», *Foro FICP*, (2), 2014, p. 59; EL MISMO, «La inexistente responsabilidad “penal” de las personas jurídicas», *Foro FICP*, (2), 2015, pp. 207 s.; en el mismo sentido, ZAFFARONI *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2002, pp. 18 ss., 25 ss., 38 ss., 44 ss., y 177 ss.; también SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pp. 7 s.; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, p. 82: “esta potestad debería corresponder, dentro de las exigencias del principio de división de poderes, en exclusiva a los Tribunales de Justicia” (con citas de GARCÍA DE ENTERRÍA y de PARADA).

⁷ Véase TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2014, pp. 34 ss.; EL MISMO, *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial*, 2010, pp. 62 ss.; en la doctrina española, véase BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, pp. 11 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PG*, 4ª ed., 2014, pp. 99 ss.

⁸ Sobre la distinción entre legislación penal y Derecho penal, véase ZAFFARONI *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2002, pp. 4 ss.; GRACIA MARTÍN, *Foro FICP*, (2), 2014, pp. 43 ss.; EL MISMO, *Foro FICP*, (2), 2015, pp. 190 ss.

⁹ Véase por ejemplo, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2014, pp. 32 ss.; EL MISMO, *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial*, 2010, pp. 61 ss.

empírico de la criminalidad económica¹⁰ y por su tratamiento jurídico¹¹. Por la relativa lejanía temporal de su origen histórico, hoy tal vez habría que ver ya despojada de su carácter de “novedad” a la indicada eclosión acentuada de aquellos intereses — porque actualmente, éstos ya no son *tan* nuevos —, y desplazar ahora el punto de mira del valor de lo “nuevo” hacia *los productos* a que han dado lugar los posteriores desarrollos y concreciones prácticos motivados por semejantes intereses, los cuales, como vamos a ver, se han materializado en la configuración de un Derecho penal económico como un sector específico de la Parte Especial del Derecho penal con una problemática propia, que según opiniones muy extendidas, hasta cierto punto habría dado lugar a un cuestionamiento de la idoneidad de los principios y de las reglas dogmáticas generales del Derecho penal¹².

3. a) Hasta el momento indicado, los tipos penales económicos, que en la legislación española eran ciertamente escasos en número y se encontraban dispersos en los más diversos lugares de la legislación penal¹³, fueron analizados y tratados por la doctrina jurídico-penal como unos tipos

¹⁰ No obstante, ya en la década de los años 40 del siglo pasado se habían desarrollado y publicado las importantísimas investigaciones sociológicas criminológicas — cuyos resultados hoy continúan vigentes — de SUTHERLAND y sus colaboradores, que llevaron a la formulación por aquél del concepto de “delito de cuello blanco”; véase SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco. Versión completa*, 2009. Este concepto de delito de cuello blanco, aun a pesar de su contenido y sentido estrictamente criminológicos, tiene una gran trascendencia político criminal y también en el de la Dogmática del Derecho penal económico, sobre todo para la tipificación de los delitos económicos, en su mayor parte, como delitos *especiales*; véase en este sentido, por ejemplo, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2014, pp. 28 s.; EL MISMO, *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial*, 2010, pp. 57 s.; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, pp. 35 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PG*, 4ª ed., 2014, pp. 131 ss.; GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 67 s., 82 ss.

¹¹ Véase TIEDEMANN, *Lecciones de Derecho penal económico*, 1993, p. 249; KAISER, *Kriminologie*, 3ª ed., 1996, pp. 759 s.; EL MISMO, *Introducción a la Criminología*, 7ª ed., 1988, pp. 360 s.; EL MISMO, «La criminalidad económica y la forma de combatirla», en BARBERO SANTOS (ed.), *La reforma penal*, 1985, pp. 71 ss., donde dice que “la especial sensibilidad y la agudeza perceptiva para los peligros derivados de los hechos delictivos económicos se presentan como algo relativamente nuevo (que) como fuerza de arranque para la investigación y la reforma, apenas se remontan a más de un decenio”.

¹² Como advirtió BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, 1978, p. 45, la delincuencia económica “es el banco de prueba de gran parte de instituciones jurídico-penales”. Sobre esto, véase con detalle MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PG*, 4ª ed., 2014, pp. 123 ss.

¹³ Así, véase BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, 1978, pp. 151 al final, donde sistematiza la Parte Especial de toda la legislación penal económica española — exceptuados los delitos de contrabando — en el momento de la publicación de su obra (1978), e incluye como delitos que hoy se tratan como económicos en sentido estricto: a la quiebra (pp. 160 ss.), los delitos contra la competencia (pp. 233 ss.), los delitos monetarios (pp. 441 ss.), los delitos laborales (pp. 511 ss.) y el delito fiscal (pp. 551 ss.). Por su parte, en la última edición conforme al CP 73 de MUÑOZ CONDE, *PE*, 10ª ed., 1995, pp. 863 ss., en el apartado sistemático que dedicaba a los delitos contra el orden económico, incluyó como genuinos a los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, a los monetarios y a los de contrabando, y al resto en los apartados correspondientes a su ubicación en el Código (la mayor parte entre los delitos contra el patrimonio: delitos contra la propiedad industrial [pp. 325 ss.], quiebra [pp. 345 ss., 359 ss.], alteración de precios [pp. 371 ss.]; y los delitos laborales los distribuyó, el de lesiones por infracciones de las leyes de trabajo en el capítulo de las lesiones [pp. 107 ss., 126 s.], y los demás en el apartado sistemático de los delitos contra la libertad y seguridad [pp. 145 ss., 213 ss.]). En Alemania, la mayor parte de los tipos penales económicos tradicionalmente se han ubicado de modo totalmente disperso en las leyes generales reguladoras del sector correspondiente — tributarias, mercantiles, de sociedades, laborales, etc. —, y doctrinalmente se los ha agrupado en un *corpus* denominado como “Derecho penal secundario o accesorio” (*Nebenstrafrecht*), que es el modelo aún hoy predominante pese a que en el transcurso de las últimas cuatro décadas el legislador alemán ha introducido algunas nuevas figuras penales económicas en el StGB; véase sobre la evolución legislativa alemana y sobre los bloques del actualmente extenso Derecho penal accesorio económico alemán TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2014, pp. 34 ss., 39 ss.; EL MISMO, *Manual de*

delictivos más dentro del sistema de la Parte Especial, es decir, por medio del mismo y único “universo conceptual dogmático” reconocido como válido y disponible unidireccionalmente para todos los tipos delictivos existentes, independientemente de la índole de cada uno en referencia al bien jurídico cuya lesión o peligro hubiera motivado la incriminación¹⁴. Por esto mismo, cuando la doctrina analizaba y enjuiciaba críticamente aquellos escasos tipos penales económicos, en general la crítica no tenía lugar en ningún modo cualitativamente distinto al de la de cualquier otro tipo de cualquier otro sector del sistema de la Parte Especial¹⁵, y en particular ningún tipo penal económico fue objeto de ninguna tacha de ilegitimidad fundada en ningún motivo de contrariedad a ningún principio ni garantía jurídico-penales por ninguna razón *específica* distinta de las que pudieran hacer contrario a ellos a cualquier otro delito de naturaleza no económica¹⁶.

b) A comienzos de –y durante– los años 70 del siglo pasado, en la doctrina se iniciaron y llevaron a cabo procesos de unificación y de sistematización de la totalidad de la materia correspondiente a los delitos económicos, y sobre todo, muy especialmente, de los *saberes* acumulados y existentes sobre ella hasta ese momento. El más destacado fue el iniciado por Klaus TIEDEMANN en Alemania, quien sin duda es el primer artífice y la máxima autoridad científica mundial en la materia¹⁷, pero

Derecho penal económico. Parte General y Especial, 2010, pp. 62 ss. y 75 ss. Sobre la cuestión de si los tipos penales económicos deben regularse en el Código penal o en leyes especiales, véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PG*, 4ª ed., 2014, pp. 147 ss.

¹⁴ Así, para citar sólo un par de ejemplos paradigmáticos: en su amplia e importante monografía sobre la protección penal de los intereses de los consumidores, de 1986 (*Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*), GONZÁLEZ RUS, al tratar del objeto de protección en este campo del Derecho penal económico (pp. 79 ss., y especialmente pp. 90 ss.), examina el concepto, ya presente en la doctrina penal, de bienes jurídicos colectivos (pp. 85 ss.), sin que exponga, a los efectos que aquí interesan, ninguna tesis –porque no las había en aquel momento– que negara su reconocimiento ni la legitimidad de su protección penal, y aunque llega a la conclusión de que la protección penal de los intereses de los consumidores no debe llevarse a cabo en referencia a un bien colectivo en sentido estricto, no obstante considera que dicho bien no es uno de naturaleza estrictamente individual, sino uno que es objeto de “intereses difusos” (pp. 90 ss.); en sentido similar, véase TORÍO LÓPEZ, «Reflexión sobre la protección penal de los consumidores», en VV.AA., *Estudios sobre el derecho de consumo*, 1994, pp. 102 ss.; en el mismo sentido, en su estudio sobre el delito fiscal de 1988 (*El delito de defraudación tributaria. Artículo 349 del Código penal*), AYALA GÓMEZ, al ocuparse de la cuestión del bien jurídico (pp. 32 ss.), analiza en general el incipiente concepto de “bienes jurídicos colectivos” sin que exponga –porque no las había en el momento– ninguna tesis refractaria a su reconocimiento ni a la legitimidad de su protección penal; del mismo modo, ya con carácter general, BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, 1978, p. 79, al señalar que uno de los problemas del Derecho penal económico es la determinación de los bienes jurídicos económicos, indica que parece preciso un adelantamiento de la protección, sin plantear ninguna cuestión de legitimidad al respecto; y MUÑOZ CONDE, «La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el proyecto de ley orgánica de código penal», *CPC*, (16), 1982, p. 128, pese a sus críticas –con razón– en precaución de una ilimitada extensión del Derecho penal económico, afirmó inequívocamente que el Derecho penal no puede quedar al margen de la intervención del Estado en la Economía. Los ejemplos podrían multiplicarse. Por lo demás, esto mismo debe regir para el actual Derecho penal económico, pues como dice ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 1 D 7, p. 4, “la Parte General del Derecho penal, que se trata en este libro, rige tal cual para el Derecho penal accesorio, como para las descripciones delictivas de la Parte Especial del StGB”.

¹⁵ Pues, como se ha visto en la nota anterior, en la sistemática legal algunos tipos penales económicos aparecían ubicados en los más diversos lugares del Código junto a delitos de naturaleza inequívocamente no económica.

¹⁶ Por ejemplo, la polémica en torno a la legitimidad de los delitos de peligro abstracto no distinguía entre clases de delitos, sino que tenía lugar en relación con cualquier sector de la Parte Especial; al respecto, véase la monografía de ESCRIVÁ GREGORI (*La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*), de 1976, *passim*; TORÍO, «Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)», *ADPCP*, (2/3), 1981, pp. 826 ss.; y la exposición del debate doctrinal al respecto, en CEREZO MIR, *PG II*, 6ª ed., 2004, pp. 111 ss.; EL MISMO, *PG I*, 4ª ed., 1994, pp. 353 ss.

¹⁷ En mi opinión, los mimbres para la construcción del Derecho penal económico “moderno” como una rama

también fue pionera y digna de mención y de elogio sobre todo la sistematización llevada a cabo en España por Miguel BAJO FERNÁNDEZ¹⁸. Con sus obras generales sistematizadoras, estos dos grandes, y ya emblemáticos penalistas, establecieron las bases para la fundación de un – actualmente ya consolidado – Derecho penal económico como un sector particular y diferenciado de la *Parte Especial* del Derecho penal, es decir, con una problemática propia que habría que estudiar y analizar para tratarla específicamente, y sobre todo para resolverla *de acuerdo y de conformidad* con los principios y con los conceptos *generales* del Derecho penal, y no con otros distintos, pese al tropiezo de estos en el nuevo ámbito jurídico-penal con dificultades que, sin embargo, sólo podían contemplarse como *adicionales* a las comunes que ya estaban planteadas – y aún no resueltas – en relación con los delitos tradicionales de la delincuencia común¹⁹. En este proceso histórico, además, no puede dejar de mencionarse como un hito al Proyecto Alternativo de 1977 (AE 1977), elaborado consensuadamente por un grupo de Profesores alemanes de Derecho penal de tendencia progresista, entre los que se encontraba TIEDEMANN. Una de las notas más sobresalientes de este Proyecto fue, sin duda, la de que el mismo propusiera una codificación y una sistematización de la totalidad de la legislación penal económica dentro del Código penal mismo²⁰, y si bien dicha propuesta – como la totalidad del Proyecto – no prosperó en Alemania, sí tuvo luego una gran influencia fuera de allí – por descontado doctrinalmente –, y de ello es un claro ejemplo el Código penal español de 1995, en el cual – como ya se venía preparando desde el Proyecto de 1980 – se codificó prácticamente a todos los delitos económicos existentes hasta el momento junto a otros nuevos en su Título XIII, del Libro II, relativo a los delitos contra el patrimonio y “contra el orden socioeconómico”²¹.

2. La polémica sobre el Derecho penal “moderno” en la doctrina jurídico-penal alemana

1. Como es sabido, los procesos de los que acabo de describir sucinta y aproximativamente sus hitos más significativos, enseguida provocaron una gran agitación en importantes sectores de la doctrina alemana, que iniciaron una especie de cruzada contra ellos por medio de la formulación

específica de la Parte Especial del Derecho penal se encuentran en la simplemente monumental e insuperable obra de Klaus TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, de 1969, en la cual formuló una buena parte de los conceptos generales fundamentales del Derecho penal económico; la primera sistematización científica completa de éste, la hizo posteriormente en su *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität 1, Allgemeiner Teil*, de 1976. Sobre la evolución del Derecho penal económico en Alemania, véase TRENDELENBURG, *Ultima ratio? Subsidiaritätswissenschaftliche Antworten am Beispiel der Strafbarkeit von Insiderhandel und Firmenbestattungen*, 2009, pp. 4 ss.

¹⁸ Véase la fundamental obra de BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, 1978, que contiene una Parte General y otra Especial del Derecho penal económico español existente en el momento en que la publica.

¹⁹ Véase una relación de problemas específicos que plantearon desde el principio los delitos económicos –leyes penales en blanco, error, imprudencia, autoría y participación– en ARROYO ZAPATERO, «El Derecho penal económico en la República Federal alemana», en BARBERO SANTOS (ed.), *La reforma penal*, 1985, pp. 108 ss.

²⁰ Véase LAMPE *et al.*, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Wirtschaft*, 1977.

²¹ Véase la opinión en ese sentido de TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2014, p. 57; EL MISMO, *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial*, 2010, p. 75; sobre la cuestión en los Proyectos y Anteproyectos españoles que precedieron al Código penal de 1995, véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PG*, 4ª ed., 2014, pp. 110 ss.

de un torrente de argumentos críticos que precavían de sus efectos indeseables para el Estado de Derecho, y que en algún caso se anunciaron incluso de un modo apocalíptico²². Este vuelco o giro doctrinal en contra de la intervención penal en el ámbito económico — a la que como veremos, se la mezcla o relaciona infundadamente con la que tiene lugar en otros ámbitos que no tienen nada que ver con aquél—, fue iniciado y luego desarrollado principalmente, y hasta el punto de colocarse en la vanguardia de la cruzada, por la llamada Escuela de Frankfurt²³, liderada por HASSEMER.

a) Ya en sus primeras críticas, HASSEMER propuso denominar como “moderno” al nuevo Derecho penal que se extendía al campo de la Economía, pero también al relativo a otros fenómenos diferentes, como los del terrorismo o las drogas, porque a su juicio, la legislación penal económica y la relativa a estos otros ámbitos tendrían en común una alteración de las formas tradicionales de intervención punitiva. Por esto, y para diferenciar al nuevo Derecho penal del que hasta ese momento había tenido el reconocimiento de moderno —el liberal de la Ilustración²⁴—, porque éste ya habría dejado de tenerlo con la irrupción y con el desarrollo en crecimiento de aquel otro²⁵, HASSEMER sugirió que, en adelante, debería reconocerse —y también denominar— al Derecho penal tradicional como “clásico”²⁶, en el sentido de modelo de referencia a seguir y a reponer en

²² Véase, por ejemplo, PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 1993, pp. 248 ss., cuyos diagnósticos y pronósticos personales advierten en términos verdaderamente apocalípticos sobre “el potencial destructivo del Derecho penal (del control global) para el Derecho penal (relativo al Estado de Derecho liberal)”; véase también la publicación colectiva del Instituto de Ciencias criminales de Frankfurt, *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, *passim*, con estudios hipercríticos sobre la situación del Derecho penal alemán en general, es decir, más allá de en el campo económico, a fecha de 1995; la compilación de SCHILD de trabajos de FREHSEE, *Der Rechtsstaat verschwindet. Strafrechtliche Kontrolle im gesellschaftlichen Wandel von der Moderne zur Postmoderne – Gesammelte Aufsätze –*, 2003; y la reciente publicación de BASAR (*Modernes Strafrecht – Vergessene Freiheit? Das Strafrecht vor neuen Herausforderungen*, 2014).

²³ Véase en este sentido, SCHÜNEMANN, «Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft», *GA*, 1995, p. 211 (= «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana», *ADPCP*, (49), 1996, p. 198), en relación especialmente con la resonancia cada vez mayor que iba cobrando en Alemania la crítica de la Escuela de Frankfurt a los delitos de peligro abstracto; véase también, BASAR, *Modernes Strafrecht – Vergessene Freiheit?*, 2014, pp. 1 s.

²⁴ Véase, por ejemplo, CEREZO MIR, *PG I*, 6ª ed., 2004, p. 124: “El Derecho penal moderno nace en España, como en los demás países europeos, como consecuencia del movimiento de reforma de fines del siglo XVIII y principios del XIX, bajo la influencia de las ideas de la Ilustración” (cursiva mía); en el mismo sentido, y con validez para el Derecho en general, véase, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 5ª ed., 2001, pp. 218 y 868 s., donde llama *premoderno* al Derecho anterior, es decir al Derecho romano y al Derecho común europeo.

²⁵ Véase HASSEMER, «Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts», *ZRP*, 1992, p. 379 (= «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno», *ADPCP*, (45), 1992, p. 235); y EL MISMO en EL MISMO/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, 1995, p. 16, donde sostiene que con la implementación del nuevo Derecho penal, se habría producido un fenómeno similar al que HORKHEIMER y ADORNO denominaron como “Dialéctica de la Ilustración”, y parangona con éste a su concepto de “Dialéctica de lo moderno”, que fija como punto de partida para su crítica.

²⁶ Véase HASSEMER, *ZRP*, 1992, p. 379 (= *ADPCP*, (45), 1992, p. 237); y EL MISMO/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, 1995, pp. 18 ss. Así lo advierte también SCHÜNEMANN, *GA*, 1995, p. 203 (= *ADPCP*, (49), 1996, p. 190): “en HASSEMER se llama ‘Derecho penal clásico’”. En nuestra doctrina asumen esta denominación SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, 1999, p. 11 y nota 1, con remisión expresa a la contraposición de HASSEMER entre el Derecho penal “moderno” y el “clásico”; y también Blanca MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, 2001, especialmente p. 67, donde habla del “Derecho penal moderno” y lo contrapone al “clásico, característico del Estado de Derecho”.

lugar del nuevo moderno²⁷ porque éste “ya apenas guard(a) relación” con aquél²⁸. Independientemente de los juicios que llevaron a HASSEMER a caracterizarlo así²⁹, la denominación del nuevo Derecho penal como “moderno” adquirió muy pronto carta de naturaleza en la doctrina, pues fue ampliamente aceptada en general tanto por quienes siguieron la estela de la crítica del maestro de Frankfurt, como por quienes defendían –incluso con vehemencia– el proceso generador y creador del nuevo Derecho penal económico³⁰, y la misma se ha ido consolidando de un modo perdurable hasta el presente³¹.

b) Un dato de suma importancia, cuya trascendencia para el debate veremos más adelante, es el relativo a la *extensión* dada por HASSEMER desde el principio a su idea del Derecho penal moderno. En síntesis, éste abarcaría a todas las regulaciones legales penales por medio de las que el Estado resuelve afrontar los conflictos sociales característicos de la dinámica de la sociedad moderna³², que se comprende y explica como una “sociedad de riesgos”³³. Para satisfacer la demanda social de “seguridad” frente a los diferentes riesgos del presente, el Estado trataría de controlarlos preventivamente, por medio del Derecho penal, con una “represión anticipada” de conductas

²⁷ Véase HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, 1995, pp. 18 s.; y HASSEMER, *ZRP*, 1992, p. 379 (=ADPCP, (45), 1992, p. 237), explicando que por clásico entiende aquí “un ideal, una aspiración por la que medir a dónde debemos dirigirnos, cuáles son los pasos que hay que dar para seguir el buen camino y evitar el malo, y cuáles son los que hay que desandar antes de llegar a las proximidades de la meta”.

²⁸ Véase HASSEMER, *ZRP*, 1992, p. 380 (=ADPCP, (45), 1992, 239); y EL MISMO/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, 1995, p. 22; sobre ello, véase HONG, *Flexibilisierungstendenzen des modernen Strafrechts und das Computerstrafrecht*, 2002, p. 53; ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, 2005, p. 237; BASAR, *Modernes Strafrecht – Vergessene Freiheit?*, 2014, pp. 2 s.

²⁹ Cfr. *supra* notas 25 y 27.

³⁰ Así, por ejemplo, véase LÜDERSEN *et al.* (eds.), *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, 1990; SCHÜNEMANN, GA, 1995, pp. 212 s. (= ADPCP, (49), 1996, p. 200), donde habla, por ejemplo, del “tipo penal moderno de la estafa de inversión de capitales” del § 264 a StGB, o de que las tesis de la Escuela de Frankfurt abogan por una negativa a “la modernización del Derecho penal”; EL MISMO, «Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht. Ein Paradigmawechsel im moralischen Anspruch?», en KÜHNE/MIYAZAWA (eds.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, pp. 19, 24 s., 29; PARK, *Vermögensstrafe und “modernes” Strafrecht*, 1997, pp. 21, 150 ss. y *passim*; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., 2001, pp. 157 ss., y nota 372 de p. 157, donde asume el concepto de “modernización” de HASSEMER/MUÑOZ CONDE, si bien SILVA ha acuñado para todo esto el término “expansión”, que doctrinalmente ha adquirido también carta de naturaleza [cfr. *infra* 3.2.b) aa)]; SÁNCHEZ GARCÍA, y Blanca MENDOZA BUERGO, como en nota 26.

³¹ Véase por ejemplo, WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionstrafrechts – zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte*, 2000, pp. 29 ss., 51 ss., 110 ss.; HESEL, *Untersuchungen zur Dogmatik und den Erscheinungsformen “modernen” Strafrechts*, 2004, pp. 1 ss., 331 ss. y *passim*; HONG, *Flexibilisierungstendenzen des modernen Strafrechts und das Computerstrafrecht*, 2002, pp. 37 ss., 53 ss.; ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, 2005, pp. 220 ss.; ROTSCHE, «Der ökonomische Täterbegriff. Zugleich ein Beitrag zu Differenzierung, Diversifizierung und Divisionalisierung der Strafrechtsdogmatik», *ZIS*, (7), 2007, p. 260; PRITWITZ, «Sonderstrafrecht Wirtschaftsstrafrecht?», *ZIS*, (5), 2012, p. 217; BASAR, *Modernes Strafrecht – Vergessene Freiheit?*, 2014, pp. 1 ss. y *passim*.

³² Así HASSEMER, «Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz», *NStZ*, 1989, p. 558 (= «Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos», *Pena y Estado*, (1), 1991, pp. 34, 35); EL MISMO, «Grundlinien einer personalen Rechtsgüterslehre», en PHIPLIPPS/SCHOLLER (eds.), *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, 1989, pp. 85, 88 s.

³³ En el Derecho en general, y sobre todo en el Derecho penal en particular, ha tenido una amplia acogida la variante del paradigma de la sociedad de riesgos formulada y desarrollada por el sociólogo alemán Ulrich BECK. No obstante, del paradigma de la sociedad de riesgos existen numerosas variantes sociológicas; véase al respecto la exposición de PRITWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 1993, pp. 49 ss., 75 ss. (para su propio concepto de sociedad del riesgo), y 115 ss. para la trascendencia de dicho paradigma en el Derecho.

peligrosas realizadas en todo y en cualquier ámbito social de riesgo³⁴. De este modo, para la crítica el conglomerado compuesto por las ideas de riesgo, de prevención y de seguridad, constituiría la referencia ideológica del Derecho penal moderno, y por eso a éste se lo suele identificar también mediante denominaciones plurales que remiten a aquellas ideas, como la muy difundida de Derecho penal “del riesgo”³⁵, pero también la similar de Derecho penal “del peligro”³⁶, y las de Derecho penal de la “prevención”³⁷ y de la “seguridad”³⁸, las cuales no discriminan en principio entre los diferentes riesgos ante los que se reaccionaría preventivamente por medio del Derecho penal³⁹. Por esto, para HASSEMER y la Escuela de Frankfurt, el nuevo Derecho penal económico – y el del ambiente – no es más que un sector o ámbito concreto del Derecho penal moderno, pues también incluyen en éste a regulaciones relativas a fenómenos tan dispares como, entre otros, el terrorismo, el tráfico de drogas, el procesamiento de datos y la criminalidad organizada en general⁴⁰.

³⁴ Véase HASSEMER, *NStZ*, 1989, pp. 557, 558 (= *Pena y Estado*, (1), 1991, pp. 33, 34 s.); EL MISMO, «Sicherheit durch Strafrecht», *HRRS*, (4), 2006, pp. 138 ss.; EL MISMO, «Strafrecht, Prävention, Vergeltung», *ZIS*, (7), 2006, pp. 270 s.

³⁵ Véase, por ejemplo, Peter-Alexis ALBRECHT, «Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionstaat. Entwicklungstendenzen des materiellen Strafrechts», *KritV*, 1988, pp. 184 ss.; CALLIESS, «Strafzwecke und Strafrecht», *NJW*, 1989, p. 1340; HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991, pp. 48 ss.; SEELMANN, «Risikostrafrecht. Die “Risikogesellschaft” und ihre symbolische Gesetzgebung” im Umwelt- und Betäubungsmittelstrafrecht», *KritV*, 1992, p. 452; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 1993, pp. 261 ss.; EL MISMO, «Risiken des Risikostrafrecht», en FREHSEE *et al.* (eds.), *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe. Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat*, t. 5, 1997, pp. 47 ss.; HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der “Risikogesellschaft”*, 1993, pp. 43 ss.; FREHSEE, «Die Strafe auf dem Prüfstand. Verunsicherungen des Strafrechts angesichts gesellschaftlicher Modernisierungsprozesse», *StV*, 1996, pp. 227 s.; y la exposición panorámica de ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 2 H n° 71 ss., pp. 36 s.

³⁶ Véase en este sentido, PUSCHKE, «Grund und Grenzen des Gefährdungstrafrechts am Beispiel der Vorbereitungsdelikte», en HEFENDEHL (ed.), *Grenzlose Vorverlagerung des Strafrechts?*, 2010, pp. 9 ss.

³⁷ Así WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionstrafrechts*, 2000, *passim*.

³⁸ Así KINDHÄUSER, «Sicherheitsstrafrecht. Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft», *Universitas*, 1992, pp. 227 ss.; HASSEMER, *HRRS*, (4), 2006, p. 134: “Derecho penal preventivo orientado a la seguridad”; BASAR, *Modernes Strafrecht – Vergessene Freiheit?*, 2014, pp. 259 ss.

³⁹ Por esto, carece de todo fundamento la crítica que dirige a mi discurso Díez RIPOLLÉS, «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *RECPC*, (6), 2004, p. 25, último párrafo de nota 42 que inicia en p. 24, en el sentido de que yo no discrimino entre tendencias encaminadas a modernizar el Derecho penal y las dirigidas a crear un nuevo modelo penal de seguridad ciudadana, porque así yo “termina(ría) legitimando cualesquiera movimientos político criminales expansivos”. Sin embargo, no es a mí, sino a los penalistas de Frankfurt y a sus seguidores, a quienes debe dirigirse una crítica como esa, pues son ellos quienes desde el principio han mezclado y confundido en el concepto de Derecho penal moderno a fenómenos muy heterogéneos y dispares sin discriminación alguna entre ellos. Por el contrario, quienes criticamos radicalmente dicho discurso –contra lo que opina Díez RIPOLLÉS– sí discriminamos claramente entre una modernización del Derecho penal *legítima* y otras tendencias punitivas *ilegítimas* como por ejemplo la del llamado Derecho penal del enemigo y la cercana a éste del Derecho de la seguridad ciudadana. Para mi réplica a la crítica de Díez RIPOLLÉS, cfr. *infra* 4.5.b).

⁴⁰ Véase HASSEMER, en PHILIPPS/SCHOLLER (eds.), *Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, 1989, pp. 89 s.; EL MISMO, *NStZ*, 1989, pp. 554, 557 (= *Pena y Estado*, (1), 1991, pp. 26, 32); EL MISMO, *ZRP*, 1992, p. 381 (= *ADPCP*, (45), 1992, pp. 240 s.); EL MISMO, «Perspectivas del Derecho penal futuro», *RP*, (1), 1998, p. 37; EL MISMO, «Los rostros del Derecho penal», *Cahiers de Défense Sociale*, (31), 2004, p. 114. Posteriormente, véanse los desarrollos de, por ejemplo, WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionstrafrechts*, 2000, pp. 110 ss., quien analiza como sectores específicos del Derecho penal moderno al ambiental (pp. 111 ss.), al económico (pp. 146 ss.), al de drogas y estupefacientes (pp. 178 ss.), y al relativo a la genética (pp. 203 ss.); HONG, *Flexibilisierungstendenzen des modernen Strafrechts und das Computerstrafrecht*, 2002, pp. 93 ss., quien estudia como sector concreto del Derecho penal moderno el relativo a la criminalidad informática (*Computerstrafrecht*); HESEL, *Untersuchungen zur Dogmatik und den Erscheinungsformen “modernen” Strafrechts*, 2004, pp. 9 ss., 215 ss., analiza como Derecho penal moderno al relativo al lavado de dinero y la ocultación de valores patrimoniales obtenidos ilícitamente (pp. 9 ss.), al ambiental (pp. 215 ss.), al económico

2. En lo esencial, para el discurso de Frankfurt⁴¹ la característica principal y esencial del nuevo Derecho penal moderno se definiría globalmente por el dato de que sus regulaciones legales darían lugar a una *masiva violación* de los principios y de las garantías jurídico-penales inherentes al Estado de Derecho⁴². Entre dichas violaciones destacarían, sobre todo, las relativas al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, y de sus anexos de subsidiariedad y *ultima ratio*.

a) Según el discurso de Frankfurt, los substratos *colectivos* que se presentan generalmente como objetos protegidos sobre todo por los nuevos tipos penales económicos y del ambiente⁴³ en principio no tendrían la calidad suficiente para reconocerlos como bienes jurídicos, porque los mismos –se dice– no estarían constituidos por ninguna realidad empírica perceptible y susceptible de ser referida directa e inmediatamente a intereses concretos de las personas⁴⁴; sólo serían meras “funciones”, instituciones, modelos u objetivos de organización política, social o

(pp. 246 ss.), al de drogas y estupefacientes (pp. 268 ss.) y al relativo a la genética (pp. 294 ss.); y recientemente, véase BASAR, *Modernes Strafrecht – Vergessene Freiheit?*, 2014, pp. 91 ss., quien estudia como sectores del Derecho penal moderno los relativos al terrorismo (pp. 91 ss.), al ambiente (pp. 146 ss.), a la economía (pp. 171 ss.) y a la criminalidad organizada (pp. 188 ss.).

⁴¹ Una panorámica de las percepciones político criminales globales de Frankfurt la ofrece la obra colectiva del Instituto de Ciencias criminales de Frankfurt, *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, *passim*; exposiciones detalladas y ordenadas de las principales tesis de Frankfurt pueden verse en WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionstrafrechts*, 2000, pp. 29 ss., 51 ss.; HESEL, *Untersuchungen zur Dogmatik und den Erscheinungsformen “modernen” Strafrechts*, 2004, pp. 396 ss.; HONG, *Flexibilisierungstendenzen des modernen Strafrechts und das Computerstrafrecht*, 2002, pp. 56 ss., 76 ss.; BASAR, *Modernes Strafrecht – Vergessene Freiheit?*, 2014, pp. 1 ss.; GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 127 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PG*, 4ª ed., 2014, pp. 81 ss.; JIMÉNEZ DÍAZ, «Sociedad del riesgo e intervención penal», *RECPC*, (16), 2014, pp. 6 ss.

⁴² Como resume GRECO, «Existem critérios para a postulação de bens jurídicos colectivos?», *Revista de Concorrência e Postulação*, (7/8), 2012, p. 350, la discusión sobre la modernización del Derecho penal, “parte de la premisa de que habría, de un lado, un Derecho penal ‘clásico’, cuyas características serían, aproximadamente, el individualismo, el liberalismo, la legalidad estricta, el predominio de los bienes jurídicos (o de los derechos subjetivos) individuales, y del delito de lesión, y, de otro, un contrapuesto Derecho penal ‘moderno’ antiindividualista, social, flexibilizador de la legalidad por medio de normas penales en blanco y de tipos estructurados según el modelo de accesoriedad administrativa, rico en bienes jurídicos supraindividuales y delitos de peligro abstracto”.

⁴³ En este sentido, por ejemplo, TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, pp. 66 ss. y especialmente 117 ss.; EL MISMO, «Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Übersicht», *JuS*, 1989, pp. 689, 691; EL MISMO, *Poder económico y delito*, 1985, pp. 12 s.; HASSEMER, en PHIPLIPPS/SCHOLLER (eds.), *Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, 1989, pp. 86 ss.; MÜLLER-DIETZ, «Aspekte und Konzepte der Strafrechtsbegrenzung», *FS-Rudolf Schmidt*, 1992, pp. 101 s.; MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, 1994, pp. 20 ss.; KRÜGER, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, 2000, pp. 15, 56 ss., 74 ss.; HIRSCH, «Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico», en VV.AA., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 371 s.; SCHÜNEMANN, «¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?», *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, (8), 1991, pp. 36 ss.; EL MISMO, en KÜHNE/MIYAZAWA (eds.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, pp. 24 ss.; HEFENDEHL, «Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur», *GA*, 2002, pp. 25 ss.; y en la doctrina española, véase BUSTOS RAMÍREZ, *Control social y sistema penal*, 1987, pp. 195 ss.; MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, 1997, pp. 1 ss., 21 ss., 47 ss., 71 ss.; Blanca MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, 2001, pp. 68 ss.; GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 65 ss.; EL MISMO, «La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático)», *RDPC*, (3), 2010, pp. 56 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PG*, 4ª ed., 2014, pp. 89 ss.; EL MISMO, «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del “Big Crunch” en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)», *LH-Cerezo Mir*, 2002, pp. 395 ss.; EL MISMO, «Bien jurídico y Derecho penal económico», en DEMETRIO CRESPO (dir.), *Crisis financiera y Derecho penal económico*, 2014, pp. 293 ss.

⁴⁴ Véase HASSEMER, en PHIPLIPPS/SCHOLLER (eds.), *Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, 1989, p. 89; véase también BASAR, *Modernes Strafrecht – Vergessene Freiheit?*, 2014, pp. 177 ss.

económica⁴⁵ que, además, sólo se podrían definir y formular de un modo vago e impreciso⁴⁶. Por esto, un reconocimiento de esos substratos como bienes jurídicos sólo se podría explicar en el marco de la tendencia actual a “licuar, espiritualizar o desmaterializar el concepto de bien jurídico”⁴⁷, para así poder reconocer ya la existencia de uno a partir de *cualquier* substrato social *inmaterial* al que se le atribuya un valor⁴⁸, y poder luego utilizarlo como pretexto para una ampliación de la incriminación⁴⁹. No obstante, hay que señalar que a pesar de todas estas iniciales afirmaciones, HASSEMER termina reconociendo la existencia de bienes jurídicos universales, y sólo rechaza toda protección penal de los mismos que no parta de su funcionalización a los intereses del individuo, tal y como ya antes, en 1972, había propuesto su discípulo M. MARX a partir de un concepto personal del bien jurídico⁵⁰.

b) El Derecho penal moderno habría sustituido el modelo de los tipos de lesión y de peligro concreto de bienes jurídicos individuales por otro en que predominarían los tipos de *peligro abstracto*⁵¹. De este modo se desviaría de los principios de *lesividad*, de *subsidiariedad* y de *ultima ratio*. Pues dado que la capacidad *abstracta general* de afectar a remotos bienes jurídicos fundamentales puede ser afirmada de *cualquier* conducta aunque sea inocua en el caso concreto, así entonces podrá estimarse comprendida en el tipo de peligro abstracto a cualquier conducta con tal que muestre elementos de contrariedad a los vagos y abiertos conceptos de la “seguridad” y del “interés general” en la protección de bienes jurídicos, y por todo ello el tipo de peligro abstracto es siempre uno carente de límites⁵². Además, y por esto mismo, los tipos de peligro abstracto entran en conflicto también con el principio de legalidad, pues en ellos se reducen considerablemente los

⁴⁵ Véase HASSEMER, en PHIPLIPPS/SCHOLLER (eds.), *Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, 1989, p. 89.

⁴⁶ Véase HASSEMER, en PHIPLIPPS/SCHOLLER (eds.), *Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, 1989, pp. 88 s.; EL MISMO, *NStZ*, 1989, p. 557 (= *Pena y Estado*, (1), 1991, p. 32); EL MISMO, «Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.10.1989 – 5 Ss 384/89», *JuS*, 1990, p. 850; EL MISMO, *ZRP*, 1992, pp. 380 s. (=ADPCP, (45), 1992, p. 241); EL MISMO, en HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, 1995, pp. 28 s.; y en el mismo sentido, SEELMANN, «Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht», *NJW*, 1990, pp. 1258 s.; MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, 1994, p. 1; WEIGEND, «Bewältigung von Beweisschwierigkeiten durch Ausdehnung des materiellen Strafrechts?», *FS-Triffterer*, 1996, p. 699; también JAKOBS, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischen” Prinzipienendenken», *ZStW*, (107), 1995, p. 856; KRÜGER, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, 2000, pp. 56 ss. y *passim*; HESEL, *Untersuchungen zur Dogmatik und den Erscheinungsformen “modernen” Strafrechts*, 2004, pp. 373 ss.

⁴⁷ Así HASSEMER, «Vorbemerkungen zu § 1», *AK*, t. 1, 1990, nm. 265; también HIRSCH, en *VV.AA., Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, p. 381.

⁴⁸ Así por ejemplo, MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, 1994, p. 2.

⁴⁹ Véase HASSEMER, «Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale», en *Dei delitti e delle pene*, 1984, pp. 108, 112 s.; EL MISMO, *NStZ*, 1989, pp. 353 ss. (= *Pena y Estado*, (1), 1991, pp. 23 ss.).

⁵⁰ Véase Michael MARX, *Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”. Prolegomena einer materialen Verbrechenlehre*, 1972, pp. 79 ss.; HASSEMER, en PHIPLIPPS/SCHOLLER (eds.), *Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, 1989, pp. 90 ss.; EL MISMO, *ZRP*, 1992, p. 383; también HASSEMER/NEUMANN, «Vorbemerkungen zu § 1», *NK*, t. 1, 4ª ed., 2013, n° 127 (p. 119), n° 132 (p. 120).

⁵¹ Véase HASSEMER, en PHIPLIPPS/SCHOLLER (eds.), *Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, 1989, p. 89; EL MISMO, *NStZ*, 1989, p. 558 (= *Pena y Estado*, (1), 1991, pp. 34 s.); EL MISMO, *ZRP*, 1992, p. 381 (=ADPCP, (45), 1992, p. 242); HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991, pp. 54, 74 ss.; BASAR, *Modernes Strafrecht – Vergessene Freiheit?*, 2014, pp. 207 ss.

⁵² En este sentido, véase, con distintos matices y en diferentes contextos, por ejemplo, LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, pp. 138 ss., y especialmente 186 s. y 482 ss., si bien este autor – cfr. *infra* nota 86 – ve a los delitos de peligro abstracto conformes con el principio de proporcionalidad; ZIESCHANG, *Die Gefährungsdelikte*, 1998, pp. 354 ss.

presupuestos de la punibilidad⁵³. Al carecer de referencia lesiva determinada, lo que se pena en ellos es, en realidad, la mera desviación de reglas o del estándar de funcionamiento de los subsistemas sociales⁵⁴, o la simple infracción del deber como desobediencia a la norma⁵⁵. La inflación de conductas punibles con los delitos de peligro abstracto, prácticamente ilimitada, pone claramente de manifiesto, empero, que el moderno Derecho penal del riesgo se ha convertido en *primera* –y tal vez en *única*– *ratio* en la defensa del orden social⁵⁶. Por todo ello, los delitos de peligro abstracto serían contrarios a las garantías liberales de protección subsidiaria de bienes jurídicos y del recurso a la pena como *ultima ratio*⁵⁷, y darían lugar además a la lesión de otras garantías dependientes de ellos, como la del principio de legalidad, pero también las derivadas de los principios de culpabilidad y de proporcionalidad⁵⁸.

c) El Derecho penal moderno tendría un carácter sólo *simbólico*⁵⁹, pues los únicos fines que pretendería realizar el legislador por medio de los nuevos tipos penales serían producir el efecto meramente aparente –*simbólico*– de que con la criminalización de comportamientos conectados a los nuevos riesgos daría la solución eficaz demandada, o producir el efecto pedagógico o educativo de que la población adquiriera conciencia de la necesidad de respetar determinados valores, el estándar o el buen orden de determinados sectores de actividad, etc.⁶⁰. Por todo esto, el

⁵³ Véase HASSEMER, en PHILIPPS/SCHOLLER (eds.), *Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, 1989, p. 89, afirmando que aquí se produce un empobrecimiento de los presupuestos de la punibilidad, porque en lugar de una víctima perceptible, de un daño y de la causalidad de la acción para el daño, tan sólo es precisa la comprobación de una conducta peligrosa, y esto supone una liquidación del concepto de bien jurídico; además, véase EL MISMO, ZRP, 1992, p. 381 (=ADPCP, (45), 1992, p. 242); y EL MISMO, en HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, 1995, pp. 29 s.

⁵⁴ Véase en este sentido, FRISCH, «Straftat und Straftatsystem», en WOLTER/FREUND (eds.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, 1996, p. 150, hablando de un “control ‘socialtecnológico’ de comportamientos que se desvían de la regla”.

⁵⁵ Véase HIRSCH, «Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen?», en KÜHNE/MIYAZAWA (eds.), *Neue Strafrechtentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich*, 1995, pp. 20 s.; ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikte*, 1998, pp. 383, 388 ss.

⁵⁶ Así HASSEMER, en PHILIPPS/SCHOLLER (eds.), *Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, 1989, p. 93; EL MISMO, ZRP, 1992, p. 381 (=ADPCP, (45), 1992, p. 243); EL MISMO, en HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, 1995, p. 31; ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikte*, 1998, pp. 391 ss.; BASAR, *Modernes Strafrecht – Vergessene Freiheit?*, 2014, pp. 210 s.

⁵⁷ Cfr. nota anterior.

⁵⁸ Implícitamente así, KINDHÄUSER, «Zur Legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikten im Wirtschaftsstrafrecht», en SCHÜNEMANN/SUÁREZ GONZÁLEZ (eds.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrecht. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, 1994, p. 134; antes, KINDHÄUSER, «Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz», en LÜDERSEN *et al.* (eds.), *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, 1990, pp. 29 ss. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que KINDHÄUSER legitima ampliamente los delitos de peligro abstracto mediante su tesis de que éstos lesionarían el bien jurídico autónomo de la “seguridad”, entendida como ausencia de preocupación al disponer de los bienes jurídicos individuales; véase KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 279 ss. Las cautelas de KINDHÄUSER se refieren más bien a los bienes jurídicos colectivos del Derecho penal económico; véase KINDHÄUSER, en SCHÜNEMANN/SUÁREZ GONZÁLEZ (eds.), *Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, 1994, pp. 129 ss.

⁵⁹ Véase HASSEMER, *NStZ*, 1989, pp. 553, 556 ss. (= *Pena y Estado*, (1), 1991, pp. 23 ss., 30 ss.); EL MISMO, ZRP, 1992, p. 382 (= *ADPCP*, (45), 1992, p. 244); EL MISMO, «Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik», *StV*, 1995, p. 486; HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991, pp. 59 ss., 68 ss.; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 1993, pp. 255 ss., 365.

⁶⁰ Véase HASSEMER, *NStZ*, 1989, pp. 556, 558 s. (= *Pena y Estado*, (1), 1991, pp. 30, 34 ss.); EL MISMO, ZRP, 1992, p. 381 (= *ADPCP*, (45), 1992, p. 240); EL MISMO, *StV*, 1995, p. 486; EL MISMO, en HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, 1995, pp. 25, 33; HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991, pp. 59 ss., 68 ss.; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 1993, pp. 255 ss., 365; APPEL, *Verfassung und Strafe*, 1998, pp. 35 s., 356; STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 1998, pp. 128, 240.

Derecho penal moderno habría superado el principio de exclusiva protección subsidiaria de bienes jurídicos⁶¹; pues en él la dialéctica de tal principio habría dado lugar a una inversión completa de su valor: en lugar de ser utilizado con función crítica en sentido *descriminalizador*⁶², se lo pondría al servicio de la función opuesta, de sentido *criminalizador*⁶³.

d) A partir de todas estas supuestas amenazas para las garantías del Estado de Derecho, que el discurso de Frankfurt ve en el Derecho penal moderno y que según él lo harían ilegítimo, HASSEMER postuló la despenalización de todos los ilícitos modernos y su reubicación en un “nuevo” *Derecho de intervención*, el cual sería una especie de ordenamiento sancionador dispuesto, por un lado, entre el Derecho penal y el administrativo sancionador, y, por otro, entre el Derecho civil y el Derecho público⁶⁴. Este Derecho de intervención tendría, ciertamente, elementos absolutamente penales, pero a diferencia del penal en sentido estricto, que reacciona con la pena *a posteriori* frente a hechos de lesión o de peligro concreto de bienes jurídicos, estaría orientado específicamente a dar respuesta a las situaciones de amenaza de riesgos globales en términos estrictamente *preventivos*⁶⁵. Este Derecho de intervención proporcionaría “un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del Derecho penal”, pero, como contrapartida, tendría “menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos”⁶⁶.

⁶¹ Así HASSEMER, *ZRP*, 1992, p. 381 (= *ADPCP*, (45), 1992, p. 243); EL MISMO, en HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, 1995, p. 31; BASAR, *Modernes Strafrecht – Vergessene Freiheit?*, 2014, pp. 207 ss.; también STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 1998, p. 57, recordando que la protección penal no ha tenido nunca un alcance absoluto, ni en el caso de la protección de la vida humana.

⁶² Véase, por ejemplo, HASSEMER, en PHIPLIPPS/SCHOLLER (eds.), *Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, 1989, p. 87.

⁶³ Véase HASSEMER, en PHIPLIPPS/SCHOLLER (eds.), *Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, 1989, pp. 86 s.; EL MISMO, *ZRP*, 1992, p. 380 (= *ADPCP*, (45), 1992, p. 239); EL MISMO, en HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, 1995, pp. 22 ss.; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 1993, pp. 174 s.

⁶⁴ Véase HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, 1995, p. 46.

⁶⁵ Véase HASSEMER, «Person, Welt und Verantwortlichkeit», *FS-Bemman*, 1997, p. 188 (= en *Strafen im Rechtsstaat*, 2000, p. 155); HASSEMER, *StV*, 1995, p. 489 (= en *Strafen im Rechtsstaat*, 2000, pp. 291 s.).

⁶⁶ Véase HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, 1995, p. 46; además, HASSEMER, *StV*, 1995, p. 490 (= en *Strafen im Rechtsstaat*, 2000, pp. 292); EL MISMO, *FS-Bemman*, 1997, p. 188 (= en *Strafen im Rechtsstaat*, 2000, p. 155); y en sentido similar, NAUCKE, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, 1985, pp. 35 ss. Sin embargo, contradiciendo su propuesta de la menor intensidad de las sanciones del Derecho de intervención, HASSEMER ha sugerido que se pueda disponer en él de “medios más agudos” que el que representa una pena privativa de libertad susceptible de remisión condicional, como por ejemplo la posibilidad de cierre de un establecimiento; véase HASSEMER, *StV*, 1995, p. 490 (= en *Strafen im Rechtsstaat*, 2000, p. 292). STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 1998, p. 156, reconoce que en esta propuesta de HASSEMER quedan aún muchas cuestiones abiertas, pero muestra su disposición a desarrollarla como “una apropiada alternativa jurídica al Derecho penal”.

3. En la doctrina alemana, la mayoría de los enunciados y de las proposiciones centrales de la Escuela de Frankfurt, y también de sus “argumentos”, fueron replicados y rechazados con críticas, a mi juicio, tan demoledoras como concluyentes, sobre todo por TIEDEMANN⁶⁷, KUHLEN⁶⁸, SCHÜNEMANN⁶⁹, HEFENDEHL⁷⁰ y, recientemente, por GRECO⁷¹:

a) Como ha dicho HEFENDEHL, de la evidencia de que todo bien jurídico tenga que estar referido en última instancia a la persona, no resulta “ningún principio del que se pueda deducir *more geometrico* cuándo un tipo penal o un bien jurídico que le sirve de base es o no es legítimo”⁷². Lo que sucede es que la construcción de los bienes jurídicos colectivos requiere de una argumentación mucho más compleja y no puede ajustarse al canon de la de los individuales⁷³. Contra la negación del reconocimiento como bienes jurídicos a los objetos de los tipos penales económicos, el discurso de modernización alemán opone con razón el dato, evidente e incuestionable, de que los bienes jurídicos colectivos no son en absoluto ningún producto surgido *ex novo* con el nuevo Derecho penal económico⁷⁴, pues el reconocimiento de ellos es tan antiguo como el concepto de bien jurídico mismo. Así lo prueba el que todos los Códigos penales del siglo XIX incluyeran en sus catálogos tipos que, como el falso testimonio, la falsificación de moneda o las falsedades de instrumentos del tráfico jurídico y económico, protegen bienes jurídicos inequívocamente colectivos como, respectivamente, la Administración de Justicia, la moneda o la fe pública⁷⁵. Por otro lado, el reconocido como fundador de la teoría del bien jurídico, BIRNBAUM, admitió, junto a los denominados por él como “innatos”, a otros bienes (jurídicos) que serían “producto de la evolución social”, y distinguió claramente entre delitos contra bienes individuales y contra bienes colectivos (contra la comunidad)⁷⁶.

⁶⁷ Véase TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, 1985, pp. 33 s.; EL MISMO, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2014, pp. 29 s. n.º 65, y especialmente, pp. 79 ss. n.º 181 ss.; EL MISMO, *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial*, 2010, pp. 58 s. n.º 45, especialmente pp. 66 ss. n.º 58 ss.

⁶⁸ Véase KUHLEN, «Zum Strafrecht der Risikogesellschaft», GA, 1994, pp. 347 ss.

⁶⁹ Véase sobre todo SCHÜNEMANN, GA, 1995, pp. 203 ss. (= ADPCP, (49), 1996, pp. 190 ss.); y EL MISMO, en KÜHNE/MIYAZAWA (eds.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, pp. 19 ss.; véase una sucinta, pero muy clara y precisa exposición de las tesis fundamentales de SCHÜNEMANN, en JIMÉNEZ DÍAZ, RECPC, (16), 2014, pp. 13 ss.

⁷⁰ Véase HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, *passim*.

⁷¹ Véase GRECO, «“Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico a as estruturas do delito», *Revista brasileira de Ciências criminais*, (49), 2004, pp. 89 ss.; EL MISMO, «Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts?», *FS-Roxin II*, t. 1, 2011, pp. 119 ss.; EL MISMO, *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*, 2010, pp. 38 ss.

⁷² Véase HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, p. 65. En el mismo sentido, BUSTOS RAMÍREZ, *Control social y sistema penal*, 1987, p. 27, advierte que el concepto de bien jurídico ni viene dado por la naturaleza de las cosas, ni es una revelación metafísica al legislador no susceptible de discusión, y por eso rechaza “dar por sentada la inmutabilidad y eternidad de los objetos de protección del Derecho penal” (p. 28).

⁷³ Véase HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, p. 80.

⁷⁴ Así HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, p. 217.

⁷⁵ Así, por ejemplo, TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial*, 2010, p. 66 n.º 58; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, p. 215; ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, 2005, pp. 228 s.; GRECO, *Revista brasileira de Ciências criminais*, (49), 2004, p. 104.

⁷⁶ Véase BIRNBAUM, «Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechenens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung», *AdC - Neue Folge*, (15), 1834, pp. 174, 177 y 178. Sobre ello han llamado la atención, entre otros, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 44 s.; HIRSCH, en VV.AA., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, p. 375 y nota 23; y SCHÜNEMANN, «Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation», en HEFENDEHL et al. (eds.), *Die Rechtsguttheorie*, 2003, p. 140 (= «El principio de protección de bienes

Más decisivo que el dato en sí lo es el hecho de que la doctrina jurídico-penal —incluidos los representantes de Frankfurt— nunca ha cuestionado el reconocimiento de bienes jurídicos colectivos ni la intervención punitiva frente a sus lesiones o peligros, sino todo lo contrario⁷⁷. Lo que el discurso de Frankfurt cuestiona no es, pues, la existencia ni el concepto de bienes jurídicos colectivos —y de hecho, no los cuestiona—, sino únicamente que pueda reconocerse como tales precisamente a los objetos de los modernos tipos penales económicos⁷⁸. Pero a este respecto, y si bien aquí debo renunciar a exponer las tesis, hay que dejar constancia, al menos, de que ya en 1969 TIEDEMANN había fundamentado convincentemente el carácter de bienes jurídicos colectivos —*intermedios* entre los individuales y los estatales— de aquellos objetos⁷⁹, y de que en 1975 dicha fundamentación fue reforzada y robustecida, también convincentemente y con importantes matices propios, por SCHÜNEMANN⁸⁰. Por lo demás, en la doctrina más reciente, HEFENDEHL ha proporcionado una fundamentación definitiva de los bienes jurídicos colectivos⁸¹ en la que GRECO, con razón, ha visto un “punto de no retorno”⁸².

b) En lo que se refiere a las descalificaciones de los delitos de peligro abstracto por el discurso de Frankfurt, SCHÜNEMANN y KUHLEN han demostrado contundentemente la necesidad de ellos en la sociedad actual, precisamente para la *protección de bienes jurídicos*, y para nada más. Cuando las relaciones sociales tenían lugar entre sujetos claramente identificados e individualizados que se comunicaban e interactuaban directa y personalmente, y que por esto mismo gozaban de amplias posibilidades de “autoprotección” frente a los posibles peligros que surgieran en la relación social interpersonal, la intervención penal podía retardarse hasta el momento de la lesión o adelantarla, como mucho, al del peligro concreto. Sin embargo, en la sociedad actual aquel modo de relación ha sido sustituido por otros de carácter masificado y anónimo en ámbitos en que confluyen multitud de cursos causales de muy diversa procedencia (por ejemplo en la producción y distribución de alimentos), los cuales pueden desencadenar peligros que, por aquel carácter masificado y anónimo de los modos de relación social, ya no tienen como posibles víctimas a un individuo concreto o a un grupo concreto de éstos con capacidad y con posibilidades de autoprotección, sino a una pluralidad anónima —a veces a masas— de individuos que podrían entrar eventualmente en contacto con esos peligros en “puntos colectivos de distribución” de los riesgos, ignorando la existencia real de los peligros en dichos puntos y, además, con escasas posibilidades de detectarlos, quedando así mermadas, e incluso

jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación», en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, 2007, p. 206).

⁷⁷ Véase sólo HASSEMER/NEUMANN, «Vorbemerkungen zu § 1», *NK*, t. 1, 4ª ed., 2013, n° 127 (p. 119): “apenas se puede discutir que en función de su portador y de la facultad de disposición, los bienes jurídicos tienen que diferenciarse en bienes jurídicos de una persona y en bienes jurídicos de la ‘generalidad’ (Estado, sociedad)”.

⁷⁸ Véase en este sentido MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, 2005, p. 44; GRACIA MARTÍN, «Über die notwendige Modernisierung des Strafrechts in der deutschen und spanischen Doktrin», *GA*, 2010, p. 337; EL MISMO, *RDPC*, (3), 2010, p. 49.

⁷⁹ Véase TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, pp. 119 ss.; véase la detallada exposición de la tesis de TIEDEMANN, y de las críticas de que ésta ha sido objeto, de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PG*, 4ª ed., 2014, pp. 192 ss.

⁸⁰ Véase SCHÜNEMANN, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit- und Gefährdungsdelikte», *JA*, 1975, pp. 793 y 798.

⁸¹ Véase HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, pp. 65 ss., 80 ss., 113 ss., y *passim*.

⁸² Véase GRECO, *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*, 2010, p. 45.

anuladas, sus capacidades y posibilidades reales de autoprotección⁸³. Que en estas circunstancias no puede prescindirse de una anticipación de la intervención penal al momento en que se exterioriza el peligro inherente a la actividad (en aquellos puntos colectivos de distribución) es algo que – como dice SCHÜNEMANN en contra de la opinión de Frankfurt – “deriva prácticamente de la naturaleza de las cosas”⁸⁴. Por esto, la conformidad de los delitos de peligro abstracto con los principios de intervención penal subsidiaria y como *ultima ratio* debería estar fuera de discusión respecto de situaciones como las descritas⁸⁵. Por otro lado, ninguna duda le plantea a TIEDEMANN la legitimidad de los delitos de peligro abstracto desde el punto de vista del principio de proporcionalidad⁸⁶. Pero es que incluso en el plano constitucional y en el dogmático, SCHÜNEMANN ha puesto de relieve con una claridad que solamente una ceguera podría impedir percibirlo, que la “alta definición” con que están descritas en los delitos de peligro abstracto tanto las circunstancias del hecho, como la acción típica misma, los hace sin duda mucho más conformes con la garantía material de determinación del tipo, como exigencia del principio de legalidad, de lo que lo son los tradicionales tipos imprudentes de resultado⁸⁷, los cuales han sido, son, y serán siempre un paradigma de tipos de contenido en principio no finito, que hace necesaria la determinación de éste por el intérprete y que, por esto, plantean problemas para la realización del principio de legalidad en su dimensión de garantía material de determinación⁸⁸⁻⁸⁹.

⁸³ Véase HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, pp. 164 ss., 167 ss.; EL MISMO, «Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm», en EL MISMO *et al.* (eds.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, p. 130 (= «El bien jurídico como eje material de la norma penal», en EL MISMO (ed.), *La teoría del bien jurídico*, 2007, pp. 193 s.); SCHÜNEMANN, «Presentación», en GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 15 ss. Sobre el principio victimodogmático de las posibilidades de autoprotección, véase sobre todo SCHÜNEMANN, «Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen», *ZStW*, (90), 1978, pp. 54 ss.; EL MISMO, «Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts», *FS-Bockelmann*, 1979, pp. 130 s.; EL MISMO, «Die Zukunft der Viktimo-Dogmatik: Die viktimologische Maxime als regulatives Prinzip zur Tatbestandseinschränkung im Strafrecht», *FS-Faller*, 1984, pp. 361 ss.; EL MISMO, «Einige vorläufige Bemerkungen zur Bedeutung des viktimologischen Ansatzes in der Strafrechtsdogmatik», en SCHNEIDER (ed.), *Das Verbrechenopfer in der Strafrechtspflege*, 1982, pp. 407 ss.; EL MISMO, «Das System des strafrechtlichen Unrechts: Rechtsgutsbegriff und Viktimodogmatik als Brücke zwischen dem System des Allgemeinen Teils und dem Besonderen Teil», en EL MISMO (ed.), *Strafrechtssystem und Betrug*, 2002, pp. 61 ss.; y EL MISMO, «Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik – von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat», en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Mediating Principles*, 2006, pp. 31 ss.

⁸⁴ Así SCHÜNEMANN, *GA*, 1995, p. 212 (= *ADPCP*, (49), 1996, p. 199).

⁸⁵ Así SCHÜNEMANN, en KÜHNE/MIYAZAWA (eds.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, pp. 34 ss.; KUHLEN, «Umweltstrafrecht, auf der Suche nach einer neuen Dogmatik», *ZStW*, (105), 1993, pp. 711 ss., 720 ss.; véase en el mismo sentido TIEDEMANN, como en nota siguiente.

⁸⁶ Véase TIEDEMANN, ya en *Poder económico y delito*, 1985, pp. 33 s.; y ahora EL MISMO, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2014, p. 80 n° 183; en el mismo sentido, véase LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, pp. 482 ss.; y APPEL, *Verfassung und Strafe*, 1998, pp. 573 s.

⁸⁷ Véase SCHÜNEMANN, *GA*, 1995, p. 214 (= *ADPCP*, (49), 1996, p. 201).

⁸⁸ Sobre ello véase, por ejemplo, CEREZO MIR, *PG I*, 6ª ed., 2004, p. 207.

⁸⁹ En cuanto al argumento de la disconformidad de los llamados “delitos acumulativos” con el principio de culpabilidad, con el que se trata de deslegitimar a esta particular especie de delitos de peligro abstracto, por si no fueran lo suficientemente concluyentes los argumentos esgrimidos en su día por KUHLEN en defensa de su legitimidad (véase KUHLEN, *ZStW*, (105), 1993, pp. 711 ss., 720 ss.; y ya antes EL MISMO, «Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB)», *GA*, 1986, pp. 399 ss., 402 ss.), HEFENDEHL ha puesto de manifiesto que semejante objeción, que remite en última instancia a que lo injusto de tales delitos solo estaría fundamentado *ex iniuria tertii*, tendría validez sólo si en el marco de la concreta estructura típica tuviera lugar una remisión a lo injusto de terceros con efecto de *fundamentación* de la responsabilidad, pero es obvio que éste no es el

4. En la doctrina alemana, se aprecia que el debate sobre la modernización del Derecho penal se ha detenido, o por lo menos se ha reducido considerablemente el tono vívido de la discusión desde hace aproximadamente una década, y que la dialéctica entre las posturas doctrinales enfrentadas ha quedado de hecho en los mismos términos en que tuvo lugar durante el curso de los debates vivos, es decir, sin que se hayan producido puntos de aproximación, ni mucho menos de consenso entre ambas. A mi juicio, el balance de situación podría describirse como sigue: mientras que el discurso de Frankfurt se ha quedado estancado por su agotamiento, pues no ha avanzado con nuevos argumentos críticos contra el discurso de modernización⁹⁰, en éste sí han tenido lugar notables avances y progresos que lo han afianzado y robustecido, ciertamente no porque haya ganado amplias adhesiones⁹¹, pero sí en el sentido que realmente importa, porque es el decisivo, de un fortalecimiento de la validez de los enunciados y de las proposiciones favorables a la modernización. Este balance es hasta cierto punto lógico en su resultado, y a mi juicio se puede explicar por los siguientes motivos.

a) Del estancamiento del discurso de Frankfurt se puede decir verosímilmente que, ya desde su inicio, era objetivamente previsible *ex ante*. En primer lugar, por su empeño en la defensa a cualquier precio de unos contenidos ultraliberales para los principios y conceptos jurídico-penales, con la falsa creencia de que así podría lograr, al menos, contener al discurso de modernización. Pues de este modo no podía lograr otra cosa que una retirada a un pasado decimonónico⁹², y caer así en una *involución* que, por definición, tenía que impedirle poder desarrollar los principios y los conceptos jurídico-penales *de origen liberal* no sólo para hacerlos operativos en relación con los problemas del tiempo presente⁹³ – que también –, sino sobre todo para reducir las imprecisiones y la indeterminación que conllevan los meros enunciados generales de los mismos en cuanto al verdadero alcance de su fuerza vinculante en relación con *cualquier* ámbito del Derecho penal, es decir, también respecto de los sectores *tradicionales*. Pues es una evidencia que las imprecisiones e indeterminaciones del alcance de aquellos principios constituyen un déficit crónico de *todo* el Derecho penal en general⁹⁴, que hasta el presente no ha sido superado por la Ciencia jurídico-penal,

caso en los delitos de acumulación; véase HEFENDEHL, GA, 2002, p. 27.

⁹⁰ Una verificación de esto la ofrece la reciente monografía de BASAR, *Modernes Strafrecht – Vergessene Freiheit?*, 2014, *passim*, quien tras su análisis de los ámbitos singulares del Derecho penal moderno, en su toma de posición repite de hecho fielmente los mismos argumentos iniciales de HASSEMER y de la escuela de Frankfurt, véase BASAR, *op. cit.*, pp. 202 ss.

⁹¹ Esto, sin embargo, es patente en la doctrina española, en la que, como veremos, son mayoritarias las tendencias favorables en mayor o menor grado a la modernización del Derecho penal.

⁹² Así SCHÜNEMANN, GA, 1995, p. 217 (= ADPCP, (49), 1996, p. 205); BUSTOS RAMÍREZ, *Control social y sistema penal*, 1987, p. 186; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho penal*, 4ª ed., 2006, pp. 224 s.; GRACIA MARTÍN, RDPC, (3), 2010, pp. 43 s.; EL MISMO, GA, 2010, pp. 332 s.

⁹³ En este sentido también SILVA SÁNCHEZ, «Prólogo», en la edición española de INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.)/ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (ed. española), *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, p. XIII nota 3, al indicar respecto de los postulados de Frankfurt, que “si se pretende sacar al Derecho penal de su situación, probablemente insostenible, deben formularse propuestas *posibilistas*, en vez de refugiarse numantamente en el extremo opuesto de la defensa de una utopía (y ucronía) liberal radical”, y al afirmar asimismo (SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2001, p. 149), que “la verdadera imagen del Derecho penal del siglo XIX no es, pues, la que por algunos pretende dibujarse en nuestros días”.

⁹⁴ Como advierte con razón ROXIN, «El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen», *RECPC*, (15), 2013, p. 21: “los partidarios del bien jurídico no han sido capaces de poner suficientemente en claro si el postulado de la afectación a un bien jurídico supone una directriz político-criminal a ofrecer al legislador, pero que *no le vincula*, o si, en cambio –y en su caso, bajo qué presupuestos–, la falta de conexión con

y que hace, por esto, que a la invocación de tales principios no se le pueda conceder generalmente otro valor que el de meros tópicos metalingüísticos que cada cual utiliza como recurso meramente retórico a favor o en contra, según el caso, de la tesis que pretende defender o rechazar, pero sin desarrollar luego la mínima argumentación necesaria que permita verificar el cumplimiento o, en su caso, el incumplimiento de los principios en el supuesto en relación al cual se los invoca en el modo dicho⁹⁵. Pero en segundo lugar, el estancamiento mencionado lo explica también, a mi juicio,

un bien jurídico puede conducir a la *ineficacia* de una disposición penal” (cursiva mía); niega que el principio del bien jurídico sea vinculante para el legislador, por ejemplo, BACIGALUPO ZAPATER, «Rechtsgutsbegriff und Grenzen des Strafrechts», *FS-Jakobs*, 2007, p. 14; por el contrario, lo considera vinculante, por ejemplo, SCHÜNEMANN, en HEFENDEHL *et al.* (eds.), *Die Rechtsguttheorie*, 2003, pp. 141 y 142 ss. (= en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, 2007, pp. 207 s., 209 ss.); SCHÜNEMANN, en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Mediating Principles*, 2006, pp. 18 ss. Por todo esto, la posibilidad de que algunos tipos penales puedan ser incompatibles con los principios y garantías es una relativa a “cualquier Derecho penal”, y no sólo “al Derecho penal moderno” (*sc.*, para la protección de bienes jurídicos colectivos); en este sentido, véase HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, p. 179, en relación con la posibilidad de tipos penales puramente simbólicos.

⁹⁵ La situación es, sin duda, desoladora, y debería invitar a la reflexión antes de hacer afirmaciones sobre el cumplimiento o el incumplimiento de semejantes principios, pues la mayor parte de las veces se hacen *sin más*, es decir, sin la mínima argumentación demostrativa. Y así, por ejemplo, ROXIN, uno de los más caracterizados defensores del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, decía aún en la 3ª edición de su Tratado (*AT I*, 3ª ed., 1997, pp. 29 s. nm. 48), que “el concepto de bien jurídico... se describe del modo más diverso y frecuentemente resulta bastante vaga su operatividad para la elaboración de un concepto material de delito”, y que por ello, “el cometido jurídico-penal de la protección de bienes jurídicos reposa sobre fundamentos inseguros”; y aunque ROXIN suprimiera dicha observación en la 4ª edición de 2006, no obstante permanece implícita en ésta, pues al enumerar varias de las definiciones de bien jurídico de entre las muchas que se han dado en la doctrina, no puede dejar de advertir que “no es infundado el escepticismo existente ante la capacidad de rendimiento del concepto de bien jurídico”; véase ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 2 nm. 3, p. 14, y además § 2 nm. 120, p. 53; véase además en el mismo sentido ROXIN, *RECPC*, (15), 2013, pp. 6 ss. y 21; tal vez aún más perplejidad provoca que STRATENWERTH, en su artículo sobre el bien jurídico («Zum Begriff des “Rechtsgutes”») publicado en el *FS-Lenckner*, 1998, después de enumerar hasta 11 definiciones de bien jurídico formuladas hasta la fecha por la doctrina penal (pp. 378 s.), y de analizar un buen número de ellas (pp. 379 ss.), llegue finalmente a la conclusión de que ninguna es apropiada para captar lo que realmente pueda ser un bien jurídico y que, por ello, la mayor parte de los contenidos desarrollados por la Ciencia penal hasta ahora tienen poco que ver con el concepto del bien jurídico (pp. 388 ss.); véase además, STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, p. 26 nm. 7. Nada distinto sucede con respecto a los principios de intervención mínima, de subsidiariedad, y de *ultima ratio*, respecto de los cuales la Ciencia penal no ha logrado hasta la fecha proveer de contenidos materiales seguros a ninguno de ellos, ni precisar su alcance; véase LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, pp. 144, 427 ss.; APPEL, *Verfassung und Strafe*, 1998, pp. 206 s., 354 s., 390; y STÄCHELIN *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 1998, p. 163; ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 2 nm. 101, p. 47, quien considera que el principio de subsidiariedad es más bien una “directiva política criminal” que un mandato de forzoso cumplimiento; en relación con el carácter fragmentario del Derecho penal –debido a BINDING–, APPEL, *Verfassung und Strafe*, 1998, p. 411, ha puesto de manifiesto que incluso en su formulación por el mismo BINDING no constituye ninguna exigencia normativa, sino que sólo es una constatación empírico-descriptiva; y TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2014, p. 83 n° 189; EL MISMO, *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial*, 2010, p. 70, considera que el carácter fragmentario del Derecho penal no se puede cumplir siempre. En la doctrina española, advierte sobre las inconcreciones y los contenidos confusos de los principios señalados, Díez RIPOLLÉS, «El bien jurídico protegido en el Derecho penal garantista», *JpD*, (30), 1997, pp. 12 s.; EL MISMO, *RECPC*, (6), 2004, p. 22; EL MISMO, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, 2ª ed., 2013, pp. 138 ss. En este sentido, pues, no parece que pueda otorgarse a tales principios nada más que el valor de directrices normativas cuya concreción se encuentra todavía pendiente de realización, y que toda apelación a ellos, mientras no tenga lugar al menos una mínima concreción de los mismos, no puede tener otro valor que el de un recurso metalingüístico y retórico que no prueba ni demuestra nada de lo que se afirma o niega. Pero por esta razón, toda descalificación del Derecho penal moderno que se base sólo en la afirmación, *sin más*, de que con él se violan semejantes principios, ya no puede verse más que como una que, por eso, ya es portadora por sí misma de su propia descalificación y de su falta de validez; en un sentido parecido, en relación con la invocación del principio de intervención mínima, véase POZUELO PÉREZ, «Notas sobre la denominada “expansión del Derecho penal”: un análisis al hilo de los delitos contra la ordenación del territorio», *RDPP*, (9), 2003, pp. 19 s., advirtiendo con razón que “el juicio acerca de la legitimidad o ilegitimidad de la intervención a menudo se queda en la invocación de principios cuyo concreto contenido, a efectos de señalar la efectiva ruptura que una determinada

el hecho de que el discurso de Frankfurt no haya logrado nunca replicar con éxito a los sólidos argumentos del discurso de modernización, y sobre todo que sus réplicas frustradas hayan producido más bien el efecto de reforzarlos y de robustecerlos gracias, y precisamente, a la crítica misma. Esto es así por una misma razón con una doble vertiente que se halla presente en las críticas mismas.

aa) Por un lado, el discurso de Frankfurt no ha logrado oponer al de modernización nada nuevo y distinto a lo mismo que ya esgrimió desde el principio en origen, sino que se limita a repetir lo mismo en sus mismos términos, con lo cual no avanza ni consigue rebatir en lo más mínimo las réplicas del discurso de modernización, pues dado que éstas producen enunciados y proposiciones “nuevos”, frente a éstos ya no cabe reiterar los mismos argumentos que se esgrimían antes contra unos objetos de los que se han hecho aflorar y dado a conocer aspectos implícitos en ellos por medio de enunciados y de proposiciones más elaboradas y profundas que las tradicionales⁹⁶. De este modo, pues, el discurso de Frankfurt se queda estancado, dando vueltas y girando, como bailando una sardana, en su mismo círculo argumentativo inicial y obsoleto.

bb) Pero por otro lado, el estancamiento del discurso ultraliberal, y el simultáneo refuerzo y robustecimiento de los enunciados y proposiciones del discurso de modernización, resultan y se explican también por la extendida práctica de los críticos, muy fácilmente verificable, de pasar absolutamente por alto declaraciones, afirmaciones, y argumentos formulados de un modo expreso, claro y contundente por el discurso de modernización en defensa de sus tesis, para luego oponerle como crítica que con dichas tesis se estaría quebrantando nada más y nada menos que aquello que los defensores de la modernización están precisamente defendiendo del modo indicado, y casi a cualquier precio, porque lo consideran condición de validez de sus propias tesis. Así, como un ejemplo paradigmático: en la doctrina española Blanca MENDOZA ha objetado a las tesis de SCHÜNEMANN que entrarían en conflicto con los principios de subsidiariedad y de *ultima*

intervención penal supone de los mismos, no es especificado” (p. 20); véase también LA MISMA, *LH-Jakobs*, t. II, 2003, p. 117. En GRACIA MARTÍN, «¿Qué es modernización del Derecho penal?», *LH-Cerezo Mir*, 2002, p. 351 nota 22, opuse a la crítica de las tesis de SCHÜNEMANN formulada por Blanca MENDOZA BUERGO, que la afirmación de ésta, de que aquéllas serían contrarias a los principios de subsidiariedad y de *ultima ratio*, es un argumento “pobre”, en el sentido de tener “poca fuerza”; a mi estimación, sin embargo, GÓMEZ MARTÍN, «Libertad, seguridad y “sociedad del riesgo”», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *La Política criminal en Europa*, 2004, p. 90, ha opuesto que “la referencia a tales principios se encuentra lejos de constituir un argumento ‘pobre’”, lo que interpreto como un malentendido. Por esto, quiero remarcar aquí que lo dicho por mí en aquel lugar, y lo aquí explicado en esta larga nota, no debe ser interpretado en el sentido de una minusvaloración por mi parte de ninguno de los principios mencionados; al contrario, en mi opinión, éstos deben ser salvaguardados como irrenunciables; aquí sólo digo que la Ciencia penal debe esforzarse en darles contenido y concreción, y que mientras esto no se haga, toda apelación *sin más* a ellos, para justificar o para deslegitimar una imputación, no puede ser aceptada como un argumento de peso; con esto, espero aclararle a GÓMEZ MARTÍN cuál es el sentido y el alcance en que utilicé el calificativo de “pobre” en el lugar citado por él, y de este modo, que yo — como él — también considero que la referencia a tales principios no es un argumento “pobre”, pero claro está, siempre y cuando su invocación vaya acompañada de una argumentación mínimamente plausible; en este sentido véase también GRECO, *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*, 2010, pp. 39 ss., advirtiendo sobre la imprecisión de los conceptos que se manejan en la discusión.

⁹⁶ Véase BASAR, *Modernes Strafrecht – Vergessene Freiheit?*, 2014, pp. 207 ss., donde para rechazar los delitos de peligro abstracto repite fielmente los viejos argumentos de Frankfurt sin tener en cuenta en lo más mínimo los contraargumentos esgrimidos contra aquéllos, por ejemplo, por SCHÜNEMANN, pero también por otros, como yo mismo en mi artículo de GA, 2010, p. 351.

*ratio*⁹⁷, siendo así que SCHÜNEMANN no sólo es un vehemente defensor de los mencionados principios del bien jurídico, de subsidiariedad y de *ultima ratio*, y hasta el punto de que les otorga el rango de condición de *valides* –de constitucionalidad– del Derecho penal moderno mismo tanto como del resto del Derecho penal⁹⁸. Pero si esto es así, entonces ¿cómo se puede llegar ni siquiera a pensar e insinuar que las tesis a favor del Derecho penal moderno de SCHÜNEMANN quebrantan los principios de los que él es uno de sus más exigentes defensores?⁹⁹

b) En mi opinión, se puede verificar que el discurso de modernización, al contrario que el discurso ultraliberal de Frankfurt, sí ha experimentado un apreciable robustecimiento y un progreso importantes mediante el desarrollo y la concreción de un buen número de sus enunciados, de los objetos de estos enunciados, de sus proposiciones y de los argumentos con que prueba su validez. A esto ha contribuido sin duda la misma inconsistencia e invalidez, por las razones que acabo de exponer¹⁰⁰, de las críticas de que ha sido objeto, pero también las relevantes y substanciales aportaciones de nuevos conocimientos por parte del discurso modernizador, como sobre todo la debida en la doctrina alemana a la monumental e importantísima investigación de Roland HEFENDEHL sobre los bienes jurídicos colectivos¹⁰¹, la cual, según GRECO, ha llevado a un punto de no retorno¹⁰². Este progreso del discurso de modernización también tiene su explicación lógica. Pues no se puede ignorar, ni dejar de tener en cuenta, que el discurso de modernización es uno de *creación y de concreción del Derecho* para el momento histórico presente y para el inmediato porvenir, que no está ni mucho menos culminado porque se encuentra en proceso de elaboración, y esto, por definición, implica que el mismo tiene que estar produciendo por fuerza algo nuevo con cada uno de sus pasos¹⁰³. Esto es así, con absoluta independencia de si los nuevos productos son correctos o cuestionables por alguna razón relevante, lo que de todos modos, a mi juicio, no sucede, por lo que a quien opine de modo contrario habrá que demandarle y exigirle la prueba y demostración de la incorrección de aquéllos, pero con argumentos que, lógicamente, ya no podrán consistir en una repetición de los antes esgrimidos y conocidos, simplemente porque éstos ya han sido cumplidamente rebatidos por el discurso de modernización del Derecho penal, por lo que reiterarlos de nuevo no sería más que una renovada práctica de aquel girar en círculo como en un

⁹⁷ Véase Blanca MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, 2001, pp. 149 nota 368 y 150 s.

⁹⁸ Véase SCHÜNEMANN, en KÜHNE/MIYAZAWA (eds.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, pp. 34 s., donde al ocuparse precisamente de la modernización del Derecho penal, no pudo ser más claro y contundente al decir en relación con ella, que la misma “puede ser desarrollada a partir de la idea jurídico-penal fundamental, y no alterada desde la Ilustración, de que el Derecho penal sólo puede y tiene que ser empleado como *ultima ratio* para la prevención de daños sociales” (p. 34); y como queda dicho, a eso hay que añadir que SCHÜNEMANN defiende inequívocamente nada menos que el rango “constitucional” de semejantes principios, de tal modo que considera que serían inconstitucionales todas las leyes que se desviarán de ellos; véase SCHÜNEMANN, en HEFENDEHL et al. (eds.), *Die Rechtsguttheorie*, 2003, pp. 141 y 142 ss. (= en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, 2007, pp. 207 s. y 209 ss.); además véase en igual sentido e insistentemente, SCHÜNEMANN, en VON HIRSCH et al. (eds.), *Mediating Principles*, 2006, pp. 18 ss.

⁹⁹ Sobre las críticas que se han opuesto a mi discurso de un modo similar, es decir, atribuyéndome todo lo contrario de lo que yo sostengo y afirmo, cfr. *infra* 4.

¹⁰⁰ Y que ya anticipé en *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, p. 208.

¹⁰¹ Véase HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002.

¹⁰² Véase GRECO, *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*, 2010, p. 45.

¹⁰³ Por eso, a la seguridad con que Frankfurt defiende un concepto personal de bien jurídico, ya petrificado e inmóvil, hay que oponer la certera advertencia de SCHÜNEMANN, en HEFENDEHL et al. (eds.), *Die Rechtsguttheorie*, 2003, p. 154 (= en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, 2007, p. 226), de que “la verdadera construcción de la teoría del bien jurídico aún está por venir”.

baile de sardana, que dejaría al discurso de modernización tal y como éste ya se encuentra dispuesto.

3. La recepción y la reproducción de la polémica en la doctrina española

1. a) En la doctrina española, que generalmente va a remolque de la alemana, se puede observar que hasta la entrada en vigor del Código penal de 1995 apenas se participó en el debate alemán, ni reproduciéndolo ni tomando posiciones definidas en el mismo. Ciertamente, aquél no fue desconocido ni desatendido completamente, pero durante el momento histórico preciso en que estaba teniendo lugar no se puede ver ningún debate similar entre los penalistas españoles. El término “modernización”, con el sentido que se le daba en el debate alemán, era ajeno a la doctrina española de aquel momento, y las discusiones relativas a cuestiones coincidentes con las tratadas en aquél no tuvieron lugar en ella en un marco polémico similar, sino en el general de un Derecho penal único en que no se distinguía intencionalmente entre ámbitos tradicionales y modernos. Por otra parte, como punto de partida para el estudio de la materia, la doctrina española del momento disponía y utilizaba el completo y excelente Manual de Miguel BAJO, que en 1978 ya dio al Derecho penal económico en España el estatuto de sector específico de la Parte Especial con problemas propios, y sobre todo como banco de pruebas de la capacidad de rendimiento de la teoría general del Derecho penal¹⁰⁴. Pero a los efectos que aquí interesan, un dato que me parece muy relevante es que nadie pusiera en cuestión de un modo no insignificante los principios de partida del “nuevo” Derecho penal económico en ciernes, sino que se entendieron más bien como meras extensiones y concreciones fieles de los *mismos* principios tradicionales del Derecho penal en general, sólo que aplicados a las particularidades propias y específicas de unos escasos y dispersos tipos penales económicos existentes en el sistema legal de la época. Además, es también digno de ser destacado el dato de que un número importante de los delitos incluidos por BAJO en la sistemática de su Manual eran delitos patrimoniales tradicionales que el autor español se esforzó en –y sin duda logró magistralmente– *reinterpretar* en el marco de un *estricto respeto de las garantías penales generales*, para poder adaptarlos a la complejidad que plantea el hecho de que su comisión tenga lugar en el contexto de una actividad económica empresarial¹⁰⁵.

b) Como queda dicho, fue la entrada en vigor del CP 1995 lo que produjo realmente en la doctrina española una agitación parecida a la que tuvo lugar en Alemania. Pues más allá de las construcciones doctrinales ya existentes, el Derecho penal económico no sólo veía incrementada considerablemente su extensión en el nuevo Código, sino que sobre todo adquiriría la relevante propiedad, de gran trascendencia, de tener una forma sistemática y “codificada” dentro del Código penal mismo¹⁰⁶, y esto, al menos en principio, tenía que obligar a tratar a los delitos económicos al mismo nivel y del mismo modo que a todos los demás delitos, es decir, como conductas igualmente

¹⁰⁴ Cfr. *supra* nota 12.

¹⁰⁵ Véanse las indicaciones de BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, 1978, pp. 44 s., sobre el “plan” de su obra, y 78 ss., sobre la función del Derecho penal frente a la delincuencia económica.

¹⁰⁶ Cfr. el Título XIII CP: “De los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”; véase el elogioso juicio al respecto, de TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2014, p. 57 n° 127; EL MISMO, *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial*, 2010, p. 75 n° 68.

criminales que las constitutivas, por ejemplo, de delitos patrimoniales tradicionales, dado que la Parte General del Código es aplicable en igual medida a cualquier delito de su Parte Especial¹⁰⁷. De este modo, los delitos económicos incluidos en el Título XIII del Libro II CP 95 se convirtieron en objetos de atención preferente en la doctrina española. Amén de otros muchos trabajos, un gran número de tesis doctorales¹⁰⁸ tuvieron como objetos o como temas centrales a delitos económicos en particular¹⁰⁹. Las necesarias incursiones en la doctrina alemana, que tuvieron que hacer los penalistas españoles en el curso de sus investigaciones, llevaron a la doctrina española a zambullirse en el debate alemán, y así a tomar conciencia de que en Alemania los debates sobre viejos temas ya no discurrían en los términos tradicionales de la Ciencia penal, es decir, que allí ya no se discutía sobre cómo resolver mejor los problemas que planteaba una materia penalmente relevante única y homogénea por medio de unos mismos instrumentos dogmáticos y conceptuales generalmente compartidos, al menos, en lo esencial de sus enunciados. Por el contrario, los objetos reales de debate eran *los enunciados mismos* relativos a aquellos instrumentos dogmáticos y político criminales en cuanto tales, y semejante debate había provocado el efecto – como no podía ser de otro modo – de una escisión de la materia jurídico-penal en dos bloques – uno para la “tradicional” y otro para la “moderna” – que un destacado sector de la doctrina alemana – el de Frankfurt – percibía como enfrentados e incompatibles desde el punto de vista precisamente de los enunciados sobre los principios y las garantías jurídico-penales¹¹⁰. Todo esto permite a mi juicio explicar verosímilmente el proceso de importación a España, y de reproducción aquí con matices propios y originales, de la polémica alemana aproximadamente durante la segunda mitad de la década de los años 90 del siglo pasado¹¹¹, y que las investigaciones sobre las cuestiones generales implicadas en la polémica alemana dieran como fruto no sólo a muy valiosas obras sistemáticas generales de Derecho penal económico¹¹², sino también a un buen número de monografías sobre

¹⁰⁷ Véase por todos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PG*, 4ª ed., 2014, pp. 77 ss.

¹⁰⁸ Y también de los trabajos de investigación exigidos por las normativas a la sazón vigentes como segundo ejercicio de los concursos a plazas de profesores permanentes de Universidad.

¹⁰⁹ El volumen de publicaciones al respecto en la doctrina española produce verdadero vértigo; véanse las exhaustivas relaciones bibliográficas de la 5ª edición del Tratado de la Parte Especial del Derecho penal económico y de la empresa, de MARTÍNEZ-BUJÁN, citado en la bibliografía.

¹¹⁰ Véanse las descripciones del “cambio de paradigma” de BASAR, *Modernes Strafrecht – Vergessene Freiheit?*, 2014, pp. 2 ss.

¹¹¹ Así lo estima también GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *La Política criminal en Europa*, 2004, p. 59, al decir, con razón, que la polémica que ya ocupaba a los penalistas alemanes desde hacía más de diez años “ha llegado a nuestro país más recientemente, principalmente a partir de la segunda mitad de los años 90 del siglo XX”.

¹¹² Con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo CP 95, además del clásico, y ya aquí reiteradamente citado Manual de Miguel BAJO, Juan TERRADILLOS había publicado también, justo en 1995, una muy importante obra general de Derecho penal de la empresa (véase en la bibliografía), referida al CP 73, pero en la que prestó gran atención a los precedentes del CP 95 – el PLOCP 1980 y el Anteproyecto de 1983 – y elaboró muy valiosas aportaciones conceptuales político criminales y dogmáticas, que como productos del saber jurídico-penal, son completamente válidas para la interpretación de cualquier sistema legal positivo. Ya vigente el CP 95, en 1998, Enrique BACIGALUPO edita un valioso *Curso de Derecho penal económico*, que ve una 2ª edición en 2005 (véanse en la bibliografía), que si bien no es un Manual ni un Tratado completos del sistema, sin embargo contiene trabajos sistematizados, de distintos autores y de él mismo, sobre los temas básicos y fundamentales tanto de la Parte General como de la Especial; en 2001, Miguel BAJO y Silvina BACIGALUPO conjuntamente, siguiendo la estela del clásico Manual del primero, publican un completo *Derecho penal económico* adaptado al nuevo Código, con una Parte General y una Parte Especial, el cual vio una segunda edición en 2010 (véase en la bibliografía); por sus características, una obra general que merece objetivamente la consideración de monumental y hasta de enciclopédica, es el Manual, convertido ya en un auténtico Tratado, de Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN, dividido en dos

los problemas específicos de la modernización del Derecho penal, y así a que en la doctrina española se fueran tomando posiciones definidas en el debate.

2. En cuanto al fondo, en la doctrina española penetraron desde el principio con gran fuerza las esencias del discurso ultraliberal de la Escuela de Frankfurt de la mano de algunos autores que se adhirieron a él en mayor o en menor medida, y con matices y propuestas propias y originales¹¹³.

a) En la doctrina española favorable a las tesis de Frankfurt se asumen en paralelo la mayor parte de sus postulados, con ciertos matices propios y originales, y así: se asume la terminología y la división del Derecho penal en clásico y en moderno¹¹⁴; se entiende que el moderno Derecho penal representa una lesión masiva de las garantías jurídico-penales del Estado de Derecho¹¹⁵, y muy

volúmenes independientes dedicados, el uno a la Parte General, y el otro a la Especial; en esta valiosa obra, MARTÍNEZ-BUJÁN expone de un modo exhaustivo “todo” el saber sobre el Derecho penal económico y de la empresa acumulado hasta el presente, da a conocer —en muchos casos de un modo muy extenso— incluso la opinión individualizada de cada autor, las polémicas doctrinales relativas a cada tema, y no deja de tomar una posición personal argumentada ante ninguna cuestión controvertida (véanse las referencias en la bibliografía). Finalmente, me parece digna de mención, la publicación, en 2013, de unas *Instituciones de Derecho penal económico* (citadas en la bibliografía), por FERNÁNDEZ TERUELO, en que lleva a cabo una exposición coherente y armónica de la mayor parte de las cuestiones y problemas básicos y fundamentales del Derecho penal económico y de la empresa, que el autor ya había tratado antes en importantes y relevantes publicaciones.

¹¹³ Y así, en 1997, MATA Y MARTÍN publica una breve monografía crítica sobre los bienes jurídicos colectivos (*Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*); en 1999 aparecen, por un lado, la también breve monografía de M^a Isabel SÁNCHEZ, crítica con la supuesta anticipación de la tutela penal en el Derecho penal moderno (*El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*) y, como publicación especialmente relevante, el breve ensayo general y crítico de SILVA SÁNCHEZ, sobre la expansión del moderno Derecho penal (*La expansión del Derecho penal*), si bien éste ya había publicado antes otros trabajos parciales con la misma carga crítica; véase SILVA SÁNCHEZ, «Eficiencia y Derecho penal», *ADPCP*, (49), 1996, pp. 93 ss.; EL MISMO, «Nuevas tendencias político criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo», *AP*, (15), 1996, pp. 309 ss.; y EL MISMO, «¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del código penal», *La Ley*, (3), 1997, pp. 1714 ss.; en 2001, publica SILVA una segunda edición ampliada de su ensayo (véase en la bibliografía), y también aparecen las amplias y profundas monografías críticas de Blanca MENDOZA (véase en la bibliografía), dedicadas, la primera a una crítica global del Derecho penal de la sociedad del riesgo, y la segunda a una crítica de los delitos de peligro abstracto; en 2006, SILVA SÁNCHEZ publica una reimpresión de la 2^a ed. de su *Expansión*, con las reseñas de que fueron objeto ésta o la primera edición, como anexos (véase en la bibliografía); y en 2011, publica una 3^a ed., con un epílogo de actualización y de respuesta a ciertas críticas de que han sido objeto sus tesis, y con la adición de nuevas reseñas. Sin concretar, debido al lugar en que lo declara, SANZ MORÁN, «Recensión al libro de Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, 1^a ed., Civitas, Madrid, 1999», *RDP*, (2), 2001, p. 297, manifiesta de un modo global que su postura estaría próxima a la de Frankfurt.

¹¹⁴ Véase, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2^a ed., 2001, pp. 157 ss., y nota 372 de p. 157, donde dice asumir el concepto de “modernización” de HASSEMER/MUÑOZ CONDE (pero véase lo que se dice luego en el texto, sobre la substancial posición diferenciada de SILVA al respecto); SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, 1999, p. 11 y nota 1, con remisión expresa a la contraposición de HASSEMER entre el Derecho penal “moderno” y el “clásico”; Blanca MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, 2001, especialmente p. 67, donde habla del “Derecho penal moderno” y lo contrapone al “clásico, característico del Estado de Derecho”.

¹¹⁵ Así, según estimación de SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2^a ed., 2001, pp. 20, 101 y 132 s., el Derecho penal actual se enclava “en el marco general de la restricción, o la ‘reinterpretación’ de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal” (cursiva mía); y con los llamados delitos de acumulación “se vulnera el principio de *culpabilidad*, al fundamentarse la sanción *ex iniuria tertii*”, y al no haber en tales casos “una lesión (o peligro) para el bien jurídico atribuible personalmente a la conducta del sujeto concreto, (...) la sanción penal vulneraría el principio de proporcionalidad” (pp. 132 s.); y ya antes, para el Derecho penal (moderno) del medio ambiente, véase EL MISMO, «Consideraciones teóricas generales sobre la reforma de los delitos contra el medio ambiente», en GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (coords.), *La reforma de la Justicia penal. Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, 1997, p. 153 (= *La Ley*, (3), 1997, p. 1714); y según Blanca MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, 2001, pp. 181 s.: “se corre el riesgo de caer en la destrucción del sistema de

particularmente de las relativas al racimo constituido por los principios y exigencias de exclusiva protección de bienes jurídicos, de subsidiariedad, y de *ultima ratio*¹¹⁶; se estima que de esto serían un claro exponente los delitos de peligro abstracto, que habrían venido a sustituir al modelo de lesión y de peligro concreto del Derecho penal tradicional¹¹⁷, y se rechazan como contrarios al principio de lesividad¹¹⁸; finalmente, también se ve al Derecho penal moderno como uno con funciones exclusiva o predominantemente *simbólicas*¹¹⁹.

b) Una consideración particularizada merecen el análisis crítico y las sólidas tesis y propuestas dogmáticas de SILVA SÁNCHEZ¹²⁰, pues sus originales matices hacen a su discurso, por un lado, más moderado y realista, y por otro, a mi juicio, y aunque no lo comparta “en todo”¹²¹, lo hacen también

garantías que, hasta ahora, se ha sustentado tanto sobre los principios político-criminales liberales como sobre el sistema clásico de imputación”.

¹¹⁶ Véase Blanca MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, 2001, pp. 68 ss., quien estima que el Derecho penal moderno supondría un “cambio de paradigma de la tutela de bienes – referidos en última instancia a individuos, como por ejemplo en este ámbito (del Derecho penal económico), el patrimonio – hacia la tutela o mantenimiento de funciones” (p. 72), y que así se procede a “sustituir la protección real de concretos bienes jurídicos por la de vagas e indeterminadas funciones, puesto que ya no se trataría en muchos casos de la protección de intereses concretos referidos directamente a personas sino, más bien, de la protección de instituciones, de modelos de organización social o de unidades funcionales a las que se atribuye un valor” (p. 73); SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2001, pp. 121 ss., para quien los objetos de protección de muchos de los tipos modernos serían contextos, entornos o condiciones previas del disfrute de los bienes jurídicos individuales, poniendo como ejemplo paradigmático al medio ambiente como “el ‘contexto’ por antonomasia de bienes personales del máximo valor” (p. 122); SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, 1999, p. 71: “cabe preguntarse si precisamente mediante la creación de bienes jurídicos supraindividuales no puede llegarse en ocasiones a calificar de bien jurídico lo que no es sino un artificio, una verdadera metáfora conceptual (...), encubriendo de ese modo una intervención injustificada del Derecho penal, contraria a los principios de lesividad y de intervención mínima”.

¹¹⁷ Véase, de un modo muy expresivo, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2001, p. 121: “la combinación de la introducción de nuevos objetos de protección con la anticipación de las fronteras de la protección penal ha propiciado una transición rápida del modelo ‘delito de lesión de bienes individuales’ al modelo ‘delito de peligro (presunto) para bienes supraindividuales’, pasando por todas las modalidades intermedias”; véase también SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, 1999, pp. 36 ss., 39 ss., 70 ss.; Blanca MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, 2001, pp. 346 ss.

¹¹⁸ Véase SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2001, p. 123, para quien los delitos de peligro abstracto serían expresión de “la tendencia a provocar la intervención del Derecho penal tan pronto como se afecta un cierto ecosistema en términos que superan los *standards* administrativos establecidos”; Blanca MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, 2001, p. 81, porque lo que se pena en ellos no son más que “meras perturbaciones o comportamientos indeseados o ‘molestos’ para el modelo de funcionamiento de un determinado subsistema”; no obstante, hay que indicar que Blanca MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, 2001, pp. 353 ss., no rechaza absolutamente los delitos de peligro abstracto, pues admitiría aquellos que resultaran filtrados después de un respeto estricto a los principios limitativos de incriminación de conductas.

¹¹⁹ Véase SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2001, pp. 50, 51 s.; Blanca MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, 2001, pp. 53 ss., 157 s., 160 s.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, 1999, pp. 96 ss.; CANCIO MELIÁ, «Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito», en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias sobre temas penales*, 2000, pp. 125 ss.

¹²⁰ Como se comprueba, en todos los estudios sobre la materia, el discurso de SILVA se expone como uno propio y diferenciado; a título de ejemplo, véase Díez RIPOLLÉS, «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», *RECPC*, (7), 2005, pp. 6 s., quien clasifica los discursos sobre el moderno Derecho penal en cuatro líneas estratégicas, y sitúa como segunda, entre la de Frankfurt y la modernizadora, a la de SILVA como una propia y diferenciada de ellas y de la cuarta, que Díez RIPOLLÉS denomina como de “resistencia garantista” (*op. cit.* pp. 8 s.)

¹²¹ Mis desacuerdos con SILVA se refieren: 1) a su propuesta de conceder una *flexibilización* de las garantías en el Derecho penal que él llama de segunda velocidad, porque en mi opinión no pueden hacerse distinciones: yo sólo reconozco un *único* Derecho penal para todos los ilícitos penales, y no admito ni la mínima flexibilización de las

más plausible y, en el plano dogmático, teóricamente superior al de Frankfurt¹²². El importante discurso de SILVA, es una referencia emblemática para la crítica de la modernización del Derecho penal, y ya nunca podrá dejar de ser tenido en cuenta en ningún estudio sobre la política criminal contemporánea¹²³.

aa) Globalmente, SILVA coincide con las críticas de Frankfurt a los caracteres centrales del Derecho penal moderno¹²⁴. Pero un matiz diferencial de su discurso, que puede tener alguna trascendencia, radica en el hecho de que, ya desde el principio, delimite el campo de los objetos de su análisis mediante el concepto empírico-descriptivo de “expansión”¹²⁵, en lugar de hacerlo mediante el valorativo de “modernización”¹²⁶, que para SILVA representa sólo un aspecto más de la expansión¹²⁷. “Expansión” significa ampliación, extensión, incremento, dilatación, etc., y es un concepto de “cantidad”. SILVA agrupa mediante el concepto de expansión, en principio, a todas las manifestaciones de incremento –extensivo o intensivo– de la intervención punitiva, y por consiguiente incluye en aquélla a los nuevos tipos delictivos, a las ampliaciones en contenido de los ya existentes y a las agravaciones de los marcos penales de éstos¹²⁸. Precisamente por su carácter empírico-descriptivo, en el concepto de expansión quedan comprendidos objetos de muy diversa

garantías en ningún campo; es más, en mi opinión tampoco es admisible ni la mínima flexibilización en el Derecho sancionador administrativo; en el mismo sentido que yo, de modo contundente y decidido, también GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho penal*, 4ª ed., 2006, p. 225, y rechazando también expresamente la propuesta de SILVA de flexibilizar las garantías en el hipotético Derecho penal de segunda velocidad e incluso en el Derecho sancionador administrativo, véase, con razón, ABANTO VÁSQUEZ, «Acerca de la teoría de bienes jurídicos», *RP*, (18), 2006, pp. 37 s.; y 2) a su propuesta del Derecho penal de la tercera velocidad, que también me parece rechazable. Por eso, la pregunta que se hace SILVA en *La expansión del Derecho penal*, 3ª ed., 2011, pp. 195 s., acerca de si es posible que su obra sea vista a la vez como “comprensiva” con la expansión (así JAKOBS) y como conductora del discurso de resistencia (así mi opinión), y que SILVA responde en sentido afirmativo porque su postura buscaría un “punto medio realista” y adoptaría un discurso abierto a una expansión “moderada”, para mí tiene otra respuesta de carácter relativo a partir de lo dicho al principio de esta nota en 1): si considero que su discurso se encuadra en el de la resistencia, ello es debido naturalmente a mi personal postura de no distinguir entre campos de lo ilícito penal, y en particular de mi rechazo a la exclusión de la pena privativa de libertad para los ilícitos penales económicos que según SILVA deberían integrar el Derecho penal de la segunda velocidad que él propone. Por el contrario, si la postura de SILVA, de admitir que “algunos” ilícitos económicos podrían llevarse “resignadamente” al Derecho penal de la primera velocidad, se valora desde la perspectiva de la Escuela de Frankfurt, entonces es evidente que en comparación con lo que ésta sostiene sí debe verse como una “comprensiva” con la expansión que, aunque sea “moderada”, no dejaría de ser expansión en la lógica del discurso de resistencia de Frankfurt. En definitiva, es la propuesta de la segunda velocidad sin penas privativas de libertad lo que me lleva a adscribir el discurso de SILVA al de la resistencia a la modernización del Derecho penal. Pero insisto en que dicha adscripción es una consecuencia lógica y coherente sólo desde mi perspectiva personal, mientras que desde su propia perspectiva sí habría que ver al discurso de SILVA lógicamente como uno limitadamente favorable a la modernización o expansión.

¹²² También comparte esta valoración, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PG*, 4ª ed., 2014, p. 85.

¹²³ Véase el juicio similar de LAURENZO COPELLO, «Recensión a *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., de Silva Sánchez», *RDPC*, (12), 2003, p. 441.

¹²⁴ Véase el apartado precedente de este mismo núm. 2, con las citas de SILVA en las correspondientes notas.

¹²⁵ Véase SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2001, pp. 20, 48: “tendencia general, a la que cabe referirse con el término ‘expansión’” (p. 20); “expansión de la imputación de responsabilidad” (p. 48).

¹²⁶ El concepto de modernización, derivado de “moderno”, es “valorativo”, pues requiere una previa intuición estimativa de lo que haya de entenderse por “moderno”, y luego una selección de datos a partir de aquélla para determinar si un objeto que interesa tiene o no tiene la cualidad de “moderno”; sobre lo que entiende HASSEMER por “moderno”, cfr. *supra* 2.1.a), 2.1.b), notas 25 y 27, y 2.2.; y sobre lo que yo entiendo por moderno, véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 42 ss., e *infra* 5.2.b) bb) y 5.3.

¹²⁷ Cfr. *supra* nota 114.

¹²⁸ Véase SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2001, pp. 20 s.

naturaleza y con distintos significados político criminales. De este modo, SILVA hace objeto de su análisis, en cuanto manifestaciones expansivas, tanto a los “modernos” tipos penales económicos, que afectan principalmente a las clases poderosas¹²⁹, como a las ampliaciones de los tipos tradicionales, y a las agravaciones de las penas de éstos, que afectan principalmente a las clases bajas¹³⁰, y también a la llamada “criminalidad organizada” como un problema específico del mundo globalizado que daría lugar a una política criminal y a un Derecho penal específicos de la globalización¹³¹. Pero como no podría ser de otro modo en un dogmático de tan gran talla y finura como las de él, SILVA no se queda en la simple descripción político criminal de fenómenos heterogéneos, sino que finalmente los ordena, diferencia y clasifica *dogmáticamente*, es decir, operando con el método de la Ciencia jurídica.

bb) Al estimar SILVA que, en su opinión, *toda* la expansión en todos los campos afectados por ella cursa en una forma que vulnera en mayor o en menor grado las garantías jurídico-penales¹³², *para salvaguardar a éstas* en la mayor medida posible, propone —y esto es una auténtica originalidad suya— estratificar al Derecho penal en tres niveles *dogmáticos* diferenciados a los que metafóricamente denomina “velocidades”, cada uno de los cuales se configuraría en proporción¹³³ al resultado cuantitativo específico de las posibles combinaciones de los dos siguientes criterios cualitativos: la gravedad de las sanciones penales, por un lado, y el grado admisible de flexibilización de las garantías, por otro¹³⁴. Y así, un Derecho penal de “primera velocidad” tendría como base una *proporcionalidad de máximos*: a la mayor gravedad de su sistema de penas, cuyo eje sería la pena privativa de libertad, corresponderá un respeto estricto de todas las garantías sin la mínima flexibilización; en él se incluiría, sin duda, a los delitos tradicionales contra bienes individuales, pero también a aquellos tipos penales de naturaleza económica (modernos) cuya inclusión en el Derecho penal *no sea posible evitar* a causa de la mayor fuerza de los factores (sociales, políticos, mediáticos, etc.) que presionan, hasta cierto punto razonablemente, en dirección a la expansión¹³⁵. El Derecho penal de “segunda velocidad” se configuraría a partir de la proporcionalidad resultante de la correspondencia entre una hasta cierto punto admisible flexibilización de las garantías, y una menor gravedad de las penas, debiendo quedar excluidas de él en todo caso las privativas de libertad; en él deberían incluirse la mayor parte de los ilícitos económicos modernos¹³⁶. Finalmente, según SILVA, cabría pensar en un Derecho penal de “tercera velocidad” para fenómenos y supuestos en que, a pesar de la severidad de las consecuencias jurídicas con que debe reaccionarse frente a ellos, sin embargo sólo sería posible hacer operar y funcionar a las garantías penales en grados sensiblemente reducidos; a este nivel correspondería el llamado Derecho penal del enemigo; para SILVA, esta tercera velocidad vendría exigida por una *necesidad* que impondría tener que aceptarla resignadamente, e independientemente de si su

¹²⁹ Véase SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2001, pp. 56 ss., 87

¹³⁰ Véase SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2001, pp. 22 ss., 30 ss., 105 ss.

¹³¹ Véase SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2001, pp. 86 ss., 103 ss.

¹³² Cfr. *supra* nota 115.

¹³³ Como advierte LAURENZO COPELLO, *RDPC*, (12), 2003, p. 451, la propuesta de SILVA es una de “proporcionalidad”.

¹³⁴ Véase SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2001, pp. 150 s.

¹³⁵ Véase SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2001, pp. 150, 159 ss., 162 (“expansión razonable”).

¹³⁶ Véase SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2001, pp. 159 ss.; acepta esto, en parte, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PG*, 4ª ed., 2014, pp. 97 s.

propuesta convence o no, lo cierto es que, a mi juicio, y como sucede con la totalidad de su discurso, también aquí SILVA es totalmente coherente teóricamente, pues él mismo duda de que esta tercera velocidad pueda ser auténtico *Derecho*; en particular, deja muy claro que las consecuencias jurídicas de esta tercera velocidad no serían *penas*, sino propiamente *medidas de seguridad* con fundamento en la peligrosidad criminal, y, además, advierte y precave también sobre un posible, y en todo caso indeseable, crecimiento “ilegítimo” de un Derecho penal del enemigo¹³⁷.

3. a) En la doctrina española se defiende mayoritariamente el discurso favorable a la modernización del Derecho penal¹³⁸, si bien con muy distintos matices y con algunas reservas. Un número ya importante de autores se han pronunciado a favor de la intervención punitiva en los ámbitos de la actividad económica empresarial y del ambiente y, además, reconocen y afirman expresa y categóricamente –sin la mínima duda ni reserva– la conformidad global de los instrumentos dogmáticos que la habilitarían, con los principios y garantías jurídico-penales del Estado de Derecho, y, por tanto, su legitimidad¹³⁹. Otro bloque de la doctrina, que opone reparos a los

¹³⁷ Véase SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2001, pp. 163 ss.

¹³⁸ Véase en este sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PG*, 4ª ed., 2014, p. 85.

¹³⁹ Para mi postura inequívoca y apodíctica en ese sentido, cfr. a continuación el apartado c) de este mismo número 3 en este mismo epígrafe, y más ampliamente *infra* 4.2 y 3. Ahora véase sobre todo, BUSTOS RAMÍREZ, *Control social y sistema penal*, 1987, pp. 18 ss., 28 s.; “se trata de elaborar el máximo de garantías posibles” (p. 18), de “convertir el derecho penal en una disciplina de garantías en un sistema democrático, de modo que la intervención punitiva del Estado sea reducida al mínimo y toda fundamentación de ella sea al mismo tiempo una base de limitación y no de extensión de su control” para que el Derecho penal llegue “a identificarse con un garantismo máximo y, por ende, a constituirse en un *derecho penal mínimo*” (p. 29 [cursivas del mismo BUSTOS]); GIMBERNAT, «¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una Parte General son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?», en VV.AA., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 356, 370, donde dice que “los conceptos fundamentales de la Parte General siguen siendo adecuados –aún más: irrenunciables– para tratar –y penetrar en– estas nuevas manifestaciones jurídico penales” (p. 356), y que “no se puede hablar, en absoluto, de que los conceptos fundamentales de esa teoría (*sc.*: la del delito elaborada por la dogmática jurídico-penal en los últimos 100 años) tengan que ser abandonados a la vista de nuevos fenómenos penales como la responsabilidad por el producto, los delitos medioambientales o el Derecho penal de empresa”, porque los mismos “están plenamente en situación de asimilar esos nuevos fenómenos y de dar a los problemas que generan soluciones conformes con la justicia y con la seguridad jurídica” (p. 370); GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho penal*, 4ª ed., 2006, pp. 225 s.: “no hay razones convincentes, por otra parte, para excluir el Derecho penal (sus técnicas de intervención, y las garantías que ésta comporta) de la protección de estos intereses emergentes”, y “de otra parte, las garantías del ciudadano frente a cualquier manifestación del *ius puniendi* (llámese Derecho penal, Derecho Administrativo sancionador o ‘Interventionsrecht’) son irrenunciables, innegociables, sin que, a mi modo de ver, puedan o deban arbitrarse fórmulas que las flexibilicen” (p. 225 [cursivas del mismo GARCÍA-PABLOS]); ARROYO ZAPATERO, «Derecho penal económico y Constitución», *RP*, (1), 1998, pp. 1 ss.: “la legitimidad del ‘moderno’ Derecho penal económico pende, por tanto, de su acomodo a los principios del Programa penal constitucional” (p. 1); CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, 1999, pp. 26, 29 s., 183 ss., 188 ss., 196 ss.: “necesidad de mantener las garantías procesales y las garantías materiales” (p. 196), debiendo al efecto “utilizarse las estructuras clásicas, especialmente, en la concepción que tienen en la moderna teoría del delito” (p. 197); LA MISMA, «Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *La Política criminal en Europa*, 2004, pp. 30 s.: “los principios limitativos del *ius puniendi* deben operar necesariamente en la totalidad del sistema penal, ya se trate del Derecho penal del homicidio, de los delitos contra intereses patrimoniales, o del Derecho penal medioambiental” (p. 31); SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, 2003, pp. 170 ss.; Díez RIPOLLÉS, *RECPC*, (6), 2004, p. 32: “¿y qué hacemos” –pregunta– “con el sistema de garantías tan trabajosamente construido?”; “mantenerlo” –responde– “o, mejor dicho, convencer a la sociedad de que no puede prescindir de él”; EL MISMO, *RECPC*, (7), 2005, pp. 8: “los principios limitadores del *ius puniendi* son debidamente respetados”; PORTILLA CONTRERAS, «La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico: la tensión entre iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la inmanencia del Derecho. Especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos», en GURDIEL SIERRA *et al.* (coords.), *Estudios penales en*

discursos de Frankfurt y de SILVA, y que declara tener una cierta inclinación favorable a una modernización del Derecho penal en mayor o en menor medida, muestra sin embargo algún tipo de duda, de reparo o de reserva frente al discurso modernizador por razones garantistas¹⁴⁰. Finalmente, hay también quienes aceptan la modernización expansiva del Derecho penal, pero consideran que para llevarla adelante es preciso reinterpretar o adaptar las garantías jurídico-penales a sus peculiaridades¹⁴¹.

*recuerdo del Profesor Ruiz Antón, 2003, pp. 913 s.; POZUELO PÉREZ, RDPP, (9), 2003, pp. 17 ss.; LA MISMA, «De nuevo sobre la denominada “expansión” del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos», LH-Jakobs, t. II, 2003, pp. 113 ss.; GÓRRIZ NÚÑEZ, «Posibilidades y límites del Derecho penal de dos velocidades», en TERRADILLOS BASOCO/ACALE SÁNCHEZ (coords.), *Temas de Derecho penal económico. III Encuentro hispano-italiano de Derecho penal económico*, 2004, pp. 345 s.; TERRADILLOS, «Globalización, administrativización y expansión del Derecho penal económico», en EL MISMO/ACALE SÁNCHEZ (coords.), *Temas de Derecho penal económico*, 2004, pp. 238 ss.; GÓMEZ MARTÍN, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *La Política criminal en Europa*, 2004, pp. 79 ss.; RAMOS VÁZQUEZ, «Del otro lado del espejo: Reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual», en FARALDO CABANA (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, 2004, pp. 86 ss., quien considera necesaria la intervención penal frente a lesiones y peligros de bienes jurídicos colectivos, y no admite al efecto ninguna reducción de garantías; y ahora también JIMÉNEZ DÍAZ, *RECPC*, (16), 2014, pp. 21 s. Véanse, además, los autores que se citan en lo que sigue, en relación con sus posturas sobre cuestiones singulares involucradas en la polémica sobre la modernización del Derecho penal. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PG*, 4ª ed., 2014, pp. 95 ss., en principio tampoco admite ninguna flexibilización de las garantías, en relación con los delitos económicos de mayor gravedad (p. 99), pero se sitúa en una línea muy próxima a la de SILVA SÁNCHEZ, y en relación con las que denomina como infracciones penales “no nucleares o accesorias” (de menor gravedad), que no podrían ser castigadas con penas privativas de libertad, sí admite alguna flexibilización de las garantías penales (pp. 97 s.).*

¹⁴⁰ Así DEMETRIO CRESPO, «Del “Derecho penal liberal” al “Derecho penal del enemigo”», *RDPC*, (14), 2004, pp. 114 s., entiende que la modernización del Derecho penal es “necesaria”, y que ésta debe hacerse “con escrupuloso respeto a las garantías del Estado de Derecho” (p. 114), pero su conclusión, en el sentido de que “tal vez sea conveniente relajar la rigidez de determinados postulados dogmáticos, (...) y construir un sistema garantista también para esas nuevas realidades” (p. 115), lleva implícita la idea de que el tratamiento de esas nuevas realidades con el Derecho penal moderno no tendría lugar con un respeto *eo ipso* o, por así decirlo, “natural” de las garantías. Probablemente en el mismo sentido, la postura — para mí en todo caso nada clara — de PAREDES CASTAÑÓN, «¿Al otro lado del discurso jurídico penal? Sobre las bases político-criminales de la “modernización” del Derecho penal. Reseña crítica de Luis Gracia Martín: Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia», *RDPC*, (17), 2006, pp. 463 y 467 ss., 469 s., pues si bien se declara partidario de “(alguna) modernización” (p. 463 [cursiva mía]) —e incluso “esencialmente” modernizador “en política criminal” (p. 470)—, sin embargo pone en cuestión que algunas propuestas del discurso de modernización —al menos, en particular, del mío que él crítica— puedan ser compatibles con la observancia de las garantías, o que puedan llevarse a cabo sin una adaptación de ellas (pp. 467 ss.), y en consecuencia, afirma primero que “las críticas verdaderamente serias que se le han hecho al ‘Derecho penal moderno’ realmente existentes siguen pendientes” (p. 469 [cursiva mía]), y enumera después tales “críticas serias” por medio del planteamiento con sentido crítico de determinadas preguntas —es decir, como retos a los que se enfrenta el discurso de modernización—, que apuntan expresa o implícitamente a las dificultades de compatibilizar la modernización del Derecho penal precisamente con las garantías; lo que a mi juicio, en definitiva, aproxima su postura al discurso crítico de la modernización, pues lo que PAREDES viene a decir realmente, en mi opinión, es algo así como que si las “críticas serias que se han formulado al Derecho penal moderno” —que no son otras que las que afirman su incompatibilidad con las garantías— siguen en pie, ello se explicaría, lógicamente, porque no han podido ser rebatidas; pero así entonces, la empresa modernizadora tendrá que contar con encontrar en las garantías resistencias hasta tal punto fuertes, que la harán difícilmente realizable, por no decir que la hacen ya *ex ante* una tentativa absolutamente imposible. No obstante, sobre la ambigua y nada clara postura de PAREDES, cfr. *infra* en 4.3.

¹⁴¹ Así, claramente, LAURENZO COPELLO, *RDPC*, (12), 2003, pp. 453 ss., quien al estimar que el aparato garantístico tradicional es insuficiente para tratar las nuevas formas de delincuencia, propone llevar a cabo —porque nada obsta a ello— “un ajuste de esos instrumentos que permita adecuarlos a las nuevas realidades” que llevaría a “buscar criterios alternativos y paralelos que cumplan en el campo de la nueva delincuencia una función análoga a la que desempeñan los criterios clásicos respecto de los delitos ‘tradicionales’” para desarrollar un “sistema paralelo —y no menos garantístico— de imputación” (p. 454); como se vio *supra* en nota 139 *in fine*, también MARTÍNEZ-BUJÁN admite una flexibilización de las garantías, pero sólo para las infracciones penales accesorias o no nucleares; sin

b) Sea cual sea el grado en que se acepta la modernización del Derecho penal en la doctrina española, en ella se asumen ampliamente los postulados fundamentales del discurso de modernización, y así: no sólo se reconocen como bienes jurídicos a determinados objetos con substrato colectivo¹⁴², sino que también se entiende conforme con las garantías la intervención penal frente a determinadas lesiones o peligros de ellos con independencia de los efectos que produzca o pueda producir la correspondiente acción lesiva o el peligro del bien colectivo en los bienes individuales a los que éste complementa, es decir, se reconoce la *autonomía* de los bienes colectivos desde el punto de vista de la intervención penal¹⁴³; también, dentro de unos límites, se aceptan generalmente los delitos de peligro abstracto¹⁴⁴; y, finalmente, se niega, lógicamente, que el moderno Derecho penal económico tenga en general un carácter meramente simbólico, aunque esta cuestión no es objeto de una atención tan amplia como las anteriores, sino sólo de una prácticamente marginal¹⁴⁵.

c) En 2003 publiqué un breve ensayo crítico del trasfondo ideológico y político de las tesis de Frankfurt y de su recepción en la doctrina española¹⁴⁶, en el cual denominé a esta dirección como

embargo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PG*, 4ª ed., 2014, p. 96, admite *con carácter general* modificaciones de las “estructuras y reglas de imputación” adaptables a los delitos económicos. No obstante lo expuesto en la nota anterior, también participa expresamente de la idea de la revisión de los principios y garantías para adaptarlos, PAREDES CASTAÑÓN, «Ambigüedades e insuficiencias del concepto de *Derecho penal del riesgo*. A propósito de Mendoza Buergo, Blanca, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001», *RDPC*, (11), 2003, pp. 393 s. y 398. Sobre la posición de este autor y sobre mi réplica a ella, cfr. extensamente *infra* en 4.3.

¹⁴² Véanse al respecto las obras de SANTANA, SOTO y CORCOY, citadas en la bibliografía, y la extensa exposición, con numerosas referencias actualizadas, de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PG*, 4ª ed., 2014, pp. 165 ss., 173 ss., 191 ss., 206 ss. y 224 ss.

¹⁴³ Véase, por ejemplo, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro abstracto y sus técnicas de tipificación*, 1993, pp. 32 ss., 160 ss.; SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, 2003, pp. 179 ss. y 237 ss.; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, 1999, pp. 183, 203 ss., 213 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *LH-Cerezo Mir*, 2002, pp. 427 s.; EL MISMO, «Reflexiones sobre la expansión del Derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del “Big Crunch” y la selección de bienes jurídico-penales», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *La Política criminal en Europa*, 2004, pp. 104 s.; EL MISMO, *PG*, 4ª ed., 2014, 183 ss.; Alicia GIL GIL, *Derecho penal internacional*, 1999, pp. 166 ss.; ALASTUEY DOBÓN, *El delito de contaminación ambiental (Artículo 325.1 del Código penal)*, 2004, pp. 38 s.; RUEDA MARTÍN, «El bien jurídico protegido en los delitos relativos a productos de consumo masivo», *EPC*, (30), 2010, pp. 413 y 427 ss.; GRACIA MARTÍN, *GA*, 2010, pp. 345 s., 349 s.; EL MISMO, *RDPC*, (3), 2010, pp. 63, 66 s.; MAYO CALDERÓN, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, 2005, pp. 53 ss.; véase la crítica de PAREDES CASTAÑÓN, «Los delitos de peligro como técnicas de incriminación en el Derecho penal económico», *RDPC*, (11), 2003, p. 136 nota 109, a la tesis de la funcionalización de la protección penal del bien colectivo.

¹⁴⁴ Véase la exposición, con numerosas referencias doctrinales, de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PG*, 4ª ed., 2014, pp. 208 ss.

¹⁴⁵ Véase, por ejemplo, POZUELO PÉREZ, *RDPP*, (9), 2003, pp. 17 ss.; LA MISMA, *LH-Jakobs*, t. II, 2003, pp. 113 ss.; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, 1999, pp. 200 ss.; TERRADILLOS, en EL MISMO/ACALE SÁNCHEZ (coords.), *Temas de Derecho penal económico*, 2004, pp. 234 ss., donde advierte y precisa, acertada y muy lúcidamente, acerca de que no hay que confundir la función simbólica ligada a la instrumental, que en principio no es rechazable, con la “función enmascaradora” de una indiferencia o complicidad con el delito — “desprotección programada” — o de otros objetivos, por ejemplo electoralistas.

¹⁴⁶ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, con una extensa presentación de Bernd SCHÜNEMANN. El ensayo tenía como precedente otro más reducido que había publicado un año antes como contribución al Libro Homenaje a mi maestro José CEREZO MIR, con el título «¿Qué es modernización del Derecho penal?» (véase en la bibliografía). En 2007 publiqué en Perú un volumen titulado *Modernización del Derecho penal y Derecho penal del enemigo*, en que reuní *Prolegómenos* y la parte dedicada al Derecho penal del enemigo en mi libro *El horizonte del finalismo y el Derecho penal del enemigo*, 2005. De la edición española de *Prolegómenos*, mi discípula brasileña Erika MENDES DE CARVALHO realizó una traducción íntegra al portugués, que se publicó en la Editorial Sergio Antonio Fabris, de Porto Alegre, en 2005.

“discurso de resistencia” o del Derecho penal del Estado liberal, y a la contraria que yo defiendo, como “discurso de modernización” o del Estado social y democrático de Derecho¹⁴⁷. Lo esencial de mi ensayo crítico y meramente programático se podría resumir así: 1) sirviéndome de algunos instrumentos básicos de la teoría del conocimiento, de la genealogía del discurso y de la filosofía de la sospecha, verifiqué el “retrodiagnóstico histórico” de que el Derecho penal liberal, como no podría ser de otro modo políticamente, habría criminalizado de hecho casi exclusivamente a comportamientos típicos de las clases sociales bajas, y al mismo tiempo excluido de él a la criminalidad material de las clases poderosas, como de hecho queda aún hoy ampliamente excluida –ahora sobre todo en el momento de la criminalización secundaria– a pesar de las nuevas regulaciones legales que la tipifican¹⁴⁸; 2) puesto que el Estado liberal está superado

En 2007, también se hizo de *Prolegómenos* una traducción íntegra al italiano, que conservo en su documento *word*, pero que por circunstancias que me son absolutamente desconocidas, contra lo previsto, nunca llegó a publicarse en Italia.

¹⁴⁷ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, p. 163; EL MISMO, *LH-Cerezo Mir*, 2002, pp. 387 s.

¹⁴⁸ En su reseña crítica de mi obra, PAREDES quiso objetarme en general que mis deducciones resultarían erróneas en virtud de que yo no habría utilizado correctamente algunos –o mejor, casi ninguno– de los instrumentos auxiliares en que me apoyé para derivar el retrodiagnóstico histórico descrito arriba en el texto. Y así, PAREDES desarrolla frente a mi discurso una crítica global apoyándose unas veces en meras especulaciones suyas sobre posibles significados de mi texto y atribuyéndole a éste lo que no dice ni podría decir, y otras veces en comparaciones entre los usos que yo hago de ciertas ideas de los autores de que me sirvo y los significados y sentidos en que, según él, *deberían ser* entendidas semejantes ideas, porque a su parecer sólo ellos serían los *auténticos* que yo no habría entendido o ignoraría. Para poner ahora sólo algún ejemplo, así sucedería, según PAREDES, en el caso de los usos que hago de términos como el de “Ciencia” en relación con la política criminal (véase PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC*, (17), 2006, pp. 447 ss.) o el de “verdad”, y más precisamente el de “voluntad de verdad” que utilizo con referencias a FOUCAULT (véase PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC*, (17), 2006, pp. 451 ss.). Sin duda, una réplica detallada a todas las exorbitantes objeciones extrajurídicas de PAREDES me exigiría desarrollar una contraargumentación gigantesca que aquí no puedo llevar a cabo, y que por otra parte, no llevaría a ninguna parte, pues dado que los objetos reales de sus críticas y de sus juicios distan mucho de los realmente acotados por mí con mis valoraciones y juicios, también la réplica que yo hiciera a tales críticas de PAREDES, y debido a la inercia de éstas, nos desviaría totalmente del objeto de mi discurso. No obstante, en contra de la exorbitante crítica de PAREDES, que sin embargo, después de todo, no desvirtúa ni en lo más mínimo ni una sola de las conclusiones que deduzco y propongo como hipótesis de trabajo para su posterior desarrollo, me parece adecuado y oportuno apelar a la acertada advertencia de Bernd SCHÜNEMANN sobre los límites que se imponen a toda investigación, en el sentido de que “no se puede cuestionar absolutamente todo, ya que no se llega a ninguna conclusión si siempre se vuelve a empezar por la historia de Adán y Eva”; véase SCHÜNEMANN, «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro», *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 981. Sin embargo, y en relación con las dos objeciones que he mencionado sólo a modo de ejemplo, sí quiero dejar dicho aquí que PAREDES parece no percatarse: 1) de que cuando utilizo el término “Ciencia” –y sus derivados– lo refiero siempre inequívocamente al *Derecho*, que para mí, como para la gran mayoría de la doctrina, *sí* es una auténtica Ciencia (normativa), y en ningún caso lo utilizo –ni una sola vez– para referirme a la política criminal; y 2) de que cuando apelo a la “voluntad de verdad”, lo hago en *uno* de los sentidos inequívocamente posibles que brindan los textos de FOUCAULT –a los que no interpreto, sino que generalmente los cito literalmente–, y no en el sentido *elegido* por PAREDES, porque por un lado, éste no es el que me resulta útil para apoyar mi argumentación, y porque por otro lado, PAREDES no puede pretender imponer ninguna interpretación concreta de los textos y de los conceptos de FOUCAULT por mucho que ella sea correcta y válida y también útil para otros ámbitos de análisis, pues si ya el mismo FOUCAULT nos alecciona e invita a los lectores y estudiosos de sus textos a que no nos sometamos a la “tiranía” del sentido que él como autor quiso darles, mucho menos nos vamos a someter a la tiranía de los sentidos –incluso de los posibles y plausibles– que les den sus intérpretes; sobre semejante sugerencia de FOUCAULT, véase su breve pero enjundioso Prólogo a *Histoire de la folie à l’âge classique*, 1972, pp. 9 s., del que quiero destacar aquí: 1) la siguiente frase de FOUCAULT relativa al Prólogo escrito por un autor –por cualquier autor– sobre su propio texto, al cual ve como “primer acto por el cual comienza a establecerse la monarquía del autor, declaración de tiranía: mi intención debe ser vuestro precepto, plegaréis vuestra lectura, vuestros análisis, vuestras críticas, a lo que yo he querido hacer”; y 2) la declaración de FOUCAULT en el sentido de

teóricamente — pues prácticamente es evidente que no —, propuse unas bases generales de carácter programático para “desarrollar” y concretar los principios y las garantías meramente formales de

que “aquél a quien le tocó producirlo (no) pueda jamás reivindicar el derecho de ser su amo, de imponer lo que debe decir, ni de decir lo que debe ser”. Por lo tanto, frente a las desenfocadas críticas de PAREDES, me reafirmo aquí, y sin modificar ni siquiera una coma: 1) en todas mis afirmaciones acerca del carácter científico del “saber” jurídico (Ciencia del Derecho), porque contrariamente a lo que especula PAREDES, yo en ningún momento atribuyo carácter científico o acientífico a ningún discurso ni propuesta “político criminales”, sino únicamente —pero aquí con toda contundencia— a los enunciados y proposiciones a los que se pretende dar o presentar con validez *jurídica*, y esto además sólo en función de si su formulación se ha llevado a cabo respetando el método *jurídico*, en cuyo caso sí tendrán carácter jurídico *científico*, o si, por el contrario, han tenido lugar con quebranto de las reglas de dicho método, en cuyo caso deberá negárseles toda validez *jurídica científica*; en todo caso, al respecto me remito por todos a Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1997, pp. 67 y 98 ss., donde afirma que sólo mediante los conceptos jurídicos *a priori* se puede llegar a un conocimiento *científico* del Derecho; 2) en el uso que hago del criterio de la “voluntad de verdad”, como actitud de indagación sobre si *la realidad empírica* es “verdaderamente” la que el discurso proclama que realiza o si es otra distinta; y 3) siendo esto así, en que los juicios pertinentes sobre los resultados comprobados y verificados empíricamente con la indagación —frente a lo que parece estimar PAREDES— ya no pueden ser obviamente los de “correcto” o “incorrecto”, “plausible” o “no plausible”, etc., sino los de “verdadero” o “falso”, como sucede por ejemplo con la proclamación de la “igualdad” que hace el discurso liberal en contraste con la evidente “desigualdad” empírica a que da lugar su funcionamiento real. En todo caso, las apelaciones que hago en *Prolegómenos* a la verdad y a la voluntad de verdad siguen el glosario de Julián SAUQUILLO GONZÁLEZ, *Para leer a Foucault*, 2001, p. 190, entradas “verdad” y “voluntad de verdad”, y ahora quiero añadir aquí la entrada “trabajo de la verdad”, que según la descripción de SAUQUILLO, por un lado “consiste en desvelar la falsedad de los poderes que nos someten y de las subjetividades que se nos impusieron para restituir otras formas de relacionarse”, y por otro, “procura unir el pensamiento y la reflexión con la creación de nuevos comportamientos en vez de con la repetición del pasado”. Por otra parte, me parecen también desafortunadas las especulaciones de PAREDES sobre el sentido y el alcance con que apelo a la genealogía y a la arqueología del discurso y de sus enunciados. Según PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC*, (17), 2006, p. 452, la investigación arqueológica y genealógica no puede identificar la verdad, y en todo caso el origen histórico no puede justificar ni la aceptación ni el rechazo de una alternativa de acción, porque “una alternativa político criminal de origen históricamente ‘sospechoso’ puede, pese a todo, ser una buena alternativa; y al contrario, una alternativa de origen ‘bueno’, puede resultar, no obstante, una pésima alternativa”. Pero ¿qué se podría decir ante esta última afirmación de PAREDES? Ante todo, que lo que dice es tan evidente como lo son las otras combinaciones posibles en que parece no reparar, es decir, que una alternativa de origen sospechoso también puede ser “mala”, y una de origen bueno también puede ser “buena”, con lo cual estamos de vuelta al punto de partida, o sea, a tener que indagar sobre el origen de la alternativa para comprobar si fue sospechosa o buena, y luego si se ha mantenido su sentido original —lo que fue sospechoso o bueno en origen se ha mantenido y continúa siendo correspondientemente “malo” y “bueno”— o si hubo alguna mutación que convirtió a lo sospechoso en bueno y a lo bueno en malo. Pero entonces, de esto resulta que para despejar todas esas incógnitas en el punto de partida algún procedimiento de indagación habrá que aplicar, y dadas todas las posibles combinaciones mencionadas, entonces a PAREDES le debiera haber resultado obvio que yo para nada deduzco ni la verdad, ni la falsedad, ni la imposición o rechazo de nada por el mero dato de su origen. Pero no habiendo sido esto así, en contra tengo que decir una vez más que su crítica no es más que el producto de una nueva especulación suya con la que me atribuye lo que ni he escrito ni puede ser deducido de mi texto por ningún lado que se lo mire. Por lo demás, si a PAREDES le parece o no le parece útil la indagación genealógica, esta es una cuestión sobre la que aquí obviamente no puedo entrar a debatir siguiendo de nuevo la advertencia de SCHÜNEMANN de que en una investigación no se puede cuestionar absolutamente todo para volver a empezar por la historia de Adán y Eva, y me limito a decir que a mí no sólo me parece útil, sino imprescindible, porque como advierte ZAFFARONI *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2002, p. 139, también yo entiendo —y reproduzco sus palabras— que “el objetivo de la investigación genealógica de los tipos penales es descubrir los componentes de arrastre peligrosos para el estado de derecho y facilitar una labor interpretativa depurada de los mismos”, porque “en una dogmática penal que persigue un objetivo político preciso, no basta como primer paso un análisis exegético del texto si no va acompañado del necesario rastreo de su genealogía, que ponga al descubierto los componentes del estado de policía que arrastra y que deben ser cuidadosamente neutralizados en la construcción”, y porque a mayor abundamiento, “es innegable que las decisiones políticas traspasan la dogmática, por lo cual, no es correcto despreciar los datos históricos reveladores de genealogía”, pues sin duda “es verdadera la metáfora de RADBRUCH, en el sentido de que una ley es como una nave, que cuando parte deja al legislador en el muelle, pero lo cierto es que esa nave puede llevar enormes cargas tóxicas, de las que es necesario tomar conciencia a la hora de interpretarla”, y que es certera la metáfora “en cuanto a que no es admisible enviar el buque más allá de lo que su estructura admite, pero es necesario saber adónde quisieron enviarlo, no sólo para no mandarlo más lejos, sino incluso para vigilar su curso”.

aquél, en *enunciados y proposiciones jurídico-penales de asimilación* del moderno Derecho penal económico y de la empresa por la *Dogmática jurídico-penal*¹⁴⁹, y en concreto para articular y codificar el proceso *político* de lucha contra la criminalidad económica empresarial en un “*sistema de regulaciones jurídico-penales que (tendrían) por objeto la criminalización formal, de conformidad con el sistema de garantías políticas del Estado social y democrático de Derecho, del sistema de acción ético-socialmente reprobable de las clases sociales poderosas*”¹⁵⁰.

d) El interés despertado en la Ciencia penal alemana por el debate sobre la modernización del Derecho penal en España motivó que el *Goldammer's Archiv* nos invitara a Jesús SILVA y a mí, como principales representantes cada uno de las dos direcciones opuestas, a publicar en dicha revista sendos artículos sobre el estado del mismo desde los puntos de vista de ambas direcciones, lo cual dio lugar a que la mencionada revista dedicara el fascículo 6 del año 2010 monográficamente al debate en España con la publicación de nuestros dos artículos, precedidos de un prólogo de Jürgen WOLTER, y luego apostillados con un comentario de Bernd SCHÜNEMANN¹⁵¹. En mi artículo de GA, de cuyo original publiqué luego otras versiones¹⁵², a una exposición resumida de las tesis formuladas en *Prolegómenos* añadí —porque el espacio disponible no me permitió desarrollar más que— en esbozos: 1) una fundamentación de los bienes jurídicos colectivos anclada en el contrato social y con rango constitucional, desarrollada iusfilosóficamente a partir de las teorías similares del bien, de ARISTÓTELES y de Franz BRENTANO¹⁵³; 2) una determinación de algunas condiciones de subsidiariedad y de *ultima ratio* que legitiman la intervención penal frente a la lesión o al peligro de dichos bienes¹⁵⁴; 3) una reflexión sobre algunas condiciones que, a mi juicio, harían a los delitos de peligro abstracto necesarios y, al mismo tiempo, conformes con los principios del bien jurídico, de legalidad y de proporcionalidad¹⁵⁵; y finalmente, 4) rechacé, por un lado, las opiniones que tachan al Derecho penal moderno de meramente simbólico y, por otro, las que abogan por una flexibilización o recorte de los principios y garantías jurídico-penales, y esto no sólo para el Derecho penal moderno, sino también para el Derecho sancionador administrativo, porque éste, a mi juicio, es también Derecho penal, y por esto considero que en él las garantías jurídico-penales deben regir

¹⁴⁹ Del sentido de las cursivas, de suma trascendencia, daré explicaciones más adelante.

¹⁵⁰ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 190 s. y pp. 195 s., donde insisto en que se trata de estructurar un “‘sistema’ que clasifique en tipos criminales ordenados conforme a bienes jurídicos, a la totalidad del universo de acciones ético-socialmente reprobables y socialmente perjudiciales propias y características del sistema de acción de las clases poderosas” (pp. 195 s.); y pp. 65 ss.: “un completo sistema de tipos singulares, y de subsistemas de tipos, estructurados y ordenados valorativamente conforme a *especies diferenciadas de bienes jurídicos*” (p. 71). SCHÜNEMANN, «Presentación», en GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 19 s., ha calificado a mi discurso como “*criticismo dogmático-filosófico*”.

¹⁵¹ Véase GA, 2010, para el artículo de SILVA, pp. 307 ss.; para el mío, pp. 323 ss.; para el prólogo de WOLTER, pp. 305 s.; y para la apostilla de SCHÜNEMANN, pp. 353 ss.

¹⁵² Véase GRACIA MARTÍN, RDPC, (3), 2010, pp. 27 ss.; EL MISMO, *El moderno Derecho penal económico empresarial y de la globalización económica*, 2011; EL MISMO, *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno*, 2011. A mi artículo en GA, le precedió mi contribución («*Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del Estado de Derecho*») al *LH-Vives Antón*, t.1, 2009, pp. 879 ss.

¹⁵³ Véase GRACIA MARTÍN, GA, 2010, pp. 339 ss., 345 ss.; y EL MISMO, RDPC, (3), 2010, pp. 52 ss., 62 ss.

¹⁵⁴ Véase GRACIA MARTÍN, GA, 2010, pp. 347 ss.; y EL MISMO, RDPC, (3), 2010, pp. 64 ss.

¹⁵⁵ Véase GRACIA MARTÍN, GA, 2010, p. 351; y EL MISMO, RDPC, (3), 2010, pp. 69 s.

asimismo con el mismo rigor y del mismo modo estricto que en el Derecho penal criminal, es decir, sin la mínima flexibilización¹⁵⁶.

4. Críticas notoriamente extraviadas del concepto de Derecho penal moderno, a las que la Ciencia jurídica no debe dejar sin réplica

1. Una dimensión del debate sobre la modernización o expansión del Derecho penal, que no dudo en calificar de distorsionadora y de preocupante desde el punto de vista jurídico científico, es la relativa a ciertas interpretaciones claramente especulativas de que han sido objeto algunos enunciados y proposiciones centrales del discurso modernizador. Algunas de dichas interpretaciones se deben a autores que en principio dicen estar inclinados a favor de la modernización, pero se apoyan en claras y gruesas tergiversaciones de los enunciados y de las proposiciones modernizadoras, y esto supone sin duda una rémora para la modernización del Derecho penal. En particular, mis tesis y propuestas fundamentales —y dicho sea de paso, lo mismo ha sucedido, como veremos, con respecto a algunas de las tesis de SILVA—, en general han sido objeto de críticas absolutamente desenfocadas y que están completamente fuera de lugar desde el momento en que están dirigidas contra enunciados y proposiciones radicalmente contrarios a los que yo sostengo y he expresado literalmente de un modo que no deja ni el mínimo margen de posibilidad para ninguna de las interpretaciones puramente especulativas que han hecho los críticos¹⁵⁷.

2. a) En primer lugar, no alcanzo a comprender cómo mis reiteradas afirmaciones textuales de que la modernización del Derecho penal sólo es admisible y legítima si la misma se lleva a cabo con el más estricto respeto de las garantías sin la mínima flexibilización de ellas, han sido sin embargo completamente tergiversadas hasta el punto de llegar a atribuirme como propias más justo las tesis radicalmente contrarias que yo estoy rechazando explícita y apodícticamente; y aún es más incomprensible que PAREDES en particular haga esa misma tergiversación de mi discurso para atribuirme primero que yo proponga sacrificar las garantías, y para rechazar a continuación mis tesis por esa razón que sólo es producto de su especulación, siendo así que, como veremos más adelante en detalle, es precisamente él quien de un modo expreso e inequívoco propone aquel sacrificio de las garantías “cuando sea menester”. En efecto, una inexplicablemente muy extendida

¹⁵⁶ Véase GRACIA MARTÍN, GA, 2010, p. 352; y EL MISMO, RDPC, (3), 2010, pp. 70 ss.; véase además EL MISMO, «Contribución al esclarecimiento de los fundamentos de legitimidad de la protección de bienes jurídicos colectivos por el Estado social y democrático de Derecho», en HORMAZÁBAL MALARÉE (coord.), *Estudios de Derecho penal en memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez*, 2011, pp. 148 ss.; o EL MISMO, «Contribución al esclarecimiento de los fundamentos de legitimidad de la protección de bienes jurídicos colectivos por el Estado social y democrático de Derecho», en DEMETRIO CRESPO (dir.), *Crisis financiera y Derecho penal económico*, 2014, pp. 348 ss.

¹⁵⁷ Véase sobre todo así de un modo paradigmático la reseña crítica de PAREDES a mis *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, publicada en RDPC, (17), 2006, pp. 437 ss., e incluida como apéndice II en la edición peruana de mi *Modernización del Derecho penal y Derecho penal del enemigo*, 2007, pp. 149 ss., quien, como veremos, a lo largo de toda ella deduce de mi discurso de un modo completamente especulativo justo todo lo contrario de lo que yo afirmo y sostengo, y luego critica generalmente lo que él ha deducido de ese modo y apenas nada de lo que yo realmente he escrito. Cfr. diversas réplicas mías a las afirmaciones de PAREDES *supra* en nota 148; *infra* a continuación el núm. 3 de este mismo epígrafe; también en general *infra* 8, 9 y 10; y además, para cuestiones concretas, *infra* notas 226, 236, 252, 269, 303 y 441.

actitud, con la que se alcanza el grado máximo de la especulación arbitraria en la hermenéutica e interpretación de textos, me atribuye como *mías* propuestas como –según las diferentes versiones de la tergiversación– las de renunciar, revisar, adaptar, flexibilizar e incluso sustituir por otras, a las garantías jurídico-penales¹⁵⁸, cuando lo cierto es que mis textos literales no pueden ser más claros e inequívocos –e incluso apodícticos– en el sentido contrario.

b) Para desvirtuar semejantes desfiguraciones de mis enunciados y proposiciones, no creo que haya nada más adecuado que reproducir literalmente lo que yo realmente he escrito con la mayor precisión, y además no una, sino exactamente *cinco* veces en distintos lugares de mi ensayo. Y así, lo que yo he escrito y dicho realmente con reiteración, con insistencia y con contundencia apodíctica es todo esto: 1) *Literalmente*, que “los objetos, enunciados, proposiciones e instrumentos dogmáticos y político criminales del Derecho penal moderno gozan en su *totalidad* de la propiedad de ser conformes, en todo y sin fallos ni siquiera infinitesimales, con la *totalidad* de las garantías políticas del Estado de Derecho”¹⁵⁹; 2) A mayor abundamiento, y ahora *contra las tesis que admiten flexibilizar las garantías*¹⁶⁰, que la modernización del Derecho penal tiene que llevarse a cabo conforme a las exigencias y garantías del Estado de Derecho, y esto –*literalmente*– “en un grado tan *absoluto* que la misma *no admite ni excepciones ni una mínima relativización*”, porque cualquier *mínima flexibilización* sería el producto –de nuevo: *literalmente*– “de una ideología *conservadora y reaccionaria*”¹⁶¹; 3) Que por Derecho penal moderno en sentido *material* entiendo exclusivamente y sin excepción –de nuevo, *literalmente*– “al ‘sistema’ de *regulaciones jurídico penales* que tienen por objeto la criminalización formal, de *conformidad con el sistema de garantías políticas del Estado social y democrático de Derecho*, del sistema de acción ético-socialmente reprobable de las *clases sociales poderosas*”, advirtiendo además que una explicación detallada de dicho concepto requeriría de una monografía, que obviamente no podía desarrollar en

¹⁵⁸ Véase por ejemplo, LAURENZO COPELLO, *RDPC*, (12), 2003, p. 447 nota 7, al decir que yo “reinterpreto” el principio de legalidad como una herramienta liberal en manos de los poderosos para incluir sólo la criminalidad de la clase baja, y a la vez excluir la suya propia (pero yo para nada llevo a cabo una “reinterpretación”; sólo verifico y hago un retrodiagnóstico histórico del “uso” clasista real del principio); Díez RIPOLLÉS, *RECPC*, (7), 2005, p. 5 nota 6, y p. 33 notas 112 y 115, me atribuye que propongo “flexibilizar” las garantías (p. 5 nota 6), o una “reinterpretación” de las mismas (p. 33 nota 112), e incluso también que pongo en cuestión a las liberales y propongo “otras” que según él yo no explico (p. 33 nota 115); de un modo insuperablemente exagerado, FELIP I SABORIT, «Observaciones a “La expansión” diez años después», en ROBLES PLANAS/SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coords.), *La crisis del derecho penal contemporáneo*, 2011, p. 78, dice acerca de mis enunciados que “desde posiciones radicales (...) se reivindica sin complejos la denunciada desintegración de los principios político-criminales de garantía y de las reglas de imputación individual”; incluso SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 3ª ed., 2011, p. 197 y nota 30, afirma sorprendentemente que yo sería “muy claro” en proponer “reconstruir un nuevo sistema de garantías adecuado a las exigencias de modernización”; y en el mismo sentido PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC*, (17), 2006, pp. 445 s., 467 s., pero debido a que éste va mucho más lejos, luego dedico un apartado a replicar sus particulares afirmaciones.

¹⁵⁹ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, p. 208; reiterado también literalmente en EL MISMO, *LH-Vives Antón*, t.1, 2009, p. 896.

¹⁶⁰ Que proponen entre otros, por ejemplo, HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der “Risikogesellschaft”*, 1993, pp. 48 ss.; EL MISMO, «Gibt es ein “Strafrecht der Risikogesellschaft”?», *NStZ*, 1993, p. 14; EL MISMO, «Rezension zu: Bettina Weisser, Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidrigen Kollegialentscheidungen, Dissertation, Duncker & Humblot, Berlin, 1996 (253 Seiten)», *GA*, 1997, p. 495; KUHLEN, *GA*, 1994, pp. 348 ss.; KÜHNE, «Strafrechtliche Produkthaftung in Deutschland», *NJW*, 1997, p. 1954; EL MISMO, «Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen. Eine Einführung», en EL MISMO/MIYAZAWA (eds.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen*, 2000, pp. 9 ss.; LAURENZO COPELLO, *RDPC*, (12), 2003, p. 454.

¹⁶¹ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 156 s.

mi breve ensayo¹⁶²; 4) Que la modernización del Derecho penal –*literalmente*– “es una exigencia absolutamente necesaria ya desde el punto de vista de la misma exigencia de *protección de bienes jurídicos*”¹⁶³; y 5) Que la modernización del Derecho penal es una exigencia ético-política –*literalmente*– “en el Estado social de Derecho”, y que en éste las garantías –de nuevo: *literalmente*– “sólo pueden ser derivadas y comprendidas a partir de principios normativos, pero de base necesariamente ontológica, llenos de *contenidos materiales de igualdad y de justicia social*”¹⁶⁴; proposiciones éstas que además, por si ellas mismas no fueran ya suficientemente explícitas a favor de las garantías, las apoyo con citas de autores con los que tengo una gran afinidad, tal y como sucede con la doble cita, que hago *mía*¹⁶⁵, de la afirmación de Bernd SCHÜNEMANN en el sentido de que la modernización es estrictamente una exigencia de la *igualdad* y de la *justicia*, y no una reivindicación que remita a MARX o a PROUDHOM¹⁶⁶, y con la cita de ZAFFARONI, que también hago *mía*¹⁶⁷ con motivo de mi crítica a la *desigualdad* que representa la no inclusión de las conductas materialmente criminales de los poderosos en el Derecho penal, en el sentido de que, como él afirma, “en el plano jurídico, es obvio que esta selección lesiona el principio de igualdad, que no sólo se desconoce *ante la ley*, sino también *en la ley*, o sea que el principio de igualdad constitucional no sólo se viola en los fundamentos de la ley sino también cuando cualquier autoridad hace una aplicación arbitraria de ella”¹⁶⁸.

c) Que después de lo que yo he escrito y dicho realmente de un modo tan claro e inequívoco como el aquí reproducido¹⁶⁹ se diga que mis tesis apuntan justamente a todo lo contrario de lo que dicen y proponen, debería llevar por lo menos a tener que plantear para reflexionar la cuestión de que algo tiene que estar fallando de un modo importante en el debate o en el modo de llevarlo a cabo. De algunos de los puntos en que se distorsiona el debate, y de las causas de esta distorsión, me ocuparé más adelante en mi réplica a una de las absolutamente infundadas críticas que ha hecho PAREDES a mi discurso en su reseña crítica de mis *Prolegómenos*. No obstante, como indicación general, quizá sea conveniente dejar indicado aquí que interpretaciones tan distorsionadas de mis enunciados y propuestas tal vez podrían evitarlas quienes las hacen si, en lugar de adoptar una perspectiva política especulativa, pensaran y analizaran la materia de que se trata con instrumentos jurídicos, y muy particularmente con la fundamental distinción de RADBRUCH entre “idea” del Derecho

¹⁶² Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 190 s.

¹⁶³ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, p. 189.

¹⁶⁴ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, p. 212.

¹⁶⁵ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 189 s. nota 362, y p. 196 nota 374.

¹⁶⁶ Véase SCHÜNEMANN, en KÜHNE/MIYAZAWA (eds.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, p. 21.

¹⁶⁷ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, p. 184 nota 352.

¹⁶⁸ Véase ZAFFARONI *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2002, p. 9, (cursiva del autor).

¹⁶⁹ Que sí respetan, ateniéndose estrictamente a mi texto, PÉREZ DEL VALLE, «En torno a la modernización del Derecho penal», *CPC*, (84), 2004, p. 151, quien discrepa de mis análisis, pero respeta en todo el tenor de mi texto, y por eso sus críticas están dirigidas –como debe ser– a lo que yo realmente digo; DEMETRIO CRESPO, *RDPC*, (14), 2004, p. 109; RODRÍGUEZ MESA, «Las razones del Derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación», *RECPC*, (9), 2007, p. 5; y JIMÉNEZ DÍAZ, *RECPC*, (16), 2014, pp. 15 ss., en su precisa y sobresaliente síntesis de mi discurso.

(*Rechtsidee*) y “materia” del Derecho (*Rechtsstoff*), de la cual se deduce por sí mismo el verdadero sentido y el alcance real de todos mis enunciados y propuestas¹⁷⁰.

3. a) A diferencia de a los autores que simplemente se limitan a tergiversar mis tesis, a PAREDES tengo que replicarle, además de eso mismo, que precisamente él carece de toda legitimidad para plantearme luego como objeción y como crítica que yo proponga un sacrificio de las garantías, pues aparte de que ya ha quedado demostrado que esto no es cierto en absoluto, es él quien *sí* se decanta abiertamente por liquidarlas cuando así lo exija la política criminal, por lo cual su crítica incurre en un quebranto de una especie de imperativo categórico: ¡él sí podría proponer un sacrificio de las garantías, pero yo –si fuera cierto que propusiera eso mismo– no podría! ¿Es legítimo oponer como crítica a un discurso que éste proponga justo aquello mismo que propone el que lo critica? En primer lugar, PAREDES me atribuye arbitrariamente como mía propia la tesis que yo justamente estoy rechazando con toda contundencia, de que “pongo en cuestión” a algunos de los principios y que propongo “*modificar*, cuando ello sea necesario, dichas garantías ‘liberales’, para *adaptarlas*”¹⁷¹; en segundo lugar, de esta arbitraria atribución extrae luego la conclusión de que esas modificaciones y adaptaciones, que sólo él imagina que yo propondría, *podrían* llevar a *eximir* de respetar los principios, es decir, a *sacrificar las garantías* en aras de los objetivos político criminales¹⁷²; y tercero, frente a lo que sólo él imagina y afirma que yo digo, finalmente opone críticamente que para él, en el caso de conflicto entre garantías y objetivos político criminales, no existe duda sobre que “los principios están por delante de los objetivos político-criminales”¹⁷³. Pero ¿es todo esto realmente así como lo dice PAREDES? Evidentemente *no*: es todo lo contrario y justo al revés de como lo dice.

b) Sobre que yo no digo en momento alguno que haya que sacrificar o flexibilizar las garantías, para desvirtuar las atribuciones que hace PAREDES a mi discurso, basta con remitir a lo realmente escrito por mí y reproducido literalmente en el apartado anterior, y no hace falta decir nada más al respecto. Pero es que si por un momento pensáramos hipotéticamente en que yo sí estuviera proponiendo lo que PAREDES me atribuye, entonces éste carecería de toda legitimidad para criticármelo, y esto por la simple razón de que es precisamente él quien *sí* propone un sacrificio de las garantías cuando sea preciso, y además abiertamente, sin ambigüedades, directa y expresamente¹⁷⁴. Veámoslo. Según PAREDES, la problemática de los nuevos riesgos “tiene que afectar lógicamente a las propias categorías de la imputación jurídico-penal” –esto yo ya lo niego categóricamente¹⁷⁵–, y, ante esto, no duda sobre cuál habrá de ser la respuesta adecuada: “*revisar*

¹⁷⁰ Sobre la distinción, véase RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 2003, pp. 14 s., 38; EL MISMO, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, 1960, pp. 16 s.; véase también ROXIN, «Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts», *GS-Radbruch*, 1968, pp. 261 ss. y *passim*.

¹⁷¹ Véase PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC*, (17), 2006, pp. 467 s.

¹⁷² Véase PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC*, (17), 2006, p. 469.

¹⁷³ Véase PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC*, (17), 2006, p. 469.

¹⁷⁴ Tal y como lo hizo literal e inequívocamente antes de escribir su reseña a mis *Prolegómenos* en PAREDES CASTAÑÓN, «Ambigüedades e insuficiencias del concepto de *Derecho penal del riesgo*. A propósito de Mendoza Buergo, Blanca, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001», *RDPC*, (11), 2003, pp. 393 s. y 398.

¹⁷⁵ Cfr. *supra* las opiniones de los autores citados en nota 139, que suscribo sin reserva, con la salvedad de la de MARTÍNEZ-BUJÁN, citada *in fine*, de la que no suscribo su propuesta –similar a la de SILVA– de flexibilizar garantías para algunos ilícitos penales económicos.

nuestra ya venerable teoría general del delito, para *adaptarla* a los nuevos tiempos y a los nuevos fenómenos delictivos¹⁷⁶. Pero es que tampoco duda sobre el método que deberá conducir a dicha revisión adaptable: “construir una disciplina de la Política criminal que nos permita afrontar los nuevos retos de modo más racional (y luego, estudiar cómo hay que *cambiar*, en consecuencia, *la propia Dogmática jurídico-penal*), para dotar de pautas a la praxis legislativa y jurisprudencial, y para criticarla, *ofreciendo alternativas, cuando sea menester*”¹⁷⁷. Es cierto que PAREDES pretende conciliar su propuesta revisora y cambiante de la Dogmática penal con la conservación y respeto de las garantías, y a tal efecto advierte que “revisar” y “adaptar” no significan “desfigurar”, y que “existen márgenes importantes de adaptación sin necesidad de renunciar” a las garantías como, sin embargo, y al contrario, parece que sí hacen, en su opinión, “ciertas veleidades modernistas” que, por eso, han sido objeto de críticas “justas”¹⁷⁸. Sin embargo, estas “cautelos” no despejan en absoluto el problema “garantista” que conlleva su propuesta de “revisión adaptable”, y con todas estas afirmaciones más bien se mete en un verdadero laberinto. Pues si fuera cierto –que no lo es– que mi postura fuera la de revisar las garantías, como él me atribuye sin el menor fundamento, en tal caso debería reconocer como mínimo que mi postura sería exactamente la *misma* que la suya, y así su crítica de mi postura tendría que verse a la vez lógicamente como una autocritica de la suya propia. En otro caso, PAREDES tendría que responder él mismo a las siguientes preguntas: 1) ¿por qué “su” propuesta revisora adaptable *sí* se mantendría dentro de los márgenes de respeto de las garantías, y por qué *no* sucedería lo mismo con la hipotética mía o de cualquier otro? ¿acaso porque la mía *sí* sería una *veleidad* modernista, mientras que la suya *no* lo sería?; y 2) si “revisar” y “adaptar” no tiene por qué suponer “desfigurar” –lo que es absolutamente cierto–, entonces ¿por qué las “revisiones adaptables” que sólo él imagina que yo propondría en mi discurso *sí* podrían ser desfigurantes de las garantías, mientras que las “suyas” *no* lo serían?; de nuevo: ¿acaso porque las mías *sí*, pero las suyas *no* serían veleidades modernistas?

c) Pero es que la inconsistencia de las críticas de PAREDES no se queda en lo anterior, porque él aún va mucho más lejos. Pues su opción decididamente proclamada a favor de las garantías, para el caso de conflicto entre éstas y los objetivos político criminales¹⁷⁹, *in extremis* se queda en la *nada* más absoluta al decir, literalmente, que “cuando la adaptación sólo sea posible al precio de dicha renuncia (*sc.* a las garantías), *habrá que rendirse y aceptar* que nuestro concepto de delito resulta en ese caso *inoperante*”¹⁸⁰. La cuestión ahora es que semejante *rendición*, para PAREDES no podrá llevarse a cabo más que “*cambiando*” a la *Dogmática jurídico-penal* y a la *teoría del delito* hasta donde

¹⁷⁶ Véase PAREDES CASTAÑÓN, «Ambigüedades e insuficiencias del concepto de *Derecho penal del riesgo*. A propósito de Mendoza Buergo, Blanca, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001», *RDPC*, (11), 2003, p. 393.

¹⁷⁷ Véase PAREDES CASTAÑÓN, «Ambigüedades e insuficiencias del concepto de *Derecho penal del riesgo*. A propósito de Mendoza Buergo, Blanca, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001», *RDPC*, (11), 2003, p. 398 (las cursivas son mías).

¹⁷⁸ Véase PAREDES CASTAÑÓN, «Ambigüedades e insuficiencias del concepto de *Derecho penal del riesgo*. A propósito de Mendoza Buergo, Blanca, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001», *RDPC*, (11), 2003, p. 393.

¹⁷⁹ Véase PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC*, (17), 2006, p. 469: “los principios están por delante de los objetivos político-criminales”.

¹⁸⁰ Véase PAREDES CASTAÑÓN, «Ambigüedades e insuficiencias del concepto de *Derecho penal del riesgo*. A propósito de Mendoza Buergo, Blanca, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001», *RDPC*, (11), 2003, p. 393.

lo exija la Política criminal; es decir, alterando – literalmente – “cuando sea menester”¹⁸¹ nada más y nada menos que al reducto custodio de las garantías más potente entre todos los imaginables, porque como sostiene con razón la doctrina más exigente con el respeto de aquéllas – de la que participo sin la mínima reserva y que proyecto sin la menor fisura a la modernización del Derecho penal –, la teoría del delito, elaborada por la Dogmática jurídico-penal con el estricto *método jurídico*, constituye un complejo argumentativo de rango *constitucional*¹⁸² ante el que tiene que plegarse y doblarse la Política criminal, simplemente por la misma razón de que el César no está por sobre la Gramática¹⁸³. Pero si: 1) la Política criminal no es nada más que un saber que, en última instancia – si no ya desde la primera – se traduce y concreta siempre en la formulación de enunciados y de proposiciones – positivos o negativos – sobre el “ejercicio de poder punitivo”; y si 2) como parece obvio, de ninguna teoría *política* pueden resultar límites *jurídicos* al ejercicio del poder, porque éstos sólo puede proporcionarlos el *Derecho*, es decir, la Dogmática jurídica elaborada con el *método jurídico*¹⁸⁴; entonces, 3) de todo esto tiene que resultar que todo el que tenga en su punto de mira en última instancia – como sin la menor duda es mi caso – el campo de lo *jurídico*, tiene que rechazar de plano y con la mayor contundencia a toda propuesta (obviamente *extrajurídica*) que – como la de PAREDES – permita y abogue por “cambiar la Dogmática”, cuando sea menester, para hacerla a la medida de la Política criminal. Pues ni un solo discurso *extrajurídico*, sea de la índole o especie que sea, y por mucho que se lo quiera mostrar dotado de todo tipo de “racionalidades” al uso, como las que invoca PAREDES recurrentemente – instrumentales, pragmáticas, teóricas, éticas, morales, etc. –, puede pretender ninguna *validez*, ni para imponerse,

¹⁸¹ Véase de nuevo PAREDES CASTAÑÓN, «Ambigüedades e insuficiencias del concepto de *Derecho penal del riesgo*. A propósito de Mendoza Buergo, Blanca, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001», *RDPC*, (11), 2003, p. 398.

¹⁸² Al respecto, véase ZAFFARONI *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2002, p. 374 y nota 374, con cita de DONINI en tal sentido, y además, insistentemente véanse también, pp. 4 ss., 21 s., 28 ss., y 101 ss.; además, EL MISMO, «Política y Dogmática jurídico penal», en EL MISMO, *En torno a la cuestión criminal*, 2005, p. 73, donde llama la atención sobre “la inmensa tarea de elaboración dogmática llevada a cabo en los últimos cien años, que de ningún modo puede desperdiciar quien pretenda reducir racionalmente el ejercicio del poder punitivo”; en sentido similar SCHÜNEMANN, «Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft», *FS-Roxin*, 2001, pp. 1, 8; EL MISMO, «Aufgabe und Grenzen der Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert», *FS-Herzberg*, 2008, *passim*, especialmente p. 40; EL MISMO, «Ein neues Bild des Strafrechtssystems? Zugleich Rezension von Günther Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012», *ZStW*, (126), 2014, pp. 2 s.; GRACIA MARTÍN, *Foro FICP*, (2), 2014, pp. 44 ss.; EL MISMO, *Foro FICP*, (2), 2015, pp. 191 ss.

¹⁸³ Frente a la propuesta de PAREDES, parece oportuno recordar, primero, las emblemáticas reflexiones de GIMBERNAT, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., 1990, pp. 158 ss., sobre la función de la Dogmática penal, que se resumen en sus palabras, asimismo emblemáticas, mediante las que expresó que ella es la que “hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación” (p. 158), y segundo, que de un modo absolutamente fiel a lo escrito con una distancia de casi 40 años, en 2000 GIMBERNAT, precisamente al tratar de los nuevos problemas que debe encarar el Derecho penal (moderno), rechaza categóricamente que para ello haya que proceder ni a la mínima revisión ni adaptación de los conceptos de la teoría del delito; véase GIMBERNAT, en *VV.AA., Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 356, 370, donde dice que “los conceptos fundamentales de la Parte General siguen siendo adecuados – aún más: irrenunciables – para tratar – y penetrar en – estas nuevas manifestaciones jurídico penales” (p. 356), y que “no se puede hablar, en absoluto, de que los conceptos fundamentales de esa teoría (sc.: la del delito elaborada por la dogmática jurídico-penal en los últimos 100 años) tengan que ser abandonados a la vista de nuevos fenómenos penales como la responsabilidad por el producto, los delitos medioambientales o el Derecho penal de empresa”, porque los mismos “están plenamente en situación de asimilar esos nuevos fenómenos y de dar a los problemas que generan soluciones conformes con la justicia y con la seguridad jurídica” (p. 370).

¹⁸⁴ Cfr. sobre esto, sólo ZAFFARONI, en EL MISMO, *En torno a la cuestión criminal*, 2005, pp. 75 ss.

ni para criticar a otros —que, sin la mínima duda, también estarán cargados de sus propias “racionalidades” *extrajurídicas*—, mientras no sea pasado por —y logre superar— los filtros de la *Dogmática jurídico-penal* como reducto custodio del grial de las garantías jurídico-penales, y de la cual, obviamente, está excluida la Política criminal. Esto debe ser así si se piensa en algo tan obvio como que sólo la *política*, nada más que la *política*, y por definición, nunca el *Derecho*, es la que ha fulminado, fulmina y fulminará siempre los derechos humanos y la dignidad humana con tendencia al genocidio, cuando el Derecho no logra contenerla por medio de su reducción a pura materia *jurídica* con el método *jurídico* puro. En este sentido, conviene recordar las advertencias de KELSEN, por un lado en el sentido de que la Ciencia del Derecho “no es política jurídica”¹⁸⁵, y por otro lado en el de la necesidad de liberar a la Ciencia del Derecho de todos los elementos que le son extraños, porque debido a la actitud de muchos “juristas” que “creen poder elevar su prestigio científico justo por medio de préstamos de otras disciplinas, naturalmente así la Ciencia del Derecho propiamente dicha se echa a perder”¹⁸⁶.

4. a) En *Prolegómenos* incluí al llamado Derecho penal del enemigo como un sector específico más del Derecho penal moderno¹⁸⁷, y esto ha dado lugar a malentendidos que no dudo en reconocer que hayan podido ser propiciados por mi propia torpeza expositiva en aquel momento, al no haberla complementado con las pertinentes y necesarias aclaraciones que tal vez los habrían evitado. En concreto, se me ha objetado que esta mención e inclusión del Derecho penal del enemigo en el Derecho penal moderno, dada la *ilegitimidad* de aquél, podría hacer cuestionable a la *totalidad* de mi discurso de modernización del Derecho penal desde el punto de vista garantista¹⁸⁸. En relación con esto, quiero aclarar ahora en primer lugar las razones por las que en mi clasificación inicial del Derecho penal moderno añadí semejante estrambote¹⁸⁹, y a continuación rechazaré ciertas interpretaciones críticas de mi discurso que toman a esto como pretexto, pero que son exorbitadas porque sin la menor duda mi estrambote no da ningún pie para ellas ni remotamente.

¹⁸⁵ Véase KELSEN, *Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 1. Auflage 1934*, 2008, p. 15.

¹⁸⁶ Véase KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2008, p. 16. Este es un mal, sin embargo, que parece crónico, pues desgraciadamente la Ciencia del Derecho no se ha podido liberar nunca del intrusismo de otras disciplinas que pretenden usurpar sus funciones, y que hoy alcanza grados exponenciales con la política criminal. Sobre dicho intrusismo destructor de la Ciencia jurídica, véase QUINTANO RIPOLLÉS, «La evolución del Derecho penal moderno (“contra corriente”)», *ADPCP*, (10), 1957, pp. 288, 290, 291 s. y *passim*.

¹⁸⁷ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 60 y 120 ss.; por otra parte, dos años más tarde incluso llegué a afirmar en GRACIA MARTÍN, *El horizonte del finalismo y el Derecho penal del enemigo*, 2005, p. 91, que “se podría decir que este Derecho penal del enemigo sería una clara manifestación de los rasgos característicos del llamado Derecho penal moderno”; y, por inercia, en mis trabajos posteriores he mantenido tal cual la mención del Derecho penal del enemigo en mi clasificación del Derecho penal moderno; véase GRACIA MARTÍN, *GA*, 2010, p. 32; EL MISMO, *RDPC*, (3), 2010, p. 33; EL MISMO, *El moderno Derecho penal económico empresarial y de la globalización económica*, 2011, pp. 29 y 65 ss. (= en la edición peruana, pp. 31 y 67 ss).

¹⁸⁸ Así lo han advertido en sentido crítico, por ejemplo, DEMETRIO CRESPO, *RDPC*, (14), 2004, pp. 88, 109; y Díez RIPOLLÉS, *RECPC*, (7), 2005, p. 33 con nota 115.

¹⁸⁹ En la técnica literaria, un estrambote es una serie de versos *libres* —sin rima— que se ubican al final de un poema de estructura *fija* —por ejemplo de un soneto— como remate, pudiendo incluso desviarse de la trama del poema. Por lo que a continuación explico, la inclusión del Derecho penal del enemigo en mi clasificación dogmática ordenada del Derecho penal moderno, bien se podría ver *per analogiam* como un estrambote.

b) En cuanto a lo primero, si mencioné al Derecho penal del enemigo junto a los demás sectores del Derecho penal moderno, las razones –que sin duda no justifican la mención– fueron las siguientes: 1) Porque al diseñar mi clasificación a partir de lo que la doctrina mayoritaria considera que es Derecho penal moderno, la inercia de la mera descripción del estado de la cuestión me llevó a hacer una mención del Derecho penal del enemigo entre los sectores clasificados sólo en razón de que aquella doctrina lo etiqueta –a él y a otros fenómenos similares– como Derecho penal moderno¹⁹⁰; 2) porque, como es sabido, en las sucesivas ampliaciones que fue haciendo JAKOBS de su inicial concepto del Derecho penal del enemigo, él mismo incluyó en él a la delincuencia económica¹⁹¹; 3) porque dada la finalidad de aquel breve ensayo mío, que no era otra que plantear meramente unas bases programáticas para el posterior desarrollo de un Derecho penal moderno *legítimo*, tenía que resultar más que obvio que en él no procedía llevar a cabo ningún análisis crítico para discriminar al Derecho penal legítimo del ilegítimo –sea o no sea moderno–, sino que esto debía quedar relegado a un momento posterior¹⁹²; y 4) porque en relación con esto último, de todos modos, a partir de mis reiteradas proposiciones jurídico-dogmáticas de que el Derecho penal moderno tendría que ser construido y desarrollado con el más estricto y rígido respeto de las garantías sin la mínima flexibilización de ellas¹⁹³, ya tendría que deducirse *eo ipso* que mi postura es la de rechazar completamente por *ilegítima* a toda regulación pretendidamente jurídico-penal que se aparte en lo más mínimo de las garantías, como es el caso precisamente del Derecho penal del enemigo, del cual me ocupé inmediatamente después en mi siguiente monografía para criticarlo y rechazarlo de un modo contundente como ilegítimo, por ser evidentemente contrario a la dignidad humana y porque por esta razón hay que negarle ya el carácter de Derecho y verlo nada más que como manifestación ilegítima de la coacción del poder y del Estado de policía¹⁹⁴. Lamentablemente, la simple mención del Derecho penal del enemigo, por las razones explicadas, entre los sectores del Derecho penal moderno, ha dado lugar a malentendidos que, como ya he dicho, no dudo en reconocer que hayan podido ser propiciados en cierto modo por mi propia torpeza expositiva en aquel momento, pero también quiero decir ahora que dichos malentendidos no deberían haber llevado a extraer conclusiones que ni de lejos pueden ser deducidas de la lógica de mi discurso contemplado globalmente, ya que debería estar claro sin la mínima duda que éste

¹⁹⁰ Pues como ya vimos *supra* 2.1.b), fue el discurso de Frankfurt –y en modo alguno yo– el que desde el momento inicial incluyó bajo la denominación de Derecho penal moderno a una pluralidad de fenómenos que no tienen nada que ver entre sí –como por ejemplo el terrorismo, las drogas, la delincuencia económica y el tratamiento de datos–, y por contagio, eso mismo es lo que hace no sólo la doctrina afín a aquél discurso, sino también la crítica de él, que también mezcla y confunde fenómenos que, como el auténtico Derecho penal moderno y el llamado Derecho de la seguridad ciudadana, son tan distintos entre sí, que no alcanzo a comprender ni de lejos cómo podría ser posible ver ni una mínima relación de cualquier especie entre ellos.

¹⁹¹ Véase JAKOBS, «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», en EL MISMO/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 39 s.

¹⁹² Con lo cual, muestro mi total desacuerdo con las afirmaciones de DÍEZ RIPOLLÉS, *RECPC*, (6), 2004, p. 25 último párrafo de nota 42 que inicia en p. 24, en el sentido de que yo no discrimino entre tendencias encaminadas a modernizar el Derecho penal y las dirigidas a crear un nuevo modelo penal de seguridad ciudadana, y que así yo “termina(ría) legitimando *cualesquiera* movimientos políticos criminales expansivos” (cursiva mía). Cfr. a continuación en 5 de este mismo epígrafe mi réplica a estas afirmaciones de DÍEZ RIPOLLÉS.

¹⁹³ Cfr. *supra* apartado 2.b) de este mismo epígrafe.

¹⁹⁴ Véanse mis extensas argumentaciones iusfilosóficas y dogmáticas contra el Derecho penal del enemigo, en GRACIA MARTÍN, «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”», *RECPC*, (7), 2005, pp. 27 ss.; y aún con mayor extensión, en EL MISMO, *El horizonte del finalismo y el Derecho penal del enemigo*, 2005, pp. 199 ss., 214 ss., 235 ss.

lleva más bien e inequívocamente a lo contrario de lo que se ha querido ver en él¹⁹⁵. Por eso, a partir de lo explicado aquí, quiero ahora precisar sobre todo que de mi discurso tendría que resultar evidente que el Derecho penal del enemigo no puede ser en modo alguno ningún sector de mi concepto de Derecho penal moderno, por supuesto en un sentido *material*, pero ni siquiera en un sentido meramente formal ni expositivo, y para que no quede al respecto ni la mínima duda, si en algún momento futuro volviera a ocuparme del Derecho penal moderno, es seguro que dejaré de hacer la mínima mención al Derecho penal del enemigo, tal como ya lo había hecho en mi primera publicación sobre aquél, y tal como lo hice de nuevo en la última de ellas¹⁹⁶, y si el contexto exigiera hacer alguna mención de él, entonces no dejaré de remitir a las aclaraciones que acabo de hacer ahora y a las que hago en lo que sigue.

5. En relación con lo anterior, lo que ya no acierto a comprender son las relaciones y conexiones que establece DÍEZ RIPOLLÉS entre mi discurso de modernización y el de la expansión de SILVA, por un lado, y los discursos de la llamada seguridad ciudadana, por otro¹⁹⁷. Según DÍEZ RIPOLLÉS, el discurso de modernización en general, y en particular el de la expansión de SILVA, y el mío de modernización, extenderían desde ellos mismos algo así como una especie de correa de transmisión a través de la cual trasvasarían, si no todos, sí al menos algunos de sus contenidos “antigarantistas” al Derecho penal de la seguridad ciudadana; y a mayor abundamiento, aún afirma que yo no discrimino entre tendencias encaminadas a modernizar el Derecho penal y las dirigidas a crear un nuevo modelo penal de seguridad ciudadana, y que de ese modo yo “termina(ría) legitimando *cualesquiera* movimientos político criminales expansivos”¹⁹⁸. Mi desacuerdo en esto con DÍEZ RIPOLLÉS es absoluto y radical.

a) Por la misma “naturaleza de las cosas”, debería estar claro que entre el Derecho penal económico moderno de los poderosos y el de la seguridad ciudadana represivo de individuos de las clases bajas y marginales no existe ni debe poder ser pensada ninguna conexión ni relación distinta de la que proporciona la obviedad del dato genérico meramente empírico-descriptivo de que ambos son manifestaciones de la intervención punitiva. Sin embargo, este dato es banal y carece de toda significación teórica. Entre la criminalidad económica de los poderosos y la callejera de sectores de población marginada no cabe ver ningún punto específico de conexión empírica más allá de su mera *coexistencia* espacio-temporal en el acontecer social como formas diferentes de manifestación

¹⁹⁵ Ver a continuación en 5.

¹⁹⁶ En efecto, pues en la clasificación de los sectores del Derecho penal moderno que expuse en mi primer trabajo sobre la materia en 2002, no hice ni la mínima mención entre ellos al Derecho penal del enemigo; véase GRACIA MARTÍN, *LH-Cerezo Mir*, 2002, pp. 357-381; 120 ss.; y en 2011, en *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno*, pp. 25 ss., si bien hago una mención del mismo, *ya no afirmo que sea un sector del Derecho penal moderno*, sino que sólo digo que “algunos” –es decir: “otros”, con lo me excluyo a mí mismo– “ven como moderno al denominado Derecho penal del enemigo (p. 25).

¹⁹⁷ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, *RECPC*, (7), 2005, pp. 10 ss., 13 ss. y 31 ss. En sentido similar, véase LASCANO, «La insostenible “modernización del Derecho penal” basada en la “tolerancia cero” desde la perspectiva de los países emergentes», *Cahiers de Défense Sociale*, (30), 2003, pp. 161, 169 s.; para la confusión y la mezcla de fenómenos por este autor, véase LASCANO, *op. cit.*, pp. 166 ss., y sobre mi réplica a las afirmaciones de LASCANO sobre mi discurso, cfr. a continuación apartado 7 de este mismo epígrafe.

¹⁹⁸ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, *RECPC*, (6), 2004, p. 25 último párrafo de la nota 42 que inicia en p. 24 (cursiva mía). Parece estar de acuerdo en esto RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «Expansión del Derecho penal y límites constitucionales», *LH-Vives Antón*, t. 2, 2009, pp. 1656 ss.

de la criminalidad, es decir, como fenómenos reales *dispersos* que se explican cada uno por sus propias causas y que acontecen también cada uno en sus modos y formas específicos condicionados por las estructuras sociales¹⁹⁹. Como luego veremos, la Criminología distingue y diferencia claramente entre la criminalidad *económica* de los poderosos y la de los no poderosos como fenómenos empíricos diversos²⁰⁰, y siendo esto así, con mayor razón tiene que carecer de fundamento establecer alguna conexión y relación entre la primera y otro fenómeno criminológico que, como el securitario en sentido estricto (criminalidad callejera violenta, de bandas, de inmigrantes, etc.), nada tiene que ver con la criminalidad económica. Pero más allá de toda esta falta de conexión de los fenómenos en el plano estrictamente empírico, la percepción de Díez RIPOLLÉS de que la criminalización de conductas de los poderosos en el ámbito económico y los excesos represivos de la criminalidad callejera y de los marginados pudieran obedecer a una suerte de estrategia o de patrón político criminales *homogéneos*, me parece infundada y en todo caso no probada²⁰¹. En mi opinión, se trata más bien de orientaciones político criminales de sentidos tan contrarios como los que cabe ver en la contradictoria coexistencia en el presente de una actividad del Estado liberal de policía y otra del Estado social de Derecho, y por eso no veo fundamento alguno para establecer ningún puente entre la política criminal “modernizadora” del Estado social, que se ciñe exclusivamente a la criminalización de conductas socialmente lesivas de los poderosos, y la política tradicional y perenne represiva de las clases bajas y marginales, que es la propia del Estado liberal de policía. Como está suficientemente probado, el Estado liberal de policía hace recaer el poder punitivo de hecho casi de modo exclusivo en las clases bajas y marginales y excluye de él a las clases altas²⁰². El Estado social, en cuanto Estado *material* de Derecho, criminaliza *con*

¹⁹⁹ En la literatura criminológica no se encuentra ni una sola insinuación sobre ninguna posible conexión ni relación empírica entre criminalidad económica y criminalidad marginal, sino que por el contrario se las analiza como formas de manifestación de la criminalidad absolutamente diferenciadas en *todos* sus factores y elementos característicos; véase GÖPPINGER, *Kriminologie*, 6ª ed., 2008, pp. 419 ss. (para la criminalidad económica), y pp. 474 ss. (criminalidad violenta); EISENBERG, *Kriminologie*, 6ª ed., 2005, pp. 656 ss. y pp. 709 ss., distinguiendo como “nexos internos de criminalidad”, es decir, como campos de criminalidad independientes y diferenciados en todo, a la criminalidad violenta (pp. 659 ss.) y a la económica (pp. 732 ss.); véase también Hans-Jörg ALBRECHT, «Investigaciones sobre criminalidad económica en Europa: conceptos y comprobaciones empíricas», en VV.AA., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 262, 264, 277 s.

²⁰⁰ Cfr. *infra* 9.1.

²⁰¹ Sigo en esto la advertencia de FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, 1969, p. 32, de que frente a la tendencia a “establecer entre los fenómenos simultáneos o sucesivos de una época dada una comunidad de sentido, lazos simbólicos, un juego de semejanza y de espejo, o que hacen surgir como principio de unidad y de explicación la soberanía de una conciencia colectiva”, lo que procede es “revisar esas síntesis fabricadas, esos agrupamientos (...) que se tiene la costumbre de ligar entre sí (...) y aceptar (que solo estamos ante) una población de acontecimientos *dispersos*”, es decir, sin otra conexión que su mera coexistencia en el tiempo y en el espacio (paréntesis y cursivas míos).

²⁰² Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 181 ss. Recuérdense al respecto sólo las observaciones de ROUSSEAU, *Discurso sobre la Economía política*, 1985, pp. 46 s., de que la confederación social, “protege fuertemente las inmensas propiedades del rico y apenas le permite al miserable disfrutar de la cabaña que él mismo construyó con sus propias manos. ¿No son para los poderosos y los ricos todas las ventajas de la sociedad? ¿No acaparan éstos todos los empleos lucrativos? Y cuando un hombre bien considerado le roba a sus acreedores o comete otras bribonerías, ¿no tiene asegurada su impunidad? Los bastonazos que propina, las violencias que comete y hasta las muertes y asesinatos por su culpa, ¿no son otros tantos asuntos que se minimizan y que se olvidan en seis meses? Pero si le roban a ese mismo hombre, toda la policía se <pone de inmediato en movimiento y pobres de los inocentes de quienes se sospeche>; y a mayor abundamiento, véanse las comprobaciones de FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, 1975, p. 89, sobre la redistribución de los ilegalismos por clases sociales, y su traducción en “una especialización de los circuitos judiciales: para los ilegalismos de bienes –para el robo–, los tribunales

observancia de todas las garantías las conductas socialmente lesivas de las clases altas, es decir, lleva a cabo una política criminal de sentido contrario a la del Estado liberal en el marco de su política *general*, y en correspondencia con ésta. En todo caso, si bien *teóricamente* se puede entender superado el Estado liberal por el social de Derecho, la experiencia demuestra que ello no es así *prácticamente*, pues ciertamente el Estado liberal de policía aún tiene la suficiente fuerza para fagocitar e imponerse de hecho – y *antijurídicamente* – al Estado social de Derecho en demasiados ámbitos²⁰³. Precisamente en la política criminal de la seguridad ciudadana no cabe ver nada distinto a la política criminal *antijurídica* represiva de las clases bajas y marginadas como constante histórica del Estado liberal de policía²⁰⁴, y a la cual, por esto mismo, en nada se puede parangonar con aquella “otra” política criminal del Estado social, cuyo sentido es justamente el contrario de dotar a los principios y a las garantías de contenidos materiales de igualdad y de justicia conforme a la “idea” del Derecho²⁰⁵. En definitiva, y frente a lo que afirma DÍEZ RIPOLLÉS, entiendo yo – y en todo caso esta es mi tesis – que entre la política criminal modernizadora y la de la seguridad ciudadana no solo no hay ni puede verse ninguna convergencia, sino más bien una relación de inversión proporcional, en el sentido de que *en el Estado social*, mientras que la primera – criminalización de conductas socialmente lesivas de los poderosos – es una exigencia ético-política y jurídica para aquél, la segunda constituye una práctica antigarantista del Estado de policía que, sin la menor duda, el Estado de Derecho (social y democrático) debe luchar por erradicar.

b) A partir empero de lo anterior, aún menos alcanzo a ver cómo podría establecerse alguna relación entre el legítimo Derecho penal económico moderno y el ilegítimo de la seguridad ciudadana en el plano de la elaboración y de la *concreción* categorial y teleológica del Derecho. Relacionar a uno y a otro campo de la intervención penal, para establecer específicas conexiones de sentido entre ambos, me parece un ejercicio especulativo parangonable – para poner ejemplos extremos – con otro que hipotéticamente pusiera en relación a la punibilidad del homicidio y a la de la administración desleal con la pretensión de derivar luego consecuencias discursivas concretas entre ambas clases de hechos punibles. Pues aunque quisiera y pudiera establecerse alguna relación de los fenómenos empíricos en el plano político criminal – lo que como he dicho no me parece posible –, en tal caso lo que resultaría ya absolutamente insostenible sería *reproducir* luego a semejante relación *política* en el plano *jurídico-dogmático*, es decir, transformarla en un “objeto

ordinarios y los castigos; para los ilegalismos de derechos – fraudes, evasiones fiscales, operaciones comerciales irregulares – unas jurisdicciones especiales, con transacciones, componendas, multas atenuadas, etc.; la burguesía se ha reservado la esfera fecunda del ilegalismo de los derechos”.

²⁰³ Pues como observa ZAFFARONI *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2002, pp. 5 s., 353 ss., por el momento no hay Estados de Derecho “puros” porque en el interior de todo Estado de Derecho sobrevive un Estado de policía ejerciendo pulsión sobre aquél (pp. 5 s.), y en la actualidad tiene lugar claramente un rebrote de los Estados de policía antimodernos de la mano precisamente de la ficción de la “inseguridad urbana”.

²⁰⁴ Pues como advierte ZAFFARONI *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2002, p. 244, hoy, a causa de la globalización, son los monopolios y los oligopolios transnacionales quienes realmente ejercen un poder planetario, y aquéllos, para eliminar todo obstáculo al ejercicio de su poder, necesitan “disciplinar o eliminar a los excluidos para que no perturben”, y esto “requiere (un) ejercicio arbitrario del poder” que trata de legitimarse con la “ideología de seguridad urbana”.

²⁰⁵ En sentido similar, véase BUSTOS RAMÍREZ, *Control social y sistema penal*, 1987, pp. 18 ss., 27 ss., 184, 186 ss., 190 ss.; SCHÜNEMANN, en KÜHNE/MIYAZAWA (eds.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, pp. 16 ss., 21 s.; GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 199 ss.; EL MISMO, *GA*, 2010, pp. 347 ss.; EL MISMO, *RDPC*, (3), 2010, pp. 63 ss.

jurídicamente valorado” que permitiría la subsunción y, por tanto, la equiparación o nivelación *en él*, de dos fenómenos de la realidad entre los cuales, y debido a su disparidad substancial, no es posible establecer ni una mínima correspondencia “analógica” desde el punto de vista *jurídico*. Pues la *Dogmática jurídica* es una *Ciencia “clasificatoria”* que – porque así lo impone la “idea” misma del Derecho, a la que es esencial la de *igualdad* – sólo puede construir sus conceptos y proposiciones *jurídicos* con el método de la “analogía conforme a la naturaleza de la cosa”, y para lo cual no se puede prescindir del arsenal de conceptos jurídicos *a priori* que, como sabemos desde RADBRUCH, tienen que hacerse operar *necesariamente* para que los conceptos y las proposiciones resultantes sean auténticamente *jurídicos* y puedan tener alguna pretensión de validez²⁰⁶. Y si algo parece tener que estar fuera de toda discusión, ello es que en su *resultado final*, tanto las propuestas de SILVA como las mías son de naturaleza estricta y rigurosamente *dogmática* y de tipo clasificatorio, tal y como SILVA lo ha reivindicado recientemente, con toda la razón²⁰⁷, y tal como asimismo lo hago yo aquí respecto de las mías. Por lo tanto, mi desacuerdo con DÍEZ RIPOLLÉS es absoluto, y la razón última es que nada de lo que pueda percibirse y valorarse de los fenómenos de la realidad a partir de una visión que, como la suya, se queda meramente en los planos político y sociológico, se puede trasladar luego sin más al plano estrictamente *jurídico-dogmático*, que es el *punto de llegada* tanto del discurso de SILVA como del mío, en el cual ambos se articulan, naturalmente, en la forma estricta de *Derecho*.

aa) En cuanto al discurso de SILVA, según yo lo entiendo, y el cual, por cierto, metodológicamente me parece impecable desde el punto de vista formal, en él debe distinguirse nítidamente entre: 1) sus análisis de los plurales y *muy diversos* fenómenos reales *prejurídicos* – y de sus causas – que, a su juicio, motivarían o serían los objetos materiales abarcados por la expansión; análisis que, como no podría ser de otro modo, SILVA los desenvuelve primariamente en los planos de la sociología y de la política, y hasta en el de la psicología colectiva; y 2) la conversión y articulación a continuación, de las conclusiones que ha derivado de aquellos análisis, en su propuesta *jurídico-dogmática* de estructurar al *Derecho* penal en los tres niveles *dogmáticos*, es decir, *categoriales* y *teleológicos*, que él denomina metafóricamente como velocidades²⁰⁸. Ahora bien, ya en el plano *prejurídico* de los análisis se percibe con la mayor claridad que SILVA no mezcla a los distintos fenómenos de que se ocupa, y que los contempla y analiza más bien como fenómenos singulares *distintos* y *dispersos* que simplemente *coexisten* en el tiempo los unos junto a los otros, cada uno con sus particulares causas distintas de las de los otros²⁰⁹. Pero aún con mayor claridad puede y tiene que verse, porque nada distinto cabría esperar de un jurista dogmático de su talla, que las propuestas jurídico-dogmáticas de SILVA no llevan a ningún otro resultado que no sea el que precisamente compete a la Ciencia jurídica, que no es otro que *diferenciar* entre lo que desde el punto de vista del Derecho es desigual para tratarlo desigualmente conforme a lo que dicta la idea del Derecho, y que sólo a esto se orienta claramente su propuesta *dogmática* de la tripartición del *Derecho* penal en las tres conocidas velocidades²¹⁰. No parece que pueda dudarse – o al menos así

²⁰⁶ Sobre todo esto, cfr. *infra* notas 233, 300 y 308, y el texto correspondiente a ellas.

²⁰⁷ Véase SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 3ª ed., 2011, p. 208.

²⁰⁸ Cfr. *supra* 3.2.b).bb)

²⁰⁹ Véase SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2001, pp. 26 ss., 28 ss., 83, 86 s., 141 ss.

²¹⁰ Véase SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2001, pp. 157 ss.

me lo parece a mí— que en la propuesta de SILVA el campo fenomenológico de la seguridad ciudadana es reconducible, en primera instancia, exclusivamente al Derecho penal de la primera velocidad, en que deben regir todas las garantías en sus máximos y sin la mínima flexibilización²¹¹. Pero si esto es así, entonces la interpretación del discurso de SILVA que ha hecho Díez Ripollés carece de todo fundamento, desde luego absolutamente desde el punto de vista *jurídico-dogmático*, pero en mi opinión, también incluso en el plano prejurídico del análisis sociológico y político. Desde luego, una cuestión absolutamente diferente sería la de si con las propuestas dogmáticas de SILVA algunos sectores de la fenomenología de la seguridad ciudadana serían luego segregados del Derecho penal de la primera velocidad en el que tendrían inicialmente su lugar natural, y en última instancia trasladados desde éste al de la tercera (el del enemigo). Pero esta cuestión sería una que ya no tiene absolutamente nada que ver con el discurso ni con el concepto del Derecho penal moderno, simplemente porque entre éste y las fenomenologías de la seguridad ciudadana y del enemigo no puede verse — incluso en el plano político — más que un abismo con la misma longitud de distancia que la que pueda existir — para enfatizarlo con una hipérbole — entre las dos galaxias del Universo más distantes entre sí, o para decirlo de un modo más realista, con la misma distancia que media entre clases antagónicas en una sociedad de clases.

bb) Pero si la interpretación del discurso de SILVA por Díez Ripollés carece a mi juicio de fundamento, aún resulta más infundada si cabe, y sobre todo sorprendente, la similar que sugiere con respecto a mi discurso y a mi concepto de Derecho penal moderno. En primer lugar, porque todo lo que acabo de exponer es asimismo válido en los mismos términos frente a lo que Díez Ripollés atribuye a mi discurso y, por esto, lo doy por reproducido. Pero además, por otras razones adicionales aún más contundentes como las siguientes: 1) porque en mi discurso no hay ni una sola línea en la que haga ni la mínima referencia a ningún fenómeno de la realidad distinto al de la criminalidad económica de los poderosos, y por lo tanto la fenomenología de la seguridad ciudadana no aparece mencionada a lo largo de él ni en lo más mínimo porque obviamente ni la tengo en mi cabeza en ningún momento cuando pienso en el Derecho penal moderno, ni está latente en mi subconsciente ni un solo instante, y esto por la sencilla razón de que entre los objetos y los enunciados de mi discurso y los relativos a la seguridad ciudadana la distancia es — repitiendo la hipérbole ya utilizada antes — la misma que entre las dos galaxias más alejadas entre sí en el Universo; 2) porque si como he tenido que reiterar aquí en réplica a las inexplicables tergiversaciones que se han hecho de mi discurso, reproduciendo literalmente lo que realmente yo digo en lugar de lo que se me atribuye que digo, el resultado final de mi discurso — estrictamente *jurídico-dogmático* — es precisamente que el Derecho penal moderno tiene que llevarse a cabo sin la mínima flexibilización de las garantías, entonces, en la supuesta hipótesis de que pudiera establecerse alguna relación o conexión entre Derecho penal moderno y Derecho penal de la seguridad ciudadana — hipótesis que, insisto, es en todo caso imposible de plantear —, en tal caso lo único que aquél podría transmitir a éste serían garantías absolutamente rígidas e inflexibles, y esto por la simple razón de lo que expresa el aforismo *nemo potest dare quod non habet neque plus quam habet*; y 3) porque si mi ensayo lo termino con la conclusión tajante y apodíctica de que el Derecho penal moderno sólo puede construirse conforme a las garantías sin la mínima

²¹¹ No cabe interpretar de otra manera la distinción de SILVA entre el Derecho penal de la primera y de la segunda velocidades; véase SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., 2001, pp. 159 ss. en relación con lo que dice en pp. 57 s. y nota 122 de p. 58.

flexibilización de ellas, de aquí se deduce *eo ipso*, y sin ninguna posibilidad de entender lo contrario, que absolutamente todo lo que resulte contrario a las garantías no puede tener cabida en mi discurso ni en mi concepto de Derecho penal moderno, como sucede precisamente con el Derecho penal del enemigo y con las regulaciones antigarantistas relativas a la seguridad ciudadana. En definitiva, las asociaciones, conexiones y trasvases de contenidos, insinuados por DÍEZ RIPOLLÉS, entre mi discurso de modernización y el de la llamada política criminal securitaria, son simplemente imposibles e inconcebibles, pues de mi concepto de Derecho penal moderno queda *absolutamente excluida per definitionem* toda problemática político criminal que no tenga por objeto la criminalidad económica empresarial de los *poderosos*.

6. Más allá de todo lo ya visto, es muy probable que LASCANO, en la doctrina argentina, y RAMOS VÁZQUEZ, en la española, hayan alcanzado el clímax de la falta de rigor en el uso de las reglas mínimamente exigibles del debate científico y de la producción de discurso jurídico. Por esto, ante los juicios erróneos de estos autores, sin duda formulados en el más absoluto vacío de saber y de método jurídicos, creo que no debo permanecer indiferente ni callado. En última instancia, porque mi autoestima como jurista me exige desvirtuarlos con toda contundencia por medio de los razonamientos y argumentos rigurosamente jurídicos con que he construido metódicamente mi discurso estrictamente *jurídico* de modernización del Derecho penal, y, más allá de esto, también porque mis enunciados y proposiciones al respecto no están aislados, pues coinciden y confluyen con los de muchos otros dogmáticos que con sus desarrollos conceptuales contribuyen decisivamente a la formación y a la configuración de un discurso de modernización *objetivo* trascendente a toda opinión personal. Entre ellos destacan los debidos sobre todo a Bernd SCHÜNEMANN, quien define al Derecho penal moderno como el *Derecho* penal de la *clase alta*²¹² en el mismo sentido en que yo lo entiendo y denomino como *Derecho* penal de los *poderosos*. Puesto que los juicios extraviados de los que me voy a ocupar aquí apuntan a reducir a mi discurso y a mi concepto de Derecho penal moderno a una especie de nebulosa “ideológica clasista” que opacaría totalmente su substancia pura y estrictamente *jurídica*, y puesto que mis enunciados y proposiciones rigurosamente *jurídicos* coinciden en cuanto al fondo y sentido con los de los más conspicuos defensores de la modernización del Derecho penal, aunque el hilo conductor de mi réplica sea una respuesta a las afirmaciones e insinuaciones singulares hechas por los dos autores mencionados sobre mi discurso personal, no obstante lo que expongo a continuación debe entenderse en última instancia como una respuesta *objetiva* del discurso de modernización que creo poder dar como representante y portavoz de la mayor parte de los partidarios de éste, y muy en particular en nombre de mi colega Bernd SCHÜNEMANN en razón de la completa identidad de nuestras posturas al respecto.

7. a) En el caos de la confusión en que se agrupa y se mezcla arbitrariamente bajo la denominación de Derecho penal moderno a fenómenos tan diversos y contrarios incluso desde los puntos de vista criminológico y político criminal, como la criminalidad económica de los poderosos²¹³ y la callejera

²¹² Véase SCHÜNEMANN en KÜHNE/MIYAZAWA (eds.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, *passim*.

²¹³ Que como aquí se sostiene es objeto del Derecho penal económico y de la empresa.

de las clases desfavorecidas y marginales²¹⁴, además de otros²¹⁵, LASCANO afirma ver puntos de conexión entre el Derecho penal económico y el denominado como de la “seguridad” con tendencia a una “tolerancia cero” frente a la criminalidad callejera, y, además, de estas supuestas y misteriosas conexiones que él afirma, pero que ni prueba ni explica desde ningún punto de vista, sorprendentemente deriva luego que el primero ;“podría acentuar la injusticia, la desigualdad y la selectividad en perjuicio de los sectores de menos recursos”!²¹⁶. Y por si esto fuera poco, tras afirmar que él *no* cuestiona la observación de SCHÜNEMANN de que mi discurso no renuncia en ningún punto a los principios y garantías del Estado de Derecho²¹⁷, LASCANO termina contradiciéndose en esto porque finalmente *sí* que la cuestiona de un modo absoluto. Pues inmediatamente después de aquella afirmación suya, LASCANO dice, nada menos, que mi propuesta de criminalización de los *comportamientos* gravemente criminales de los poderosos “parecería representar un *Derecho penal de “autor”* (que reclama el castigo de un *modo de ser* del sujeto)”²¹⁸. Y puesto que tal vez no haya otro exponente mayor de contrariedad a los principios y garantías del Estado de Derecho que el que representa el Derecho penal de autor²¹⁹, por esta razón lo que realmente hace LASCANO es tachar a mi discurso de contrario al Estado de Derecho y en definitiva negar – algo más que cuestionar – la observación de SCHÜNEMANN de que mi discurso es conforme en todo con el Estado de Derecho. Es realmente asombroso que una sola frase, como la citada de LASCANO, pueda contener tal cantidad de juicios gravemente erróneos y de usos arbitrarios del lenguaje y de los conceptos de nuestra ya insoportablemente maltratada disciplina, y es totalmente desolador que los utilice para criticar lo que mi discurso, se lo mire por donde se lo mire, no dice en absoluto y ni siquiera remotamente podría decir.

b) Más atrás ya he dado suficientes argumentos sobre la falta de todo fundamento para establecer cualquier conexión entre el Derecho penal moderno y el de la seguridad, y sobre esto no hay nada más que añadir²²⁰. Pero más allá de esto, lo que ya resulta totalmente inadmisibles es la exorbitante insinuación de LASCANO de que mi concepto de Derecho penal moderno –y lo mismo tendría que decir del idéntico de SCHÜNEMANN– pudiera remitir a un Derecho penal de *autor*, pues aparte de revelar con ella su total incompreensión de mi discurso y una gruesa confusión de planos, LASCANO apunta a lo que ni con la interpretación más disparatada podría derivarse de mi discurso de modernización, cuyo sentido, por lo demás, no puede desvincularse de mis concepciones jurídico-dogmáticas fundamentales, en las cuales no puede tener cabida ni la más mínima partícula de ningún Derecho penal de autor. Por esto, a semejante inadmisibles insinuación de LASCANO tengo

²¹⁴ Que es el objeto de la denominada política criminal de la seguridad.

²¹⁵ Criminalidad organizada, terrorismo, drogas, etc., cfr. *supra* 2.1.b).

²¹⁶ Véase LASCANO, *Cahiers de Défense Sociale*, (30), 2003, pp. 169 s.; para la confusión y la mezcla de fenómenos por este autor, véase EL MISMO, *op. cit.*, pp. 166 ss.

²¹⁷ Véase SCHÜNEMANN, «Presentación», en GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, p. 17. De que el juicio de SCHÜNEMANN es absolutamente certero y fiel a lo que yo realmente sostengo y digo reiteradamente, ya he dado pruebas más que suficientes con la reproducción literal de mis afirmaciones *supra* en 2.b) de este mismo epígrafe 4.

²¹⁸ Véase LASCANO, *Cahiers de Défense Sociale*, (30), 2003, pp. 161 s. y sobre todo p. 169.

²¹⁹ Véase por todos ZAFFARONI *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2002, pp. 65 ss., 443 s.: “la racionalización de tipos de autor es el signo más burdo de la claudicación del derecho penal, o sea, su inversión y puesta al servicio del estado de policía (y) es dudoso que pueda merecer el nombre de derecho penal” (p. 443).

²²⁰ Cfr. *supra* núm. 5 de este mismo epígrafe.

que oponerle: 1) que si contemplara a mi discurso con la lente del método *jurídico*, entonces distinguiría claramente entre lo “esencialmente *jurídico*” de mis enunciados y proposiciones: el “sistema” de Derecho penal económico configurado por *tipos de lo injusto orientados a bienes jurídicos*, que es un puro Derecho penal de “acto”, es decir, del *comportamiento*; y lo jurídicamente *irrelevante*: los tipos *criminológicos* de autor²²¹, los cuales para nada son objeto de valoración jurídica, ni en los tipos de lo injusto, ni tampoco en el estadio de la culpabilidad²²²; 2) que, por esto mismo, es absolutamente incomprensible que LASCANO, tras describir a mi propuesta como una criminalizadora de *comportamientos*, la convierta inmediatamente a continuación de un modo completamente arbitrario en una de ¡“castigo de un *modo de ser* del sujeto”!, y por esto habría que preguntarle por cómo hace posible semejante conversión del preciso e inequívoco concepto de *comportamiento* en el diferente de *modo de ser* del sujeto; y 3) que siendo una evidencia que no precisa de demostración alguna el hecho de que los comportamientos materialmente criminales de los poderosos son gravemente lesivos de bienes jurídicos, generalmente con efectos de daños sociales para amplios colectivos de individuos²²³, y muy especialmente para masas de individuos desfavorecidos, es absolutamente incomprensible, de cualquier modo que se la mire, y ni siquiera con la más forzada de todas las especulaciones posibles, la insólita y sorprendente deducción por LASCANO de que la criminalización de aquellos comportamientos de los poderosos ¡“podría acentuar la injusticia, la desigualdad y la selectividad en perjuicio de los sectores de menos recursos”! Pero, ¿qué relación o asociación podría establecerse –como sin embargo, insinúa LASCANO incomprensiblemente²²⁴– entre la criminalización, por ejemplo, de la contaminación

²²¹ Véase por todos ZAFFARONI *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2002, p. 443.

²²² Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 68 ss., 195 s., donde he sostenido, y así lo reproduzco aquí literalmente: 1) que “aunque la idea de criminalidad económica se identifica inicialmente con la llamada ‘delincuencia de cuello blanco’ y remite de hecho sólo a comportamientos delictivos característicos de las clases sociales poderosas, una concepción de aquélla orientada exclusivamente al autor tiene sólo un valor criminológico, pero *no* uno *político criminal ni dogmático*” (p. 68); 2) que “se trata de un Derecho penal que se rige en todo por el ‘principio del hecho’, pues el mismo se funda en decisiones político criminales que tienen como base la desvaloración de determinados *hechos* en razón sólo de su carácter perjudicial para el orden social e independientemente del dato sociológico de que su realización sea accesible y posible sólo a sujetos pertenecientes a las clases sociales poderosas” (p. 69); 3) que se trata de “un Derecho penal del *hecho* que, como el vigente, no se configura de un modo genérico, sino necesariamente mediante la formulación de un completo sistema de tipos singulares, y de subsistemas de tipos, estructurados y ordenados valorativamente conforme a especies diferenciadas de bienes jurídicos” (p. 71); y en fin 4) que “la criminalización de conductas de las clases poderosas” tiene que fundarse y estructurarse en “un ‘sistema’ que clasifique en tipos criminales ordenados conforme a *bienes jurídicos* la totalidad del universo de *acciones* ético-socialmente reprobables y socialmente perjudiciales propias y características del sistema *de acción* de las clases poderosas” (pp. 195 s.). Sobre la irrelevancia *jurídico-dogmática* del concepto criminológico del delincuente de cuello blanco, véase por todos TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2014, p. 29 n° 64, cuya opinión suscribo sin reserva alguna.

²²³ Véase BUSTOS RAMÍREZ, *Control social y sistema penal*, 1987, pp. 28, 195, donde resalta que “la vida, la salud, la propiedad de las grandes mayorías está fundamentalmente afectada por los delitos contra el medio ambiente, contra la calidad del consumo, contra los ingresos y egresos del Estado” (p. 28), y que la lesión de los bienes jurídicos colectivos afecta siempre “a una masa de individuos o, por lo menos, a un colectivo” (p. 195); véase también, ALLER, *Criminalidad del poder económico. Ciencia y praxis*, 2011, pp. 318 ss.

²²⁴ Contradictorio e incomprensible, porque no se entiende que critique que mientras la política de seguridad ciudadana criminaliza la pobreza, tenga lugar al mismo tiempo una alta impunidad de los delitos graves de los poderosos – en lo cual tiene sin duda toda la razón –, y que a la vez oponga todo tipo de reparos precisamente a la criminalización de las conductas gravemente lesivas de los poderosos, y mucho menos se entienden las conexiones que sugiere que existirían entre la criminalización de las conductas de los poderosos y aquella política criminal de la seguridad criminalizadora de la pobreza, conexiones que como queda dicho en el texto no prueba con ningún

ambiental, del fraude tributario, de la lesión de derechos laborales de los trabajadores o de la calidad del consumo de productos, y una política criminal represiva de, por ejemplo, los grafiteros? (j) En fin, no creo que sea preciso abundar en la réplica a unas afirmaciones como las de LASCANO, respecto de las cuales ni siquiera habría sido necesario exponer lo dicho, porque ya por el propio tenor y por la absoluta contradicción que revelan sus enunciados se caen directamente por sí mismas.

8. a) Pero, sin duda, los juicios de RAMOS VÁZQUEZ han superado a todas las desfiguraciones de que han sido objeto mi discurso y mis proposiciones *jurídicas* sobre la modernización del Derecho penal. Según afirma el mencionado autor mi discurso no sería nada más que “una aspiración ideológica personal” mía y, por ello, ¡“una idea completamente *ajena al concepto de Derecho penal*”!, porque éste, según él, “no tiene por función la persecución de determinadas clases sociales o determinados grupos de personas, sino la efectiva *protección de bienes jurídicos* fundamentales para el mantenimiento de una sociedad democrática”²²⁵. No hace falta apelar a lo embarazoso que resulta replicar a un despropósito como este cuyo tamaño es tan grueso que ya lo hace caer por sí mismo, y sin embargo creo que no debo dejar de poner las cosas en su sitio no sólo respecto de la absoluta desfiguración de mi discurso personal que ello representa, que es lo de menos, sino sobre todo en defensa de la Ciencia y del método jurídicos y de los “conceptos” de Derecho en general, y de Derecho penal en particular, a los cuales mi discurso y mis enunciados se ajustan con el máximo rigor, mientras que una afirmación tan simple como la de RAMOS VÁZQUEZ solo puede verse como una completamente alejada y a una distancia máxima de aquellos conceptos y de la Ciencia jurídica²²⁶.

b) Ante una afirmación como la de RAMOS VÁZQUEZ es inevitable preguntarse de entrada por qué será lo que él habrá leído realmente en mi texto, y en todo caso llamar la atención sobre su clara falta de comprensión de la substancia jurídica de mi discurso. En respuesta a semejante afirmación, sin embargo, una vez más no hay necesidad alguna de hacer ningún despliegue argumentativo replicativo. Como ya hice para desvirtuar las arbitrarias tergiversaciones de que han sido objeto mis enunciados y proposiciones respecto de las garantías²²⁷, también para desvirtuar la desafortunada afirmación de RAMOS VÁZQUEZ deberá bastar con una remisión, no ya al “espíritu”, sino meramente a la “letra” escrita de mi discurso, y con la confrontación del tenor literal de mis enunciados y proposiciones con lo que aquél afirma de éstos. Pues como puede verificarse con la simple lectura de mi texto: 1) en relación con la afirmación de que yo sólo pretendería la persecución de determinadas clases sociales, lo que yo he escrito —y no sólo una, sino hasta *dos* veces— es que el Derecho penal moderno —económico y empresarial— para nada se centra en —

argumento; véase LASCANO, *Cahiers de Défense Sociale*, (30), 2003, pp. 167 s.

²²⁵ Véase RAMOS VÁZQUEZ, en FARALDO CABANA (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, 2004, p. 89.

²²⁶ Por esta razón, debo rechazar asimismo totalmente la calificación de mi discurso por PAREDES como “panfleto”, y ello por mucho que haga la matización de que lo sea “en el más noble sentido del término”; véase PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC*, (17), 2006, p. 439. Pues ni siquiera ese “noble” sentido puede mitigar la devaluación que supone denominar panfleto a una verdadera construcción *jurídica-dogmática* como la mía de la que, aunque fuera errónea, lo que no creo que nadie pueda poner en duda es que está elaborada con la más rigurosa aplicación del método de la Ciencia jurídica, tal y como estoy mostrando aquí y continuaré mostrándolo en lo que sigue.

²²⁷ Cfr. *supra* 4.2 b).

ni apunta a— la dimensión *criminológica* relativa al *autor*, sino que se rige estrictamente por el “principio del hecho”, porque como cualquier otro sector del Derecho penal lo que criminaliza aquél no es otra cosa que *conductas* (acciones y omisiones) socialmente lesivas y reprobables²²⁸; y 2) en relación con la afirmación de RAMOS VÁZQUEZ de que lo que definiría al “concepto” de Derecho penal sería la protección de bienes jurídicos, si esto fuera correcto —que *no* lo es, como luego diré—, lo que yo he escrito, y tampoco sólo una, sino también otras *dos* veces, es que el Derecho penal moderno —económico y empresarial— se configura como un “sistema de tipos” orientado a “*bienes jurídicos*”²²⁹. Así pues, una simple lectura de mi texto que se atenga a —y que respete— lo que dice, debe bastar para la total descalificación de una afirmación que, como la de RAMOS VÁZQUEZ, no hay por donde cogerla, pues con ella pretende oponerme, *primero*: que mi concepto de Derecho penal moderno sería *ajeno* al concepto de Derecho penal porque éste no consiste en perseguir a clases sociales ni a grupos de personas, siendo así que, como acabo de mostrar aquí en 1), *eso mismo* es lo que yo he escrito hasta *dos* veces; y *segundo*: que el Derecho penal consiste, por el contrario, en proteger bienes jurídicos, siendo así que *esto mismo* es lo que yo he escrito hasta otras *dos* veces como acabo de mostrar en 2), si bien sin perjuicio de que como luego diré lo que define substancialmente el concepto de Derecho penal no es precisamente la protección de bienes jurídicos²³⁰. En definitiva, creo que no es preciso utilizar y consumir más tiempo, ni hacer ningún esfuerzo argumentativo adicional, para desvirtuar una afirmación como la de RAMOS VÁZQUEZ, que se cae completamente por sí misma, así que pasemos a otras cuestiones de mayor envergadura y trascendencia, porque, con lo dicho hasta aquí, las cosas todavía no han quedado puestas en su sitio frente a las especulaciones de este autor, ya que el alcance de éstas es mucho mayor que el ya visto de oponerme como objeción justo lo *mismo* que yo he dicho hasta *cuatro* veces en mi texto.

²²⁸ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 68 y 69, y para la reproducción “literal” de mis enunciados *dos* veces expuestos, cfr. *supra* los incisos 1) y 2) de la nota 222.

²²⁹ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 71 y 195 s., y para la reproducción “literal” de mis enunciados *dos* veces expuestos, cfr. *supra* los incisos 3) y 4) de la nota 222; pero a mayor abundamiento, véase ahora también GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, p. 71, donde a mi afirmación de que con el concepto de *orden económico* “no se puede identificar más que un marco general de referencia para los concretos *bienes jurídicos* que protejan los tipos penales económicos de acuerdo con el modelo de un Derecho penal del hecho que, como el vigente, no se configura de un modo genérico, sino necesariamente mediante la formulación de un completo sistema de tipos singulares, y de subsistemas de tipos, estructurados y ordenados valorativamente conforme a *especies diferenciadas de bienes jurídicos*”, le añado en apoyo las referencias que incluyo en la nota 87, y que literalmente dice lo siguiente: “Pues, el Derecho penal del hecho es ‘substancial’ en el sentido de que a través de sus tipos describe objetivamente todas las *especies* de lo injusto material, y luego conecta cada una de dichas especies a una amenaza penal asimismo *específica*”; véase WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, 1964, p. 44. Cuál sea lo injusto material *específico* de un tipo determinado, cuál sea su naturaleza jurídica *específica* y, por consiguiente, cuál sea su diferencia *específica*, todas éstas son cuestiones estrechamente relacionadas cuya respuesta depende en su mayor medida de la que se dé a la relativa a *qué especie de bien jurídico* es el protegido por el tipo de que se trate, pues como ya destacara JESCHECK, «Die Konkurrenz», *ZStW*, (67), 1955, p. 537: “nuestro Derecho penal se estructura en un sistema de tipos *ordenados* conforme a *bienes jurídicos* a los que conecta *determinadas* amenazas penales”; véase, en el mismo sentido, GRACIA MARTÍN, *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho penal*, 1990, p. 243.

²³⁰ Cfr. *infra* en apartado d), dd) de este mismo número y epígrafe.

c) Por diversas razones, no puedo ni debo permanecer impasible ante la insostenible especulación de RAMOS VÁZQUEZ de que mis enunciados y proposiciones serían *ajenos* al concepto de Derecho penal *porque*, según él afirma, sólo serían una “aspiración ideológica” mía que, conforme a lo que luego sigue afirmando en el mismo modo especulativo, se orientaría en la dirección de una persecución de la clase social poderosa como ejercicio de una suerte de venganza de clase²³¹. Las primeras cuestiones que suscitan de inmediato semejantes afirmaciones son las siguientes: 1) la relativa a cuál podrá ser realmente la “idea” del Derecho en general, y del penal en particular, que tenga este autor; 2) la de si sus afirmaciones están realmente deducidas de alguna relación concreta entre la “idea” y el “concepto” del Derecho, y en tal caso cuál podrá ser tal relación, porque en todo caso *alguna* relación entre esos dos escalones – “idea” y “concepto” – es absolutamente necesaria para que todo lo que se afirme pueda tener un mínimo de *validez* a los ojos de la Ciencia jurídica²³²; y 3) si realmente puede tomarse en serio la afirmación de que el “concepto” de Derecho penal lo determina la protección de bienes jurídicos. Sin embargo, antes de pasar a ocuparme de semejantes interrogantes, quiero anticipar ya que resulta patente que RAMOS VÁZQUEZ: 1) ignora o pasa por alto que la totalidad de mis enunciados y proposiciones que dan lugar a mi “concepto” de Derecho penal moderno son de carácter estrictamente *jurídico*, porque los he derivado rigurosamente sólo

²³¹ Aunque sin citarme expresamente, también LAURENZO, dada su observación sobre la ciertamente “entusiasta defensa” mía de criminalizar las conductas gravemente lesivas de los poderosos (RDPC, (12), 2003, p. 442 nota 2), parece insinuar que una tal defensa podría estar motivada por alguna especie de ánimo de “venganza” de los desprotegidos contra los poderosos, que habría que satisfacer con una criminalización de sus conductas que debería tener lugar “a cualquier precio” (p. 448).

²³² Sobre dicha necesidad, véase una vez más, RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 2003, pp. 34 ss., 113 ss.; y Arthur KAUFMANN, *Analogie und “Natur der Sache”*, 2ª ed., 1982, pp. 12 ss.; EL MISMO, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1997, pp. 17 s., 84 s., 98 ss. Como enseña con muy alta finura intelectual y con exacta precisión filológica y jurídica el gran civilista y maestro DELGADO ECHEVERRÍA, actualmente *validez* remite y equivale a “corrección” del objeto de que se trate, en el sentido de que el mismo cumple los requisitos exigibles para su aceptación en el ámbito en que interesa y, además, que los cumple precisamente *porque* su formación ha tenido lugar con *observancia* de los requisitos de *validez* mismos; ahora bien, *validez* significa también, y además, *fuerza* y *vigor*, en el sentido de “obligatoria observancia” en el futuro de lo reconocido y así sancionado como válido; véase DELGADO ECHEVERRÍA, *El vigor de las leyes: el campo semántico “validez” en el “Diccionario de autoridades”*, 2013, pp. 16 ss., 21 ss. Por motivos históricos, los dos significados de *validez* que explica DELGADO se predicen genuinamente de actos jurídicos – leyes, reglamentos, actos, contratos, etc. –, pero nada impide su translación o extensión a objetos de otros ámbitos de la realidad, como es el caso, especialmente, de los *discursos jurídicos mismos* que se construyen por las doctrinas jurídicas; véase DELGADO ECHEVERRÍA, *El vigor de las leyes*, 2013, pp. 9 ss., 14 ss. y 21 ss., donde nos descubre y muestra que cuando el Diccionario incorpora por primera vez en 1843 la entrada “validez” (p. 14), la voz, por razón de sus antecedentes históricos, remite en primer término al contexto jurídico o forense, pero ello no obsta a que la misma se utilice en su doble sentido también “fuera de” aquel contexto (p. 16). Por esto, no sólo los enunciados y las proposiciones jurídicas, sino también las afirmaciones y las *críticas* sobre ellos tienen que ser generadas, fundadas y formuladas con observancia de las reglas de *validez* exigidas por la Ciencia jurídica, entre las cuales hay que mencionar a las correspondientes al estricto *método jurídico*, cuya propia *validez* a su vez está condicionada por su conformidad con la Razón, es decir, con las leyes de la lógica formal y material que rigen el pensamiento o el juicio y el habla racionales, incluyendo en éstos la observancia de los principios y reglas de la taxonomía y de los códigos de nomenclatura que permiten la diferenciación y la clasificación de las cosas conforme a su substancia, naturaleza y sentido específicos; sobre esto, véase SCHÜNEMANN, «Die aktuelle Forderung einer Verbandsstrafe –ein kriminalpolitischer Zombie», *ZIS*, (1), 2014, pp. 4 y 5. Como cualquier enunciado o proposición, pues, también toda y cualquier afirmación y *crítica* de una construcción jurídica tienen que pasar el filtro de la *validez* en el doble sentido del término, que como queda dicho, hace referencia, por un lado a una determinada cualidad de la cosa: su *corrección*, y por otro al efecto de dicha cualidad: la *obligatoriedad del respeto* de la cosa reconocida y sancionada como válida a causa de su corrección. Por esto, ningún objeto inválido *deber ser* ni, por esto mismo, tener *pretensión* alguna de respeto. Y como voy a mostrar, las afirmaciones de RAMOS VÁZQUEZ, porque están absolutamente desviadas de las más elementales reglas de *validez* del discurso jurídico, simplemente *no* deben ser *ni*, por esto mismo, pueden pretender el respeto de la Ciencia jurídica.

de la “idea” del Derecho, es decir, de los conceptos *a priori*, y por ello indisponibles, del Derecho²³³; y 2) que si conoce mi filiación incondicional a la doctrina welzeliana pura y ortodoxa, tal y como lo he proclamado expresa y reiteradamente²³⁴, ya sólo esta simple circunstancia debería haberle inducido a no poder ni siquiera pensar que mi discurso pudiera quedar reducido – como él afirma de modo tan grueso – a una “aspiración ideológica” personal, salvo que RAMOS VÁZQUEZ tenga la tan extendida pobre visión de que la doctrina welzeliana queda agotada en la hasta cierto punto “insignificante” tesis de la adscripción del dolo al tipo de lo injusto, y no perciba que lo substancial de aquélla radica en su defensa a ultranza de la dignidad humana, de la democracia y del Estado de Derecho²³⁵, y por consiguiente que se trata de una filosofía a partir de la cual ninguna postura política e ideológica – y por supuesto, tampoco la mía personal orientada sin reserva a la utopía de una República humanista socialista²³⁶ – puede aspirar a ser reconocida como *jurídicamente*

²³³ Sobre la idea del Derecho y los principios y conceptos jurídicos *a priori*, véase una vez más RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 2003, pp. 34 ss., 38 s.; y Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1997, pp. 67, 84 s., 98 ss.

²³⁴ Sobre todo, véase mi Prólogo al libro de mi discípula M^a Ángeles RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, especialmente pp. 28 ss. Por ello es acertada y precisa la adscripción que hace mi maestro CEREZO de mis posiciones, así como también las de mi discípula M^a Ángeles RUEDA, a la corriente “welzeliana ortodoxa”; véase CEREZO MIR, *Prólogo a Fundamentos de la Dogmática penal y de la Política criminal (Ontologismo y Normativismo)*, 2002, p. XV. Véase GRACIA MARTÍN, «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito», *RECPC*, (6), 2004, p. 2, donde declaré que “mi adhesión a su doctrina y a su filosofía como a un dogma –evidentemente no de fe, sino epistemológico– puede considerarse ya definitiva, y por cierto en el modo más ortodoxo imaginable, es decir, de acuerdo con el modelo welzeliano puro”, declaración que hoy mantengo sin la mínima modificación y aún con mayor convicción, si cabe, que cuando la escribí hace algo más de once años.

²³⁵ Véase sobre todo la obra fundamental de WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y Justicia material*, 1971, pp. 248 ss. Sobre los diversos aspectos de la filosofía welzeliana, véase STICHT, *Sachlogik als Naturrecht? Zur Rechtsphilosophie Hans Welzels*, 2000, pp. 34-260, *passim*.

²³⁶ Véase mi declaración personal al respecto, en GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 48 s. De nuevo tengo que salir al paso de la especulación de PAREDES también respecto de esto. Pues en relación con mi declaración, que no apunta nada más que al horizonte de una sociedad socialista como utopía final desde la que derivar contenidos materiales de justicia aptos para llegar al auténtico Estado democrático de Derecho, porque sin duda los Estados sociales actuales aún no lo son, PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC*, (17), 2006, p. 465 en nota 25, vuelve una vez más a hacer cábalas sobre posibles alternativas de interpretación y de entendimiento del sentido de mi declaración, y plantea las hipótesis de que con ella yo pudiera estar, o bien formulando nada menos que una ¡“profecía”! irracional, o bien una afirmación sobre lo que podría suceder próximamente, en lo cual yo estaría completamente equivocado, porque a la vista de la realidad de los acontecimientos, nada indica que las sociedades capitalistas caminen hacia el socialismo. Sobre la primera hipótesis que se plantea PAREDES – la de la ¡profecía! –, la prudencia aconseja simplemente ignorarla. Sobre la segunda, me voy a limitar a decir que no soy tan ingenuo como para pensar ni creer en que la utopía esté por realizarse próximamente, y a dejarle a PAREDES planteada la pregunta por si cree que el hecho más que evidente de que las sociedades capitalistas efectivamente no caminan de un modo real hacia el socialismo, impone o exhorta – a mi o a cualquiera que tenga el mismo horizonte político – a no tener que valorar la realidad del presente como un “ser que no debe ser”, y a no proponer corregirla y encauzarla hacia el horizonte de la utopía socialista. En todo caso, mi idea y mi concepción de la democracia y del Estado de Derecho remite al horizonte utópico al que apunta mi declaración, y quiero ahora entroncarla con la *misma* y en todo coincidente de Elías DÍAZ GARCÍA, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8ª ed., 1981, pp. 19 s., 114 ss., cuando éste dice en el mismo e idéntico sentido que yo, que lo que examina en su ensayo sobre el Estado de Derecho, a partir de “una consideración crítica de las radicales insuficiencias de los llamados ‘Estados del bienestar’ y bajo el rótulo *Estado democrático de Derecho*”, son precisamente “las posibilidades de que la solución socialista, creadora de una sociedad democrática, puedan implantarse y funcionar a través de formas organizativas e institucionales en las cuales las exigencias centrales de todo auténtico Estado de Derecho se hallen suficientemente realizadas” (pp. 19 s.), añadiendo finalmente, y en el mismo y preciso sentido que yo doy a mi declaración, que lo que él busca comprobar con su estudio es “la plena validez y posibilidad de un futuro Estado democrático de Derecho” y “la afirmación del paralelismo y correspondencia entre Estado de Derecho y sociedad democrática y socialista” (p. 20). Que ni Elías DÍAZ ni yo ejercemos como profetas, ni auguramos ningún acontecimiento para ningún momento histórico concreto, y que nos limitamos a

válida sin haber superado antes con éxito los filtros del *Derecho*. Pero veamos por qué todo esto es así y pongamos las cosas en su sitio frente a las infundadas afirmaciones de RAMOS VÁZQUEZ.

d) Lo dicho en el sentido de que el concepto de Derecho penal moderno –exclusivamente económico y empresarial de los poderosos– se configura como un “sistema de tipos” orientados a *bienes jurídicos* y a los *comportamientos* lesivos o de peligro de éstos, ya debería ser mucho más que suficiente para invalidar absolutamente la afirmación de que mi concepto se quede en una mera aspiración ideológica. Pero por si esto fuera poco, a ello debo añadir aún otros razonamientos y argumentos *jurídicos* a partir de lo indicado en el apartado anterior.

aa) En primer lugar, la insólita afirmación de RAMOS VÁZQUEZ se tiene que caer por sí misma con la mera reproducción literal de algunos enunciados míos que la desvirtúan completamente aún más allá de los ya expuestos anteriormente. Como, por otra parte, estos enunciados los apoyo en los semejantes de otras relevantes y significativas figuras cumbre de la doctrina jurídico-penal, como SCHÜNEMANN, ZAFFARONI o BUSTOS, por esto hay que preguntarle ya a RAMOS VÁZQUEZ por si, en su opinión, sería sólo “mi” discurso el que se quedaría en una mera aspiración ideológica ajena al concepto de Derecho penal, o si también sucederá lo mismo con los discursos y enunciados de penalistas como los citados, y con los de otros muchos más que también se pronuncian en el mismo o en semejante sentido, de tal modo que, por ello, el discurso mismo de modernización del Derecho penal –es decir, ya no el mío personal, sino *todo él*– no tendría ni el mínimo perfil de una construcción *jurídica objetiva* y se quedaría en una pluralidad de manifiestos ideológicos personales de sus promotores. Pero independientemente de lo que piense RAMOS VÁZQUEZ a este respecto, y sin perjuicio de lo que matizaré más adelante, que la modernización del Derecho penal no es una mera pretensión o aspiración de una ideología concreta lo he dicho con la mayor claridad al escribir, de nuevo no sólo una, sino por *tres veces*, de distinta manera, pero apuntando a lo mismo: 1) que aquella es –*literalmente*– “absolutamente necesaria ya desde el punto de vista de la misma exigencia de protección de *bienes jurídicos*, pero, sobre todo, que la misma es exigible e irrenunciable desde puntos de vista éticos y políticos”²³⁷; 2) asimismo *literalmente*, que “toda la criminalidad material de las clases poderosas (...) tiene que ser incorporada al discurso de criminalidad en un modo exactamente *igual* a como el Derecho penal liberal, mediante el instrumento definitorio y clasificatorio del principio de legalidad, ha definido y clasificado efectivamente como criminales a la totalidad del universo de acciones propias y características del sistema de acción de las clases sociales subordinadas y excluidas de la posesión, disposición y disfrute de los bienes protegidos penalmente frente a ellas”²³⁸; y 3) que la modernización del Derecho penal es una exigencia ético-política que tiene que realizar –de nuevo *literalmente*– “el Estado social de Derecho”, y que en éste las garantías –otra vez *literalmente*– “sólo pueden ser derivadas y comprendidas a partir de principios normativos, pero de base necesariamente ontológica, llenos de *contenidos materiales de*

razonar conforme a la convicción de que únicamente el *socialismo* podrá conducir y llevarnos –cuando sea, en el momento que sea, dentro de centurias o de milenios quizá, ¡quién puede saberlo!– a un auténtico Estado democrático de Derecho, esto es algo que debería estar muy claro para cualquiera.

²³⁷ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, p. 189.

²³⁸ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, p. 196.

igualdad y de justicia social"²³⁹. Pero además, como queda dicho, semejantes enunciados los he apoyado: 1) *dos* veces en una misma cita repetida de una afirmación semejante de SCHÜNEMANN que hago mía²⁴⁰; y 2) una *tercera* vez en otra afirmación semejante de ZAFFARONI que también hago mía²⁴¹. La cita del primero dice que la modernización es estrictamente una exigencia de la *igualdad* y de la *justicia*, y no una reivindicación que remita a MARX o a PROUDHOM²⁴², y la de ZAFFARONI, que hago mía con motivo de mi crítica a la *desigualdad* que representa la no inclusión de las conductas materialmente criminales de los poderosos en el Derecho penal, dice que "en el plano *jurídico*, es obvio que esta selección lesiona el *principio de igualdad*, que no sólo se desconoce *ante la ley*, sino también *en la ley*, o sea que el *principio de igualdad constitucional* no sólo se viola en los fundamentos de la ley sino también cuando cualquier autoridad hace una aplicación arbitraria de ella"²⁴³. Y aunque en mi ensayo omití citar la postura idéntica de BUSTOS, lo hago ahora a mayor abundamiento, pues con ocasión de su referencia a los delitos de los poderosos también él afirma que de lo que se trata es 1) "de elaborar el máximo de garantías posibles para que la *desigualdad y discriminación frente a la ley penal sea la menor posible*"²⁴⁴; y 2) "de establecer las garantías correspondientes para ir en búsqueda de la *igualdad*", porque "sólo el reconocimiento de que el derecho penal *no* es igualitario, permitirá la construcción de un derecho penal *materialmente* garantista"²⁴⁵.

bb) A partir de lo dicho, que por su evidencia tal vez no habría hecho falta decir si no hubiera sido por la necesidad de poner en el sitio que le corresponde a la insólita afirmación de RAMOS VÁZQUEZ, debería quedar claro sin la menor duda ni ambigüedad: 1) que si, como ya nos enseñara RADBRUCH, la igualdad y la justicia son componentes esenciales *a priori* de la idea del Derecho²⁴⁶, entonces el moderno Derecho penal económico y empresarial de los poderosos o de la clase alta no es una mera aspiración ideológica ni clasista políticamente vengativa –como ha insinuado también

²³⁹ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, p. 212.

²⁴⁰ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 189 s. nota 362, y p. 196 nota 374.

²⁴¹ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, p. 184 nota 352.

²⁴² Véase SCHÜNEMANN, en KÜHNE/MIYAZAWA (eds.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, p. 21, donde dice literalmente que: "para no ser malentendido, quiero recalcar que por mi parte no se trata de volver a PROUDHOM y a Karl MARX y discutir el merecimiento de protección de la propiedad privada en general o en especial de la de los medios de producción. Para mí se trata más bien de la cuestión de la igualdad y, con ésta, de la justicia, que prohíbe la *lesión* de la propiedad para hacerla la piedra angular de la lesividad social que tiene que ser combatida con los medios del Derecho penal, y que por el contrario deja fuera del ámbito de control jurídico penal la lesividad social de la *adquisición* y del *uso* de la propiedad"; por todo esto, concluye SCHÜNEMANN, *op. cit.*, p. 35, que la modernización del Derecho penal en el sentido de convertirlo en uno también "de la clase alta" es una exigencia del "mandato de producir igualdad y, con ésta, justicia". En la cita que hago omití el inciso en que SCHÜNEMANN desvincula la aspiración a modernizar el Derecho penal de una vuelta a MARX o a PROUDHOM. Lo importante de la cita, por lo que luego se dirá en el texto, es que la modernización es una exigencia de la *igualdad* y de la *justicia*, es decir, de la aspiración a la realización efectiva de la "idea" del Derecho. No obstante, aquella referencia a la desvinculación de MARX o de PROUDHOM, omitida en mi cita, se muestra ahora también relevante y decisiva para desvirtuar la inesperada afirmación especulativa de RAMOS VÁZQUEZ, de que la exigencia de modernización pueda ser una mera "aspiración ideológica" ajena al concepto del Derecho penal.

²⁴³ Véase ZAFFARONI *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2002, p. 9.

²⁴⁴ Véase BUSTOS RAMÍREZ, *Control social y sistema penal*, 1987, p. 18 (cursivas del autor).

²⁴⁵ Véase BUSTOS RAMÍREZ, *Control social y sistema penal*, 1987, pp. 18 s. (cursivas del autor); véase además BUSTOS RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 190.

²⁴⁶ Véase RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 2003, pp. 34 ss.

LAURENZO²⁴⁷—, pues su fundamento último, como acabo de mostrar, remite única y exclusivamente precisamente a las exigencias de la *igualdad* y de la *justicia*, y por lo tanto a la “idea” misma del *Derecho*; y 2) que si, como nos enseñó también RADBRUCH y ha desarrollado Arthur KAUFMANN, el “concepto” de *Derecho* —de *todo* *Derecho*— hay que derivarlo necesariamente de la idea del *Derecho*²⁴⁸, de aquí resulta que, como también he mostrado, es más que evidente que yo y todos quienes defendemos la modernización del *Derecho* penal no hemos deducido el “concepto” de *Derecho* penal económico y empresarial de los poderosos o de la clase alta, de nada que no sea la idea misma del *Derecho*, es decir, que lo hemos formulado y fundamentado por medio de los conceptos y de las herramientas del más riguroso y estricto método *jurídico*, el cual, sin embargo, está claramente fuera del horizonte de RAMOS VÁZQUEZ porque así lo demuestra él mismo con su insólita afirmación. Por todo esto, debería estar claro que con el “concepto” —clasificador y teleológico, y finalmente ordenado y estructurado en un “sistema” — del moderno *Derecho* penal económico y empresarial de los poderosos o de la clase alta no se trata, pues, meramente de fomentar y de satisfacer una aspiración ideológica o una venganza de clase, sino de algo tan absolutamente racional como de concretar y realizar efectivamente la “idea” del *Derecho*. Si RAMOS VÁZQUEZ ha leído o no ha leído los fragmentos citados de mi texto y las citas en que apoyo mis enunciados; si a pesar de haberlos leído no ha percibido que aquéllos son nada menos que los *puntos arquimédicos* de mi discurso *jurídico*; y si conoce o desconoce que todo enunciado y toda proposición que remitan su fundamentación a la igualdad y a la justicia constituyen ya solo por eso una concreción del “concepto” de *Derecho* que deja atrás todo sesgo ideológico; todo esto es objetivamente absolutamente irrelevante. Objetivamente relevante es el dato real de que mi texto contiene los enunciados aquí reproducidos con sus citas de apoyo, y que por su tenor no puede haber ni la mínima duda de que los mismos, en última instancia, no son otra cosa que enunciados del “concepto” de *Derecho*, es decir, enunciados sobre *materia jurídica pura* (*Rechtssstoff*) concretada y derivada a partir de la “idea” del *Derecho* (*Rechtsidee*)²⁴⁹, y no —como pretende RAMOS VÁZQUEZ— simples manifestaciones de una aspiración ideológica.

cc) En concreto, se trata de *someter al Derecho*, imponiéndoselo, a las clases sociales que, incumpliendo de un modo grueso el contrato fundacional de la sociedad y del *Derecho*, históricamente se han arrogado el privilegio de cursar y de desarrollar su existencia por encima del *Derecho* sin sujeción a él, ejerciendo así de hecho una libertad de acción ilimitada auspiciada por la arrogación de un poder propio, y excluyente, de definir como *Derecho* a unos concretos contenidos materiales históricos²⁵⁰, excluyendo a la vez de aquél a otros contenidos materiales

²⁴⁷ Cfr. *supra* nota 231.

²⁴⁸ Véase RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 2003, pp. 11 s., 34 ss., 76; Arthur KAUFMANN, *Analogie und “Natur der Sache”*, 2ª ed., 1982, pp. 18 ss.; EL MISMO, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1997, pp. 84 ss., 98 ss., 135 ss., 154 ss.

²⁴⁹ Cfr. de nuevo sobre la relación entre idea y materia jurídicas, RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 2003, pp. 14 s., 38; EL MISMO, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, 1960, pp. 16 s.; ROXIN, *GS-Radbruch*, 1968, pp. 261 ss., *passim*.

²⁵⁰ Pues conforme a las concepciones liberales, las condiciones del contrato social son *exclusivamente* los derechos (o bienes) individuales “anteriores” (naturales) a la sociedad y al Estado, o sea las condiciones de posibilidad del “libre despliegue de la existencia burguesa”, y así, como dice GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones sociales del Estado contemporáneo*, 2ª ed., 1985, p. 55: “tal criterio coincidía con el sistema de las concepciones políticas y de los intereses de los grupos y estratos dominantes, de manera que la dimensión axiológica de la legitimidad coincidía con su dimensión sociológica, es decir, había una adecuación entre la idea válida del *Derecho* y los intereses de los estratos que, dadas las condiciones históricas, estaban en condiciones de establecer el *Derecho*”; véase en sentido similar

asimismo concretos que, sin embargo, constituyen precisamente las condiciones de posibilidad de la realización de la “idea” del Derecho, es decir, de la *igualdad* y, con esto, de la *justicia* materiales que son consubstanciales a aquélla²⁵¹. Es obvio que el sometimiento al Derecho — mediante su imposición — a las clases sociales que históricamente han podido cursar y desarrollar su existencia en un modo de hecho *legibus solutus*, con consecuencias devastadoras para la existencia y el bienestar de la mayoría sometida, es un hecho *prima facie* de carácter estrictamente *político* que no es posible desvincular de un determinado horizonte ideológico ni de una determinada cosmovisión (*Weltanschauung*). Aquel sometimiento, sin embargo, sólo debe poder ser llevado a cabo por medio del *Derecho* mismo, y en ningún caso, obviamente, por medio de la fuerza ni de la coacción no legitimadas por aquél. Como está suficientemente probado, la ejecución real del contrato social ideal fundacional de la sociedad y del Estado, por medio de la gestión y de la administración de aquél por el Estado liberal, derivaron históricamente a una situación social y económica que se puede caracterizar empíricamente — con la afortunada expresión de ZAFFARONI — como la de un “ser que no debe ser”²⁵². Pero afortunadamente, a aquel Estado liberal,

AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 19 ss. y 26. Cfr. *infra* notas 283, 286, 287 y 288.

²⁵¹ Véase por todos BUSTOS RAMÍREZ, *Control social y sistema penal*, 1987, pp. 16 ss.

²⁵² Véase ZAFFARONI *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2002, pp. 366 ss. También respecto de esto, una vez más, PAREDES especula y me atribuirme lo que no digo ni se puede derivar de mi discurso ni siquiera remotamente. En efecto, pues según PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC*, (17), 2006, p. 466 en nota 25 que comienza en p. 465, mi afirmación de que el contrato social es un hecho *empírico* con contenidos históricos materiales — y que yo hago porque parto de la base de que el fundamento de la protección de bienes jurídicos remite al “contrato social” — “resulta problemática desde muchos puntos de vista”, como sucedería respecto de su “verosimilitud histórica”, de su capacidad “para justificar moralmente algo sin caer en la falacia naturalista”, y de que sea “discutible que se pueda justificar moralmente cualquier cosa que se acuerde en un contexto social real, en el que la presencia del poder y de la desigualdad de poder entre los agentes está siempre presente”. Por supuesto que mis afirmaciones “son problemáticas”, pero independientemente de si PAREDES cree que hay alguna otra que *no* lo sea, no creo que lo sean *más* que otras, y por el contrario, lo que *sí* creo es que lo son mucho *menos* que las que plantean sus observaciones — en algún aspecto infundadas — al respecto. Para comenzar, ciertamente que una fundamentación de mis tesis en el contrato social plantea una cuestión central de la filosofía política moderna y contemporánea que, como dice PAREDES, él no puede entrar a discutir en el curso de su reseña porque no es el lugar apropiado para ello (*op. cit.*). Pero es que para fundamentar una tesis *jurídica* en una teoría del contrato social, en mi opinión el *jurista* tampoco tiene que hacer una tesis doctoral previa sobre la teoría del contrato social, como tampoco tiene que hacer ninguna sobre cualquier otro concepto *extrajurídico* del que meramente se sirva como instrumento auxiliar — o al que simplemente remite — para apoyar sus construcciones *jurídicas*. En mi opinión, como por lo demás en la de otros muchos, una teoría del contrato social es la que mejor explica la fundación de la sociedad y del Estado, y por eso es también la más adecuada para derivar los contenidos *jurídicos* materiales de la “idea” del Derecho — obviamente *positivo* —, como por ejemplo para determinar y reconocer bienes jurídicos, las normas que los protegen, y también las diferentes reacciones jurídicas frente a sus lesiones y peligros; así, por ejemplo, apelan asimismo al contrato social en apoyo de sus tesis, entre otros muchos, SCHÜNEMANN, *GA*, 1995, pp. 206 s.; EL MISMO, «Zur Dogmatik und Kriminalpolitik des Umweltstrafrecht», *FS-Triffterer*, 1996, pp. 441 s.; EL MISMO, en HEFENDEHL *et al.* (eds.), *Die Rechtsguttheorie*, 2003, pp. 137 ss., 141; KINDHÄUSER, «Schuld und Vergeltung, zur rechtsethischen Legitimation und Begrenzung der Kriminalstrafe», *GA*, 1989, pp. 496 s.; ALCÁCER GUIRAO, «Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política», *ADPCP*, (51), 1998, pp. 473 ss.; EL MISMO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 94 ss. Sin embargo, es evidente que ninguno de estos autores, ni yo tampoco, pensamos en ninguna “verosimilitud histórica” del contrato social, y mucho menos aún tratamos de justificar absolutamente nada “moralmente”, como especulativamente sugiere PAREDES, sino tan solo de fundamentar *jurídicamente* los objetos del Derecho, y del Derecho penal en particular, con la consiguiente exclusión del contrato *eo ipso* de cualquier acuerdo que sea expresión de la “desigualdad de poder”. Por lo que respecta a mi posición personal en concreto, debe tenerse en cuenta: 1) que es mucho más que evidente que me sirvo de la “idea” del contrato social en primer término como una “ficción epistemológica” explicativa de la sociedad, del Estado y del Derecho que — como describe MARTÍNEZ GARCÍA, *La imaginación jurídica*, 1992, p. 171 — “decanta un espacio arriesgado para razonar sobre las cuestiones que están precisamente en el límite del pensamiento jurídico”, y que como apostilla el mencionado autor — *op. cit.*, p. 173 — “constituye un *topos* o ámbito de argumentación de una fuerza considerable (...) que ha entrado hoy con

que sin duda representó un avance gigantesco para la Humanidad si lo comparamos con lo anteriormente existente, debemos tenerlo ya como superado por el Estado social, en todo caso al menos teóricamente, y, como impone el art. 9.2 de nuestra Constitución, son *deberes* del Estado social de Derecho, por un lado, “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”, así como “facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”, y, por otro lado, si es preciso para ello, también “remover los obstáculos que impidan o dificulten” la plenitud de todo lo anterior. No es posible tratar aquí del significado y trascendencia de esta decisiva cláusula constitucional ni tampoco entrar en debate con las posibles interpretaciones de la misma. En relación con lo que aquí interesa, me limito a dejar meramente enunciada la que a mí me parece más plausible para el desarrollo del programa político que debe llevar a cabo el Estado social para crear las condiciones de posibilidad de la realización material de la “idea” del Derecho²⁵³. Idealmente, entiendo al contrato fundacional de la sociedad como la fuente primaria del deber ser jurídico, es decir, del Derecho positivo, y al mismo tiempo la fuente de todos los poderes dados por la sociedad al Estado exclusivamente para la gestión, administración y ejecución del programa político del contrato en dirección a la realización efectiva de la idea del Derecho: de la *igualdad* y la *justicia*. Punto de partida es la situación empírica material de grueso incumplimiento del contrato social por las clases económicamente poderosas a escala planetaria. Puesto que el contrato social “ideal” funda el *deber ser* del Derecho, pero la histórica realización empírica de aquél es una que está en clara contradicción con éste – porque ella ha derivado en “un ser que no debe ser” –, y ello se debe de un modo muy determinante al abstencionismo del Estado liberal²⁵⁴, corresponde al Estado social intervenir en los procesos económicos y sociales para crear las condiciones de posibilidad de que la realización empírica del contrato sea una que realmente corresponda al deber ser del Derecho. Tales condiciones deben reconocerse en el contrato social como *bienes jurídicos colectivos*, y el Estado social de Derecho está legitimado para habilitar ejercicio de poder punitivo

pleno derecho en la teoría del conocimiento y puede proponerse como un modo riguroso de pensamiento”; 2) que siendo así el contrato social una ficción epistemológica instrumental – como tantas otras – para derivar contenidos materiales del deber ser jurídico, debería estar claro que cuando hablo de aquél como “hecho empírico con contenidos histórico-materiales”, a lo que me refiero de un modo inequívoco es a la situación o al estado históricos reales y empíricos de la sociedad como “el ser que no debe ser” porque es uno que se encuentra en evidente contradicción con el *deber ser jurídico* resultante del contrato “ideal”; y 3) que los objetos sobre los que yo razono y de los que hablo son en todo caso objetos, situaciones, estados *reales* con la pretensión de someterlos a valoraciones estrictamente *jurídicas* conforme al deber ser del Derecho, y para nada me planteo razonar ni hablar como hace PAREDES en el plano de un metalenguaje que apela a lo “moralmente” justificable o injustificable, el cual sí es absolutamente problemático, porque a diferencia del juicio sobre si un estado real de las cosas es conforme o contrario al deber ser jurídico, que sí es totalmente verificable empíricamente, qué sea “moralmente” aceptable o rechazable, justificable o injustificable, etc., es una cuestión que sólo puede pretender resolver en uno o en el otro sentido quien crea en la existencia de criterios materiales objetivos de moralidad con validez universal e intemporal, algo que desde luego dista mucho de mi modo de entender el mundo. Por lo demás, sobre mi rechazo absoluto de todo modelo de contrato social que pueda derivar en uno real de dominación y de sumisión de clases sociales, a partir de lo cual deberá rechazarse como contrario a Derecho todo acuerdo que sea expresión de una desigualdad de poder, véase GRACIA MARTÍN, *GA*, 2010, pp. 344 ss.; el MISMO, *RDPC*, (3), 2010, pp. 60 ss.

²⁵³ Debiendo entenderse que, de acuerdo con mis convicciones y concepciones ético-políticas y jurídicas, el Estado social no es más que una forma de tránsito hacia el auténtico Estado de Derecho, que no será otro que el Estado *democrático socialista*; en este mismo sentido, véase ELÍAS DÍAZ GARCÍA, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8ª ed., 1981, pp. 111 ss., y lo dicho *supra* en nota 236.

²⁵⁴ Véase al respecto, entre otros muchos, ELÍAS DÍAZ GARCÍA, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8ª ed., 1981, pp. 83 ss.

frente a lesiones y peligros de dichos bienes jurídicos de un modo igual a como lo está con respecto a las lesiones y peligros de cualquier otro bien jurídico de cualquier especie, es decir, de modo subsidiario y como *ultima ratio*²⁵⁵.

dd) Por otra parte, si, como insinúa RAMOS VÁZQUEZ, el “concepto” de Derecho penal se definiera por la protección de bienes jurídicos, entonces más nos valdría a los penalistas dedicarnos a otros menesteres. Los bienes jurídicos los crea, protege y tutela *el Derecho* fundado en el contrato social, y en modo alguno el Derecho *penal*, y por esto es insostenible un pretendido concepto de bien jurídico-*penal*. El Derecho penal tiene un carácter puramente sancionatorio, pues se limita a habilitar ejercicio de poder punitivo *tardíamente* frente a *lesiones* y *peligros* de bienes jurídicos producidos por determinadas acciones²⁵⁶, mientras que la verdadera protección o tutela de aquéllos la dispensan hasta donde les es posible las ramas del Derecho que no tienen fines sancionadores²⁵⁷. Además, si algo nos enseña la experiencia es que lo que hace el poder punitivo en la realidad no es precisamente “proteger o tutelar” bienes jurídicos, sino más bien seleccionar a personas vulnerables a él²⁵⁸ con grave quebranto del principio de igualdad y, por ello, de la justicia, y este dato real de la selectividad no debe ser ignorado por el “concepto” de *Derecho* penal. Puesto que la ciencia jurídica – como nos enseña RADBRUCH – tiene la doble tarea de llevar a cabo “una elaboración categorial que exponga al derecho como *realización* del *concepto* del Derecho y de las categorías contenidas en él, y una elaboración teleológica que describa al Derecho como un intento de *realización* de la *idea* del Derecho”²⁵⁹; y puesto que, como queda dicho, el “concepto” de Derecho tiene que ser derivado necesariamente de la “idea” del Derecho; de todo esto resulta que el “concepto” de Derecho *penal* solamente puede ser entendido como el conjunto de principios y de reglas que tienen que limitar y reducir en correspondencia con la idea del Derecho el ejercicio del poder punitivo en todas sus manifestaciones. Y puesto que la competencia para la formulación, desarrollo y concreción de dichos principios y reglas corresponde al “saber” jurídico-*penal*, el *Derecho penal* se tiene que identificar con la Ciencia o Dogmática jurídico-*penal*²⁶⁰. A la vista de esto,

²⁵⁵ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 196 ss., y sobre todo EL MISMO, GA, 2010, pp. 344 ss.; y EL MISMO, RDPC, (3), 2010, pp. 60 ss.

²⁵⁶ Como advierte WELZEL, *Lb*, 11ª ed., 1969, p. 3, “la tarea primaria del Derecho penal no es la protección *actual* de bienes jurídicos (...), pues cuando entra realmente en acción, generalmente llega demasiado tarde para eso”; véase en el mismo sentido, CEREZO MIR, *PG I*, 6ª ed., 2004, p. 16.

²⁵⁷ Véase por todos ZAFFARONI *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2002, pp. 128 ss., 486 ss.; y EL MISMO, «Ofensividad, autoría y Estado de Derecho», *Foro FICP*, (2), 2015, pp. 9 ss.

²⁵⁸ Véase por todos, muy extensamente, ZAFFARONI *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2002, pp. 7 ss.

²⁵⁹ Véase RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 2003, p. 113.

²⁶⁰ En este sentido véase amplia e insistentemente ZAFFARONI *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2002, pp. 4 ss., 21 s., 28 ss., y 101 ss.; en sentido similar SCHÜNEMANN, *FS-Herzberg*, 2008, *passim*, donde enfatiza que la función social de la Ciencia del Derecho es “el control mediante la razón de la arbitrariedad de quienes ostentan el poder” (p. 40), y sostiene también que en relación con determinados principios la Dogmática jurídico-*penal* “incluso tiene que hacer las veces de la legislación” (p. 49). En este sentido, como dice WELZEL en general, el Derecho coincide con la Dogmática jurídica, y esta consiste en “la *explicación sistemática* de los principios jurídicos que se encuentran en la base de un orden jurídico o de algunas de sus partes; así, p. ej., ‘autonomía privada’ y ‘propiedad privada’, ‘culpa y pena’, ‘principio de escuchar a las dos partes’, ‘pluralismo de partidos’, ‘Estado de Derecho’, etc.”; véase WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 1971, p. 193, donde añade que “la dogmática jurídica aísla los principios jurídicos implícitos en un orden jurídico, expone los diversos preceptos jurídicos como componentes o consecuencias de estos principios, y permite así entender el orden jurídico o sus partes como una estructura de sentido de carácter concreto con una determinada pretensión de verdad”; similar ENGISCH, *Die Idee der*

y de todo lo anteriormente dicho, la afirmación de RAMOS VÁZQUEZ de que mi discurso sería ajeno al “concepto” de Derecho penal *porque* éste se definiría como protección de bienes jurídicos, resulta una afirmación simple que sólo puedo calificar, como mínimo, de temeraria.

ee) Finalmente, y a mayor abundamiento, como ya dije antes al recalcar que todos mis razonamientos y propuestas remiten en última instancia a la filosofía política y del Derecho welzeliana ortodoxa, debería estar absolutamente claro que el objetivo de mi programa ético-político y jurídico de modernización del Derecho penal ni siquiera remotamente es satisfacer ningún sentimiento ni demanda de venganza de las clases desprotegidas por medio de la criminalización y punición de las clases poderosas a “cualquier precio” —como han insinuado también LAURENZO²⁶¹ y, en cierto sentido, PAREDES²⁶²—, sino nada más que contribuir, conforme a la enseñanza de WELZEL sobre la “idea fundamental de la democracia”²⁶³, “a la conformación justa de las relaciones sociales” como resultado de “una polémica *entre ideas*”²⁶⁴, y en ningún caso mediante la aniquilación “como *enemigo(s)* (de los) que piensa(n) de otra manera, tan pronto como se han conseguido la mayoría y el poder”²⁶⁵, ni en definitiva mediante el sometimiento y la aniquilación de ningún ser humano por ningún otro²⁶⁶. Con lo dicho, pues, debería quedar claro que con mi discurso no hago nada más que proponer y exponer mis ideas al debate y a la polémica, como lucha por aquélla deseable “conformación *justa* de las relaciones sociales”²⁶⁷, es decir,

Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 1953, pp. 231 ss. Véase también GARCÍA AMADO, «Sobre los modos de conocer el Derecho o de cómo construir el objeto jurídico», *Doxa*, (11), 1992, pp. 200 ss., donde diferencia tres tipos básicos —entre sí relacionados— de conocimiento del Derecho: el de la percepción general de lo jurídico por los miembros de una sociedad como orden que se les impone y en que están insertos (pp. 200 s.), el de los “aplicadores” del Derecho (p. 201) y el de los teóricos, es decir, el de las doctrinas dogmáticas o de ciencia del derecho (pp. 201 s.), y formula la tesis —que suscribo— de que siendo el Derecho primaria y originariamente un discurso (jurídico), y aunque en esos tres niveles se puede ver una “unidad de fondo” (p. 202), no obstante el Derecho es producto de la teoría como discurso sobre el Derecho, pues es ésta la que “constituye el propio objeto jurídico, principalmente en sus estructuras (configuración del ordenamiento como sistema, principios, valores, conceptos...), pero también en sus contenidos”, porque “son los mismos juristas que ‘pronuncian’ o describen el derecho los que lo crean” (p. 203). En todo caso, para GARCÍA AMADO (*op. cit.*, p. 203), y así lo entiendo yo también, no hay un Derecho que sea producto exclusivo del conocimiento o percepción vivencial de los miembros de la sociedad, ni del conocimiento de los aplicadores del Derecho, porque el Derecho no preexiste a la teoría que lo explica o describe, y porque incluso en el conocimiento de los aplicadores del Derecho “hay ya un componente teórico esencial”, y por esto la praxis jurídica es “una praxis con teoría presupuesta”.

²⁶¹ Cfr. *supra* nota 231.

²⁶² Pues si bien PAREDES califica a mi discurso correctamente como un “escrito de combate” *intelectual* (cfr. *infra* nota 267), lo que ya no me parece adecuada es la descripción exorbitante del mismo mediante las “metáforas militares” que propone y emplea en el plano metalingüístico para caracterizar al conjunto de mis estrategias de lucha intelectual, y a mi retórica; véase PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC*, (17), 2006, pp. 438 y 439.

²⁶³ Véase WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 1971, pp. 264 ss.

²⁶⁴ Véase WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 1971, p. 267.

²⁶⁵ Véase WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 1971, p. 264.

²⁶⁶ Véase WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 1971, pp. 267.

²⁶⁷ Por esto, nada tengo que oponer a la descripción de mi ensayo por PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC*, (17), 2006, p. 439, como un “escrito de combate” *intelectual* —como yo mismo así lo autodenomino, cfr. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, p. 31 —, pues en efecto se puede ver como expresión de “una lucha” *intelectual* encaminada a vencer la “resistencia” de otro discurso cuyo objetivo es impedir, o al menos obstaculizar el proceso de la necesaria modernización del Derecho penal, pues ¿qué otra cosa ha hecho y podría hacer la izquierda, que no sea la de luchar y combatir intelectualmente contra las ideologías permanentemente victoriosas a lo largo de toda la Historia, que hasta ahora no han conducido a nada más que a la reproducción o recreación perpetuas del “estado de naturaleza” por medio de instituciones creadas, configuradas y cargadas de tales ideologías victoriosas que aseguran su funcionamiento real al servicio de aquella

conforme a la “idea” del Derecho, si bien naturalmente con la aspiración de convencer sobre su plausibilidad aun a pesar de que soy plenamente consciente de la alta probabilidad de fracaso en el intento por el hecho, históricamente repetido, que nos muestra y enseña la desoladora experiencia histórica de que —como lo advierte FOUCAULT— “en realidad, hay dos especies de utopías: las utopías proletarias socialistas que gozan de la propiedad de no realizarse nunca, y las utopías capitalistas que, desgraciadamente, tienden a realizarse con mucha frecuencia”²⁶⁸. Y que críticas al discurso de modernización tan desenfocadas como las replicadas a lo largo de este trabajo, y en particular como las de RAMOS VÁZQUEZ, y sobre todo también las de PAREDES, tienen todos los visos de contribuir a la perpetuación de semejante experiencia histórica, esto es algo sobre lo que no me cabe ni la mínima duda²⁶⁹.

perpetuación del estado de naturaleza?; cfr. en sentido similar, SCHÜNEMANN, «Das Strafrecht im Zeichen der Globalisierung», GA, 2003, p. 301; y EL MISMO, «El Derecho en la globalización económica: imperialismo del líder y colonización de los órdenes jurídicos ¿Instrumentalización del Derecho penal?», en MORENO HERNÁNDEZ (coord.), *Globalización e internacionalización del Derecho penal. Implicaciones político-criminales y Dogmáticas*, 2003, p. 116., observando en relación con el proceso de globalización de la economía que, en la medida en que no pueda ser controlado —como de hecho no lo está— por el Derecho estatal, de hecho da lugar a una recaída en el estado de naturaleza, de guerra de todos contra todos, en que el fuerte aniquila al débil y, con ello, un regreso de la Humanidad al nivel moral de la edad de piedra; en el mismo sentido, véase GRACIA MARTÍN, «Criminalidad de la globalización y Derecho penal», en ROMEO CASABONA (ed.), *Biotecnología, desarrollo y justicia*, 2008, pp. 27 s., 30 ss.

²⁶⁸ Véase FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, 1980, p. 124.

²⁶⁹ A este respecto, no dejan de resultarme como mínimo curiosas las estimaciones de PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC*, (17), 2006, p. 463, —por lo que diré contradictorias de sí mismas— en el sentido de que los términos que uso en mi discurso antes ayudan a los críticos del Derecho penal moderno que a los partidarios de una cierta modernización, porque según él dichos términos serían “compactos”, “homogéneos” y “excluyentes”, es decir, unidireccionales, cuando lo que habría que hacer, según PAREDES, sería “optar por una táctica de diferenciación de problemas y de grupos de delitos, antes que por un enfoque global del asunto”. Pero frente a esto tengo que decir, anticipando ya lo que luego trataré con más detalle (*infra* en 5, 6, 7 y 8 *passim*): 1) que, precisamente, no puede estar más claro que el resultado de mi discurso *jurídico* no es otro que el de una nítida *diferenciación* de un campo de problemas y de grupos de delitos: los problemas específicos de la criminalidad de los poderosos y los grupos de delitos específicos relativos a ella, que configuran el sistema del Derecho penal económico y de la empresa; 2) que como no puede ser de ningún otro modo, el fin de toda diferenciación —y muy especialmente en el Derecho— no es otro que precisamente el de *compactar* y *homogeneizar* un campo diferenciado de objetos *análogos* para dispensarles un tratamiento *igual*, y por lo tanto *excluir* de dicho campo diferenciado a todos los objetos desemejantes; 3) que como luego veremos —*infra* 6—, es precisamente PAREDES quien realmente no diferencia entre problemas y grupos de delitos por mucho que proclame que ésta sería la táctica por la que optar, pues es él quien, al menos como instrumento para la crítica de mis tesis, se sirve de un enfoque global que no distingue entre la criminalidad de los poderosos y la de los no poderosos, ni entre delitos que, como los económicos en sentido estricto —*v. gr.* fraude de subvenciones— y el tráfico de drogas o de personas, nada tienen que ver entre sí desde el punto de vista jurídico y ni siquiera criminológico; y 4) que siendo mis propuestas absolutamente definidas, claras y carentes de ambigüedades —*sc.*: criminalización de conductas económicas y empresariales de los poderosos con graves efectos lesivos para el orden social, y nada más—; y por otro lado, no pudiendo deducirse de las críticas de PAREDES nada más que su desacuerdo con mis críticas al discurso de resistencia, pero sin concretar al mismo tiempo ninguna alternativa *jurídico-dogmática* de modernización, porque se limita a invocar y a remitir a referentes absolutamente tan vagos y susceptibles de relleno con cualesquiera contenidos, como las teorías de la justicia y de todo tipo de racionalidades éticas, morales, normativas, etc.; de todo esto no puedo hacer otra estimación que la de que es precisamente PAREDES, y no yo, quien realmente “ayuda” a los críticos de la modernización.

5. La reducción técnico-jurídica del concepto de Derecho penal moderno exclusivamente al Derecho penal económico y de la empresa relativo –también exclusivamente– a la criminalidad económica de los poderosos

1. Una vez replicadas las infundadas y absolutamente extraviadas críticas de que ha sido objeto el discurso de modernización del Derecho penal, y particularmente el mío, en lo que sigue desarrollaré mi concepto de Derecho penal moderno, y lo haré mediante una construcción estrictamente jurídico-dogmática, es decir, con el método jurídico más riguroso, de tal modo que el proceso argumentativo y discursivo de dicha construcción refuerce aún más si cabe el descrédito y la invalidez de las críticas a la modernización que acabo de rechazar. Al respecto anticipo ya que Derecho penal moderno es única y *exclusivamente* Derecho penal económico y de la empresa referido –también *exclusivamente*– a la criminalidad económica de los *poderosos*. Pero como este concepto también ha sido cuestionado por PAREDES, una vez más por medio de otra especulación sobre mis tesis, con el desarrollo de mi concepto dogmático de Derecho penal moderno replicaré al mismo tiempo tales especulaciones de PAREDES y mostraré que las mismas no se sostienen lo más mínimo en el plano de la hermenéutica y de la interpretación de textos, ni en el de la lógica conceptual general, y finalmente tampoco en el de la lógica de los conceptos jurídicos en particular. Sin embargo, antes de comenzar con el desarrollo de mi concepto de Derecho penal moderno voy a tratar de explicar las razones que me llevan a limitar su contenido y su alcance al Derecho penal económico y empresarial de los poderosos. Primero explicaré por qué merece ser denominado “moderno”, y después procederé a su clasificación. Finalmente, pero ya en un epígrafe posterior independiente, construiré el sistema dogmático categorial y tipológico del Derecho penal económico y empresarial de los poderosos.

2. a) Como se vio, el discurso de Frankfurt, y en particular HASSEMER, incluyó bajo la denominación “Derecho penal moderno” a una pluralidad de fenómenos muy diversos y heterogéneos, como la criminalidad económica, el terrorismo, el tráfico de drogas o el tratamiento de datos²⁷⁰, que, en principio, lo único que tienen en común es que son objetos singulares de criminalización primaria, de modo que desde una contemplación global no son más que unos más en la masa total de los alcanzados por aquélla²⁷¹. No obstante, en toda masa de objetos indiferenciados en su globalidad se pueden diferenciar luego fragmentos o sectores específicos de objetos desde algún punto de vista determinado a partir del cual se perciban aspectos comunes o correspondencias entre ellos, es decir, semejanzas o analogías, y luego formar con ese sector de objetos análogos una unidad homogénea diferenciada de los demás objetos de aquella masa global²⁷². Y así, un punto de vista específico desde el que se puede contemplar a toda la masa de objetos abarcados por la criminalización primaria podría ser el de la conformidad de las disposiciones criminalizadoras con las garantías del Estado de Derecho. De este modo, la masa en principio indiferenciada de todos los objetos abarcados por la criminalización primaria se escindiría en dos sectores diferenciados el

²⁷⁰ Cfr. *supra* 2.1.b).

²⁷¹ Véase KUHLEN, GA, 1994, p. 361; HONG, *Flexibilisierungstendenzen des modernen Strafrechts und das Computerstrafrecht*, 2002, p. 53; ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, 2005, pp. 236 s.; GRECO, *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*, 2010, p. 1.

²⁷² Véase por todos Arthur KAUFMANN, *Analogie und “Natur der Sache”*, 2ª ed., 1982, pp. 26 s.

uno del otro por los criterios, respectivamente, de la conformidad o de la disconformidad de la criminalización con las garantías del Estado de Derecho.

b) Como ya vimos, este punto de vista de la conformidad o de la disconformidad con las garantías del Estado de Derecho es el adoptado por el discurso de resistencia, y por eso éste aglutinó desde un principio bajo la denominación de Derecho penal moderno a todas las regulaciones jurídico-penales de nuestro tiempo que, según su opinión, serían contrarias masivamente a los principios y a las garantías del Estado de Derecho²⁷³. Desde un punto de vista como éste puede explicarse la agrupación de objetos o de fenómenos plurales que, sin embargo, desde otros puntos de vista distintos –por ejemplo criminológicos o jurídico sistemáticos– se mostrarían totalmente heterogéneos porque no tienen nada que ver entre sí, como sucede por ejemplo con la criminalidad económica, el terrorismo o la seguridad ciudadana. Desde luego, el punto de vista selectivo y clasificatorio de la conformidad con las garantías es en principio absolutamente correcto y válido, y no veo nada que pueda objetarse a él en cuanto tal, sino más bien todo lo contrario, pero sólo si de lo que se trata es de diferenciar lo que sea jurídicamente válido de lo que sea ilegítimo e inválido. Lo que me parece rechazable es que dicho criterio de la disconformidad con las garantías sea precisamente el determinante del concepto de Derecho penal moderno, y ello por las siguientes razones.

aa) En primer lugar, porque deben rechazarse ya de plano las afirmaciones apodícticas del discurso de resistencia de que serían contrarias a las garantías del Estado de Derecho todas las regulaciones jurídico-penales relativas a objetos tan heterogéneos como los que incluye luego en su particular concepto de Derecho penal moderno, pues dichas afirmaciones resultan cuando menos temerarias a la vista de la incertidumbre existente sobre los contenidos concretos de aquellas garantías. Como advierte GRECO, expresiones como “Derecho penal moderno”, “del riesgo”, “simbólico”, etc., no parecen ser otra cosa que eslóganes difamatorios que se utilizan para descalificar globalmente a las regulaciones jurídico-penales actuales, pero sin aportar argumentos consistentes sobre su falta de legitimidad²⁷⁴. Por esto, en lo que concierne a la conformidad o disconformidad de las regulaciones legales del Derecho penal moderno con las garantías, el discurso de resistencia no puede pretender tener mayor validez que el de modernización que sostiene justamente todo lo contrario, al menos, con respecto a algunas de ellas, como es el caso de la mayor parte de las relativas a lesiones y peligros para bienes jurídicos económicos, en relación con las cuales el discurso de modernización afirma incluso que la criminalización en estos ámbitos es una exigencia precisamente de las garantías mismas del Estado de Derecho sin necesidad alguna de reinterpretarlas ni de flexibilizarlas en lo más mínimo²⁷⁵. Si el discurso de modernización tuviera razón en esto –y sin la menor duda, la tiene–, entonces habría que excluir a tales regulaciones del concepto de Derecho penal moderno que maneja el discurso de resistencia, siendo así que son la expresión y el paradigma *par excellence* del Derecho penal moderno, naturalmente siempre que se entienda a éste

²⁷³ Cfr. *supra* 2.2. Véase WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionstrafrechts*, 2000, pp. 33 ss.; HESEL, *Untersuchungen zur Dogmatik und den Erscheinungsformen “modernen” Strafrechts*, 2004, pp. 1 ss., 338 ss.; ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, 2005, pp. 236 s.; BASAR, *Modernes Strafrecht – Vergessene Freiheit?*, 2014, pp. 4 ss., 202 ss.

²⁷⁴ Véase GRECO, *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*, 2010, pp. 41 y 50, y *supra* nota 95, así como el texto correspondiente a la nota.

²⁷⁵ Cfr. *supra* nota 139 y el texto correspondiente a la misma.

en el sentido correcto que se explicará a continuación, y no en el meramente formal en que lo presenta y así lo llama de modo arbitrario el discurso de resistencia.

bb) Sobre todo me parece rechazable, y esto además de un modo apodíctico, tanto en el plano lingüístico como en el conceptual categorial clasificatorio y en el teleológico tipológico, la atribución de la cualidad de “modernas” a *todas* las regulaciones actuales que contradigan las garantías, y que luego se abraza a todas ellas con la denominación de Derecho penal “moderno”. Si, como sugiere Ignacio SOTELO –dándole substancia al concepto,– entendemos por moderno a todo aquello que represente una *ruptura* histórica, *porque* lo nuevo sea substancialmente diferente a lo anteriormente existente²⁷⁶, entonces tiene que carecer de todo fundamento y también del mínimo sentido atribuir la cualidad de modernas a las regulaciones jurídico-penales actuales que no cumplan con las exigencias del Estado de Derecho y aglutinarlas luego por esa razón bajo un concepto de “Derecho penal moderno”. Así éste ya no puede tener ninguna consistencia material, y su denominación así tampoco se muestra apropiada²⁷⁷. Esto resulta ya por sí mismo del contenido *apriórico* mismo del concepto de garantías. La invención de éstas dio lugar a un producto político evidentemente “moderno” en el momento histórico de su invención, porque con las garantías cambió substancialmente el Derecho penal –es decir, se modernizó en todo– con respecto a la situación histórica anterior, simplemente porque en ésta aquéllas eran inexistentes²⁷⁸. Si la esencia y la función de las garantías consisten en la fijación de límites al poder punitivo en todas sus manifestaciones, de modo que todo ejercicio extralimitado de él tenga que ser tachado y declarado como ilegítimo, de esto tiene que resultar que la *posibilidad* de una legislación contraria a las garantías ya está dada en el mismo concepto de éstas justo desde el *primer instante histórico* en que se las reconoció políticamente y se les dio validez y vigencia vinculantes para el futuro, y además tiene que resultar también que tal posibilidad está dada con carácter *general* y no *sólo* con respecto a algunos sectores específicos y determinados de la criminalización primaria. Ahora bien, como es un hecho empíricamente comprobado e incontestable que políticas criminales y legislativas antigarantistas se han dado de un modo constante y permanentemente a lo largo de toda la historia desde aquel primer momento temporal, y asimismo lo es que ni uno solo de los ámbitos potencialmente punibles, es decir, también los llamados tradicionales, ha quedado libre de

²⁷⁶ Según Ignacio SOTELO, «Estado moderno», en Elías DÍAZ/RUIZ MIGUEL (eds.), *Filosofía Política II. Teoría del Estado*, 1996, pp. 26 s., “el adjetivo ‘moderno’ surge, justamente, cuando se considera indispensable marcar diferencias sustantivas entre el ayer y el hoy”, de modo que “el que sea necesario subrayar el presente con un vocablo nuevo supone que se lo percibe como algo radicalmente distinto de lo anterior, que toma con ello el cariz de lo ya superado”, por lo que “la aparición de este neologismo implica la conciencia de una *ruptura* en la continuidad histórica: lo que fue ya no es; se viven ‘tiempos nuevos’” (cursiva mía); SOTELO hace estas indicaciones en relación con la denominación del Estado *moderno*, que constituye el objeto de su ensayo, y en torno a lo cual advierte (*op. cit.*, p. 25) que “conviene recordar algo tan lejano que ya está casi por completo olvidado: el adjetivo *modernus*, que se deriva de *modus*, como *hodiernus* de *hodie*, y que no conoce el latín clásico –empieza a emplearse a partir del siglo IV d.C.–, hace referencia, como es bien sabido, a lo actual, a lo propio de los días que vivimos, como diferente de lo que fue ayer”.

²⁷⁷ Así lo sugiere HONG, *Flexibilisierungstendenzen des modernen Strafrechts und das Computerstrafrecht*, 2002, p. 53, cuando observa que “el concepto de Derecho penal moderno, igual que el de Derecho penal del riesgo, no tiene un contenido definido, sino sólo un significado relativo y momentáneo que refleja los nuevos problemas del Derecho penal que se manifiestan en el momento actual”; véase en el mismo sentido ANASTASOPOULOU, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, 2005, pp. 236 s.

²⁷⁸ Cfr. *supra* nota 24.

regulaciones penales antigarantistas²⁷⁹; de todo esto tiene que resultar que el criterio de la contrariedad a las garantías tiene que ser uno absolutamente inválido para atribuir la cualidad de “moderna” a cualquier regulación jurídico-penal *actual* o de cualquier otro tiempo histórico. Pues, de lo contrario, materialmente habría que atribuir dicha cualidad ya a la *primera* regulación histórica que se hubiera desviado de las garantías, y luego a todas las demás que la hubieran seguido posteriormente en la historia y hasta la última de nuestros días. Pero así el concepto de Derecho penal moderno, en el sentido en que lo entiende y define el discurso de resistencia, ya no sería ningún fenómeno propio de nuestro tiempo, sino uno que habiendo tenido su inicio con la primera regulación histórica antigarantista, habría estado luego presente de modo constante y permanente a lo largo de toda la historia hasta nuestros días, y esto sería contrario a la idea y al concepto de “moderno” incluso en el sentido inaceptable en que lo entiende el discurso de resistencia. Por lo tanto, resulta claro que la expresión “Derecho penal moderno”, en el sentido que le atribuye y en que la usa el discurso de resistencia, se tiene que quedar en una mera fórmula retórica y tautológica que sólo comunica la obviedad de que toda regulación jurídico-penal contraria a las garantías es ilegítima con independencia del momento histórico en que haya tenido lugar, pero con independencia también de cuál sea su contenido concreto, es decir, ya sea éste un comportamiento lesivo o peligroso relativo a la economía, a la vida, a la integridad física y la salud, a la Administración de justicia, al terrorismo o, en fin, a cualquier otro ámbito de relación social imaginable y posible²⁸⁰. En cualquier caso, como ha dicho con acierto GRECO, “la distinción entre prohibiciones legítimas e ilegítimas depende de una serie de criterios y consideraciones que no son reflejados de modo suficientemente diferenciado por la contraposición simplista entre Derecho penal clásico y moderno”²⁸¹.

3. a) De acuerdo con la noción sugerida por Ignacio SOTELO, que se ha expuesto arriba en 2.b).bb), para que algo merezca el calificativo de “moderno” se tendrán que dar dos condiciones. En primer lugar, será preciso que en el ámbito contemplado aparezcan en un momento histórico determinado nuevos objetos o, al menos, una modificación de los preexistentes (aspecto *formal* de la modernización). Más importante, y decisiva, es la segunda condición, consistente en que los nuevos objetos o sus nuevas formas de aparición provoquen una *ruptura* con la situación anterior (aspecto *material* de la modernización). Según esto y lo anteriormente dicho, debería estar claro que ni una extensión de la intervención punitiva a nuevos ámbitos, ni una eventual contrariedad de aquélla a las garantías, pueden ser por sí mismos, en cuanto tales, criterios válidos para fundamentar ningún Derecho penal moderno con sustantividad teórica propia de la que puedan derivarse luego consecuencias materiales y prácticas específicas. Pues, por lo dicho, lo decisivo

²⁷⁹ Piénsese, por ejemplo, en los delitos cualificados por el resultado, en las disposiciones legales que reconocían el *versari in re illicita*, en los delitos de sospecha, etc., que afectaban a delitos tradicionales como el homicidio, las lesiones, etc.

²⁸⁰ Véase en este sentido HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, p. 179; GRACIA MARTÍN, GA, 2010, p. 352; EL MISMO, RDPC, (3), 2010, pp. 71 s.; GRECO, *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*, 2010, pp. 48 ss. Como ha puesto de manifiesto PAREDES CASTAÑÓN, «Ambigüedades e insuficiencias del concepto de Derecho penal del riesgo. A propósito de Mendoza Buergo, Blanca, El Derecho penal en la sociedad del riesgo, Civitas, Madrid, 2001», RDPC, (11), 2003, pp. 387 s., las críticas que se hacen al Derecho penal moderno (del riesgo) son idénticamente las mismas que “vienen realizándose desde siempre – muchas veces, con mayor motivo – a figuras propias del Derecho penal más clásico” (p. 387).

²⁸¹ Véase GRECO, *Revista de Concorrência e Postulação*, (7/8), 2012, p. 350.

para que un conjunto de regulaciones jurídico-penales puedan configurar un Derecho penal moderno sustantivo es que aquéllas den lugar a una *ruptura* con respecto al Derecho penal anterior en algún aspecto substancial²⁸², y tanto la ampliación de la intervención penal en nuevos ámbitos como la contrariedad de algunas regulaciones jurídico-penales a los principios y a las garantías son fenómenos *constant*es y permanentes en toda la historia del Derecho penal que, por esto mismo, no son aptos para definir lo “moderno” del Derecho penal actual.

b) Sin embargo, no cabe duda de que algunas regulaciones jurídico-penales del presente sí han dado lugar a una ruptura determinante de la aparición de un Derecho penal moderno. Esta ruptura tiene su anclaje en el necesario cambio de rumbo de la política impuesto por la idea del Estado social y democrático de Derecho, como superación del Estado liberal, y es una consecuencia lógica de la creación y de la concreción del Derecho a partir del nuevo horizonte político²⁸³ al que debe orientarse la acción política de dicho Estado²⁸⁴, que es mucho más Estado de *Derecho* que el liberal²⁸⁵. Desde la perspectiva histórico-material con que hay que observar la evolución política y jurídica, el punto arquimédico de la ruptura lo determina el hecho de que ciertas nuevas regulaciones penales del presente estén encaminadas a la criminalización primaria de comportamientos gravemente lesivos socialmente de las clases sociales poderosas que estuvieron completamente excluidos de la punibilidad en el Estado liberal, pues en éste, de hecho, solamente fueron objeto de criminalización conductas típicas de las clases bajas²⁸⁶. Con la criminalización de

²⁸² Sobre ello véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 53 ss.

²⁸³ Pues en el Estado liberal, como observa GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones sociales del Estado contemporáneo*, 2ª ed., 1985, p. 55: “la dimensión axiológica de la legitimidad coincidía con su dimensión sociológica, es decir, había una adecuación entre la idea válida del Derecho y los intereses de los estratos que, dadas las condiciones históricas, estaban en condiciones de establecer el Derecho”; véase en sentido similar AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 19 ss. y 26.

²⁸⁴ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 53 ss., 199 ss.; EL MISMO, *GA*, 2010, pp. 329 ss.; EL MISMO, *RDPC*, (3), 2010, pp. 37 ss.; y en sentido similar, BUSTOS RAMÍREZ, *Control social y sistema penal*, 1987, pp. 186 s.: “un Estado liberal democrático sería incapaz de ofrecer una base (...) para ir más allá de los condicionamientos a la democracia que impone el sistema actual”; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho penal*, 4ª ed., 2006, p. 224 s.

²⁸⁵ En este sentido véase, por ejemplo, BÖCKENFÖRDE, «Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriff», *FS-Arndt*, 1969, pp. 66 ss., 72; HESSE, «Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes», en FORSTHOFF (ed.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, 1968, pp. 560 ss. 562; MERKL, «Idee und Gestalt des Rechtsstaats», *FS-Kelsen*, 1971, p. 126; HARTWICH, *Sozialstaatspostulat und gesellschaftliche “status quo”*, 1970, pp. 344 ss.; STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. 1, 2ª ed., p. 781; BENDA, *El Estado social del Derecho*, en EL MISMO et al., *Manual de Derecho constitucional*, 2ª ed., 2001, p. 490 nm. 7, y p. 526 nm. 91 s.; LUCAS VERDÚ, *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*, 1955, p. 70; ELÍAS DÍAZ GARCÍA, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8ª ed., 1981, pp. 33, 83 ss.; y GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones sociales del Estado contemporáneo*, 2ª ed., 1985, pp. 16 s., 51 ss.

²⁸⁶ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 181 ss.; EL MISMO, *GA*, 2010, pp. 335 ss.; EL MISMO, *RDPC*, (3), 2010, pp. 47 ss. Pues como observa GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones sociales del Estado contemporáneo*, 2ª ed., 1985, pp. 40 ss., “se hablaba, en verdad, de la *comunidad nacional*, pero lo cierto era que si bien las clases bajas participaban en los aspectos más extensos y penosos de las cargas de la defensa militar y de la producción económica, en cambio, no participaban en los beneficios más que en una parte despreciable y —hablando en términos típico-ideales— tan sólo en la medida necesaria para mantenerse y reproducirse, (...) el *cuarto estado* parece estar de hecho fuera de la nación” (p. 41); véase la descripción de Hermann HELLER, «Sozialismus und Nation» (1925), en sus *Gesammelte Schriften*, 1971, pp. 468 ss., y 473; la elocuente y enfática denuncia de ROUSSEAU, *Discurso sobre la Economía política*, 1985, pp. 46 s.: “la confederación social protege fuertemente las inmensas propiedades del rico y apenas le permite al miserable disfrutar de la cabaña que él mismo construyó con sus propias manos” (véase la cita más amplia *supra* en nota 202); DORADO MONTERO, *Bases para un nuevo Derecho penal. Nueva edición con Prólogo, bibliografía y notas por*

aquellos comportamientos socialmente lesivos típicos de las clases poderosas, al corpus legal punitivo tradicional se añade ahora otro que representa claramente una ruptura *política* con el primero. La realización de semejante ruptura es consubstancial a la idea misma del Estado social y democrático de Derecho, y por eso le viene exigida a éste por el mandato *constitucional* — que en nuestro país establece el art. 9.2 de nuestra Constitución— que impone a los poderes públicos el *deber* de realizar la actividad que sea necesaria para proveer de las condiciones de posibilidad de que la libertad y la igualdad sean *reales y efectivas* para todos los ciudadanos²⁸⁷. Y puesto que es un hecho comprobado y verificado empíricamente que una libertad ilimitada, como de hecho es aquella de la que ha gozado sólo la clase social alta en el Estado liberal²⁸⁸, hace por sí misma absolutamente imposible la realización de aquellos fines fijados en el horizonte político de la sociedad que ha dispuesto proveerse de un Estado social, de aquí resulta la necesidad absoluta de limitar aquella libertad de acción de la clase social poderosa por medio de los instrumentos del Derecho, es decir, mediante normas *jurídicas*, en la forma de mandatos y de prohibiciones de las conductas típicas de dichas clases sociales que sólo por imposibilitar la realización efectiva de aquellos fines tienen que desvalorarse como socialmente lesivas, y que cuando la lesividad social alcance un determinado grado, tienen que ser además objeto de criminalización y, por tanto, de la punibilidad²⁸⁹.

c) Con esta primera aproximación, queda ya absolutamente delimitado un primer campo determinante de los posibles objetos, y de enunciados sobre éstos, a partir de los cuales puede y tiene que formularse una primera definición de Derecho penal moderno en sentido *material* que ya tiene que ser determinante de la *intensión* del concepto. Y así, por Derecho penal moderno en

Manuel de Rivacoba y Rivacoba, 1973, § 19, pp. 22 s.: “sólo vienen a ser delitos las acciones que caprichosamente prohíben y castigan los que mandan”; FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, 1980, p. 106: “a partir de este momento el control (...) se convierte así en un instrumento de poder de las clases ricas sobre las clases pobres, de quienes explotan sobre quienes son explotados”; FOUCAULT, *Surveiller et punir*, 1975, pp. 280 s., 287, 294: “sería hipócrita o ingenuo creer que la ley se ha hecho para todo el mundo (...); es más prudente reconocer que (...) se dirige principalmente a las clases más numerosas y menos ilustradas” (p. 280 s.); BUSTOS RAMÍREZ, *Control social y sistema penal*, 1987, pp. 17 y 20: “las leyes penales son expresión del poder de una clase y, por tanto, no pueden recaer sobre ella, sino sobre la clase sometida” (p. 17); TERRADILLOS, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *RFDUCM*, (63), 1981, p. 140: “la sociedad no desviada define y reprime a la desviada”; y también SCHÜNEMANN, en KÜHNE/MIYAZAWA (eds.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, pp. 16, 19 ss., y 21 (= en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, 2000, pp. 50, 53 ss. y 55).

²⁸⁷ Véase GRACIA MARTÍN, *GA*, 2010, pp. 347 ss.; EL MISMO, *RDPC*, (3), 2010, pp. 63 ss., con más referencias. Debe recordarse que con la constitucionalización en 1949 por la Ley Fundamental de Bonn (arts. 20 y 28) de la idea del Estado *social*, formulada en 1929 por Hermann HELLER (en *Rechtsstaat oder Diktatur?*, 1930, recogida en sus *Gesammelte Schriften*, 1971, t. II, pp. 443 ss.), y tras su desarrollo posterior por los constitucionalistas alemanes, el Estado de Derecho ha adquirido un carácter *material* (social y democrático) que obliga al poder político a actuar en dirección a la efectiva *realización* de la libertad, de la igualdad social y de la democracia (art. 9.2 CE) precisamente para superar el carácter meramente formal que tuvieron en el liberal, pues según la afortunada expresión de GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones sociales del Estado contemporáneo*, 2ª ed., 1985, pp. 26 s., mientras el Estado liberal sólo “asignaba derechos sin mención del contenido (y) se limitaba a asegurar la justicia legal formal”, el social “distribuye bienes jurídicos de contenido material y se extiende a la justicia legal material”.

²⁸⁸ Pues en el Estado liberal, como observa GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones sociales del Estado contemporáneo*, 2ª ed., 1985, p. 27, los “derechos individuales, (el) principio de legalidad, (la) división de poderes, etc.” se instituyeron *precisamente* para *limitar* “la expansión de la acción estatal”, que era el “adversario de los valores burgueses clásicos”.

²⁸⁹ Véase GRACIA MARTÍN, *GA*, 2010, pp. 343 ss.; EL MISMO, *RDPC*, (3), 2010, pp. 58 ss.,

sentido *material* entiendo, en principio, al “sistema” de regulaciones jurídico-penales²⁹⁰ que tienen por objeto la criminalización formal²⁹¹ del *sistema de acción socialmente lesivo*, y por esto ético-socialmente reprobable, *de las clases sociales poderosas*²⁹². Y puesto que, en el presente, la dominación por las clases poderosas de la vida existencial y social de la mayor parte de los individuos tiene lugar principalmente y, de hecho, casi exclusivamente por medio de un ejercicio injusto del poder económico a través de organizaciones y de corporaciones empresariales, los contenidos materiales de ese concepto inicial de Derecho penal moderno tienen que quedar definitivamente reducidos a las regulaciones legales relativas a la criminalidad económica de los *poderosos*, y por lo tanto aquél se define y se identifica total y exclusivamente con el Derecho penal económico y de la empresa en el sentido que desarrollaré en lo que sigue.

6. Una crítica dogmáticamente ciega e inconsistente al concepto de Derecho penal moderno como criminalización primaria de conductas socialmente lesivas de los poderosos

1. También esta concreción y limitación del concepto de Derecho penal moderno al tratamiento jurídico-penal de la criminalidad económica y empresarial de los poderosos ha sido objeto de crítica por PAREDES. Pero como éste, en mi opinión, parece no vislumbrar que se trata de una “primera o inicial” definición global que luego tiene que ser depurada y perfilada definitivamente por medio de ulteriores concreciones, no encuentro nada que sea más adecuado para desarrollar y explicar mi concepto de Derecho penal moderno que hacerlo por medio de una réplica a una crítica que, como la suya, me parece totalmente ciega e infundada desde la perspectiva *dogmática* o de la Ciencia jurídica, que es la decisiva.

2. Según PAREDES, mi concepto de Derecho penal moderno como sistema de tipos penales orientados a la punibilidad de la criminalidad material de los *poderosos* no sería riguroso, sino una mera “figura retórica”, *porque* ciertos delitos “económicos” modernos, en muchos casos, no se aplican precisamente a los poderosos, sino a pequeños comerciantes, a pequeños empresarios, como sucede por ejemplo con el fraude de subvenciones o con las insolvencias punibles²⁹³. Pero una opinión como ésta, en la que se mezcla todo y no se distingue entre lo que es *jurídicamente* bien diferente y desigual –PAREDES mezcla ejemplos nada menos que de tráfico de drogas y de personas!, con ejemplos de fraude de subvenciones y de delitos contra la propiedad intelectual –, revela que así se pasa por alto por lo menos todo esto: 1) que a partir de aquella definición global

²⁹⁰ Y, en un sentido *amplio*, también a las del Derecho sancionador administrativo.

²⁹¹ Es decir, la criminalización primaria en el sentido explicado por ZAFFARONI *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2002, pp. 7 ss.

²⁹² Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 195 s. Sin duda, ésta es también la orientación de Bernd SCHÜNEMANN, como lo pone de relieve claramente el mismo título de una de sus aportaciones fundamentales a la materia; véase SCHÜNEMANN, «Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht. Ein Paradigmawechsel im moralischen Anspruch?», en KÜHNE/MIYAZAWA (eds.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, pp. 16 ss., 19 ss.: “cambio de tendencia del Derecho penal de la clase social baja al Derecho penal de las clases sociales media, media alta y alta” (p. 21).

²⁹³ Véase PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC*, (17), 2006, pp. 462 s., a cuya opinión se adhiere MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PG*, 4ª ed., 2014, p. 93.

inicial, mi concepto definitivo de Derecho penal moderno es uno formulado por medio de un estricto método *jurídico* –que como veremos está de hecho ausente en todas o, al menos, en la mayor parte de las opiniones de PAREDES– y que, por lo tanto, al ser un concepto estrictamente *dogmático* derivado de la “idea” del Derecho, de él tienen que quedar totalmente excluidos fenómenos que, como los mencionados por PAREDES, en principio sólo tienen un significado *criminológico*, y ninguna correspondencia –ni siquiera en ese plano *criminológico*– con los que constituyen el contenido preciso de mi concepto –evidentemente estrictamente *jurídico*– de Derecho penal moderno²⁹⁴; 2) que PAREDES no ha deducido del conjunto de mi discurso –como debiera haber visto, porque ello se encuentra en él de un modo casi totalmente *explícito*–, que mi concepto *jurídico* de Derecho penal moderno reduce a éste *exclusivamente* al Derecho penal *económico* (y de la *empresa*) en sentido estricto, como sector de la Parte especial que se ocupa de la criminalización primaria de las conductas socialmente lesivas únicamente en el ejercicio de la actividad económica y empresarial de los *poderosos*²⁹⁵; 3) que PAREDES tampoco repara en que con la referencia *restrictiva* que hago a la criminalidad *exclusivamente* de los *poderosos* estoy remitiendo en principio únicamente al campo de la realidad *criminológica* prejurídica, como momento previo necesario para poder levantar luego sobre el suelo de ella el edificio *jurídico-dogmático* del concepto de Derecho penal moderno que propongo²⁹⁶; y 4) que además, respecto de todo esto, PAREDES una vez más tampoco se atiene ni a los límites de la interpretación posible de mi texto, ni a la lógica conceptual –en este caso a la clasificatoria y categorial propia del *Derecho* y de la *Ciencia jurídica*–, pues ya de la misma expresión lingüística del concepto de Derecho penal de los *poderosos*²⁹⁷ se tiene que deducir *eo ipso* la exclusión automática de su campo de todo delito, incluso de naturaleza “económica”, que sea cometido por sujetos *no poderosos*, y sin que ello afecte en lo más mínimo a la validez de mi concepto *jurídico* de Derecho penal moderno en el sentido definido²⁹⁸.

²⁹⁴ Sobre la deducción del concepto del Derecho –y por lo tanto el de todo sector particular de éste, como por ejemplo el del Derecho penal económico y de la empresa–, de la “idea” del Derecho, lo cual tiene que llevar a una diferenciación de los fenómenos desiguales para su tratamiento “desigual”, cfr. *infra* 7.4 y 5.

²⁹⁵ Cfr. *infra* 8.

²⁹⁶ Cfr. *infra* 9.

²⁹⁷ SCHÜNEMANN, en KÜHNE/MIYAZAWA (eds.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, *passim*, lo denomina “Derecho penal de la clase alta”.

²⁹⁸ Sobre el carácter clasificatorio de la Ciencia jurídica, véase OPPENHEIM, *Die natürliche Ordnung der Wissenschaften. Grundgesetze der vergleichenden Wissenschaftslehre*, 1926, pp. 117 ss., especialmente, pp. 120 s. y 125 ss.; y RADBRUCH, «Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken», en EL MISMO, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1967, pp. 170 ss. Sobre esto en general, véase DUBBER, «Strafrechtsdogmatik als Botanik», en HEFENDEHL (ed.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitische Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, 2005, pp. 253 s., autor que en su análisis comparado de la Dogmática del Derecho penal alemana con la doctrina penal americana, sugiere la existencia de una cierta semejanza entre la Dogmática y la Botánica y la Zoología, dado que la primera, igual que éstas, sería una Ciencia clasificatoria porque, siguiendo un método *taxonómico*, una de sus tareas principales consiste en asignar a cada elemento de la Dogmática su lugar correcto en la *taxonomía* del Derecho penal, de lo cual resulta que si a un problema se lo “clasifica” correctamente, también se lo resolverá correctamente. Desde el respeto a la lógica conceptual general, y a la jurídica en particular, una afirmación como la de PAREDES sólo puede verse como una desprovista de todo sustento lógico, pues los conceptos clasificatorios –como el mío de Derecho penal moderno– se caracterizan por recortar sectores bien definidos de la realidad que determinan *eo ipso* la total exclusión del concepto clasificatorio de todo aquello que se encuentre fuera del sector de la realidad recortado por él, y es evidente que los no poderosos están absolutamente excluidos *per definitionem* del sector recortado con el concepto y con la expresión lingüística “poderosos”; sobre la lógica conceptual clasificatoria en general véase, por todos, HEMPEL/OPPENHEIM, *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik. Wissenschaftstheoretische Untersuchungen zur Konstitutionsforschung und Psychologie*, 1936, pp. 1 ss., 10 ss., 21

3. Como demostraré en lo que sigue, una objeción como la de PAREDES sólo puede ser vista, pues, como el resultado de sus juicios *no jurídicos*, cuya invalidez resulta de la mezcla que hace de objetos *distintos e inequívocos* —criminalidad económica de poderosos y de no poderosos— en el caos de los planos *extrajurídicos* en que desarrolla toda su crítica, y en su errónea suposición de que yo también habría incurrido en su mismo error, cuando lo cierto es que todas mis propuestas tienen un carácter exclusiva y estrictamente *jurídico-dogmático*, es decir: están exclusivamente formuladas conforme al método jurídico; son por esto de tipo categorial clasificatorio y teleológico, y por esta razón la criminalidad económica de sujetos no poderosos —que sin duda es un fenómeno real con una problemática propia— no puede tener lugar alguno en mi concepto de Derecho penal moderno²⁹⁹. Pues ciertamente es posible —aunque no siempre lo sea— que cuando la realidad fenomenológica se contempla desde puntos de vista extrajurídicos —por ejemplo políticos o sociológicos—, todo en ella parezca igual o semejante, y que así no se pueda distinguir entre lo que, sin embargo, es diferente y desigual desde el punto de vista *jurídico*, el cual debe estar por encima de todos aquellos otros puntos de vista. Tan pronto como nos planteemos la cuestión de la valoración *jurídica* de la realidad previa, ningún punto de vista extrajurídico desde el que pueda contemplarse a la materia de esa realidad puede aportar ya nada más al campo jurídico ni ser jurídicamente funcional, pues es evidente que ahora las únicas herramientas que deben operar y hacerse funcionar adecuadamente son ya exclusivamente las del *Derecho*. Y esto debe ser así porque, tal y como lo advertiera RADBRUCH, sólo por medio del método y de los conceptos jurídicos será posible separar lo jurídicamente esencial de lo inesencial³⁰⁰, y porque sólo así se podrán formular juicios correctos y válidos sobre los sectores diversos de la realidad que se han distinguido y diferenciado *jurídicamente*³⁰¹. Pero como la Ciencia *jurídica* estricta parece estar fuera del horizonte

ss., 44 ss. y *passim*; ya antes OPPENHEIM, *Die natürliche Ordnung der Wissenschaften*, 1926, pp. 71, 77, 81, 99, 204 s., 224, y sobre la lógica conceptual clasificatoria *jurídica* en particular, véanse por todos RADBRUCH, en EL MISMO, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1967, pp. 167 ss., y *passim*; y Arthur KAUFMANN, *Analogie und "Natur der Sache"*, 2ª ed., 1982, pp. 40 ss., 44 ss. y *passim*, quien explica que "el concepto (entendido aquí siempre como concepto general-abstracto, como 'concepto de género', 'clasificador') es cerrado, (pues) conoce sólo el cortante "o esto, o lo otro", el concepto separa, el pensamiento conceptual es 'pensamiento divisorio'" (pp. 47 s.). A la misma conclusión se tiene que llegar desde el punto de vista del respeto de los límites de la hermenéutica gramatical (y semántica) de textos —sobre esto, ahora por todos, véase ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 7ª ed., 1977, pp. 85 ss., y 11ª ed., 2010, pp. 155 ss.—; pues sólo el pensar que en el campo semántico de un concepto expresado con el sintagma "criminalidad de los poderosos" pudiera incluirse un sólo delito cometido por un sujeto "no poderoso", constituye una arbitrariedad sin parangón con la que además se quebranta el respeto del principio de absoluta exclusión entre sí de los juicios opuestos e incompatibles; sobre esto *mutatis mutandis*, Franz BRENTANO, *El origen del conocimiento moral*, 2002, p. 24, que se refiere estrictamente a los juicios morales opuestos.

²⁹⁹ Cfr. de nuevo lo dicho en nota anterior e *infra* 8 y 9.

³⁰⁰ Los juicios y los conceptos jurídicos remiten a la "idea" del Derecho como primer nivel que contiene los *conceptos jurídicos a priori* —equivalentes a los juicios sintéticos *a priori* de las matemáticas y de la física; sobre esto, véase Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1997, pp. 67, 98 ss.—, por medio de los cuales se hace posible ampliar el conocimiento jurídico y concretarlo en conceptos "universales"; sobre ello véase RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 2003, pp. 34 ss., 38 s., donde dice que "sólo cuando contemplamos el caos de los datos reales bajo el punto de vista del concepto jurídico, se separan, como la tierra y el agua por la palabra del creador, lo *jurídico esencial* de lo *jurídicamente inesencial* (p. 39, cursiva mía)]; y Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1997, pp. 17 s., 84 s., 98 ss.; EL MISMO, *Analogie und "Natur der Sache"*, 2ª ed., 1982, pp. 12 ss.; sobre el método específicamente jurídico —dogmático y clasificatorio—, y así sobre las funciones de la Ciencia jurídica, de elaboración "categorial" y "teleológica" del Derecho a partir de —y para realizar— la "idea" del Derecho, véase RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 3ª ed., 1932, pp. 106 ss., especialmente pp. 113 ss.; y Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1997, pp. 98 ss.; y sobre el método jurídico (lógico-objetivo) de la analogía conforme a la naturaleza de la cosa, véase Arthur KAUFMANN, *Analogie und "Natur der Sache"*, 2ª ed., 1982, pp. 18 ss., 29 ss., 44 ss. y *passim*.

³⁰¹ Pues como advertía HENKEL, sólo *qui bene distinguit, bene iudicat* (véase GIMBERNAT, *Estudios de Derecho penal*, 3ª

de proyección de las críticas de PAREDES a mi discurso y a mis conceptos estrictamente jurídicos³⁰², así entonces puede explicarse que no tenga en cuenta que con enunciados *extrajurídicos*, como por ejemplo criminológicos, político criminales, sociológicos, o de todos los tipos y especies de “racionalidades” al uso (instrumentales, políticas, pragmáticas, éticas, morales, etc.) a que constantemente apela como guía de todas sus críticas³⁰³, no puede desvirtuarse en nada a ningún

ed., 1990, p. 217), y es obvio que no distingue bien, y que por ello tampoco juzga bien quien mezcla, confunde e intercambia a los elementos de un fenómeno con los de otro diferente, y subsume así en un mismo concepto designado con un mismo nombre – aquí el de “Derecho penal moderno” – a objetos y fenómenos completamente diferentes y desiguales. Al respecto, ya BACON advirtió con carácter general sobre el grave error de aplicar indiferentemente “un mismo y único nombre a cosas que no son de la misma naturaleza”; véase el resumen que hace FOUCAULT del pensamiento de F. BACON en su *Novum organum* de 1620, del cual me parece apropiado y oportuno reproducir aquí algunos fragmentos del propio BACON y de la glosa de FOUCAULT a los mismos. Según FOUCAULT, *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines*, 1966, p. 65, la crítica de la semejanza en BACON concierne “a los tipos de espíritu y a las formas de ilusión a los que pueden estar sujetos”, de modo que no serían más que “los ídolos de la caverna y los del teatro” los que nos harían “creer que las cosas se asemejan entre sí”, pues – y esta es cita textual de BACON, en FOUCAULT, *op. cit.*, pp. 65 s. – “el espíritu humano se inclina naturalmente a suponer en las cosas un orden y una semejanza mayores de los que en ellas se encuentran; y en tanto que la naturaleza está llena de excepciones y de diferencias, el espíritu ve por doquier armonía, acuerdo y similitud”. Pero esto – ahora según interpreta FOUCAULT, *op. cit.*, p. 66 – no son más que “*ídolos de la tribu*, ficciones espontáneas del espíritu” y “a ellos se añaden – efectos y a veces causas – las confusiones del lenguaje: un mismo y único nombre se aplica indiferentemente a cosas que no son de la misma naturaleza, son los *ídolos del foro*”; estos errores empero – concluye FOUCAULT – “sólo puede disiparlos la prudencia del espíritu, si renuncia a su prisa y a su ligereza natural para hacerse ‘penetrante’ y percibir finalmente las diferencias propias de la naturaleza”. Siguiendo esto, lo que pretendo hacer en el texto que sigue es precisamente “penetrar” en la realidad mediante el método *jurídico* para captar y percibir las evidentes diferencias existentes entre la criminalidad de poderosos y de no poderosos que deben llevar a no mezclarlas y a no confundirlas en mi concepto de Derecho penal moderno en el modo en que, sin embargo, lo hace PAREDES.

³⁰² Cfr. IV.3.c).

³⁰³ Sólo a modo de ejemplo, véase PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC*, (17), 2006, pp. 453 s., donde quiere poner en cuestión la validez o la insuficiencia de mi discurso apelando a todo tipo de criterios y de recursos de todos los campos que son paradigmáticos de la ambigüedad *kat'exohin* y de la subjetividad, como los de las racionalidades moral e instrumental, de la Ética normativa, de la decisión racional, etc. – es decir, apelando a todo menos a lo *jurídico* –, y despacha su crítica con la obviedad de que yo tendría que demostrar la validez de mi discurso enfrentándome a problemas como los de la teoría del bien jurídico, del principio de proporcionalidad, de los principios de subsidiariedad y de fragmentariedad, etc. Sin embargo: 1) que esto último es lo que sin duda debe de hacerse, resulta como he dicho una obviedad; 2) en un ensayo meramente programático empero no podía ni siquiera esbozar una construcción relativa a todas esas cuestiones; y 3) aún tiene que ser más obvio que cuando me disponga a llevar a cabo y a desarrollar cualquiera de esas cuestiones, si de algo puede estar seguro PAREDES es de que lo haré con el método *jurídico* que de hecho, sin embargo, está casi totalmente ausente en su discurso crítico, tal y como ya lo he hecho con posterioridad a su reseña – todavía de un modo incompleto – con la cuestión del concepto de bien jurídico colectivo en GRACIA MARTÍN, *GA*, 2010, pp. 339 ss., 345 ss.; y EL MISMO, *RDPC*, (3), 2010, pp. 52 ss., 62 ss., y como lo voy a hacer en lo que sigue en relación con el concepto de Derecho penal moderno en respuesta a su crítica no jurídica. Por lo demás, en el mismo lugar PAREDES CASTAÑÓN (*RDPC*, (17), 2006, nota 14 de p. 453) remite al “completo programa de investigación en política criminal” que propuso en «Los delitos de peligro como técnicas de incriminación en el Derecho penal económico», *RDPC*, (11), 2003, pp. 95 ss., en relación con las cuestiones a las que dice que debo enfrentarme. A este respecto, aquí quiero dejar constancia únicamente de que dicho programa – que conozco detenidamente – contiene sin duda propuestas valiosas que no pueden dejar de ser tenidas en cuenta, *pero en su justo lugar*, es decir, nada más que con el valor que puede darse a cualquier propuesta o programa de carácter *político-criminal* o de otra especie (moral, de ética normativa, pragmático, etc.), el cual no puede pasar de ser uno con función *accesoria* o *auxiliar* – lo cual, insisto, no le resta importancia – para la *Dogmática* jurídica general y para la jurídica-penal en particular. Con esto quiero decir, ni más ni menos, que es PAREDES quien tiene que demostrar si todo ese programa *extrajurídico* que presenta es susceptible de pasar los filtros de la *Ciencia jurídica*, y que para ello – y ahora soy yo quien le propongo la misma obviedad que él a mí – tendrá que enfrentarse a la problemática de todas las cuestiones implicadas que él menciona con los instrumentos de la *Ciencia del Derecho*, es decir, con los de la *Dogmática* jurídica, y no con otros distintos. De momento, y para poner solo un ejemplo, me limito a decir aquí que una teoría *jurídica* del bien jurídico no aguanta mínimamente ningún concepto de bien

concepto ni enunciado puramente *jurídicos*, como lo son sin ninguna duda todos los que constituyen la espina dorsal de mi discurso, y que PAREDES pretende desvirtuar con argumentos extrajurídicos³⁰⁴, empero sin el menor éxito. En lo que sigue, y asumiendo el riesgo que conlleva la “brevedad” argumentativa en relación con cuestiones importantes y complejas, intentaré explicar mediante aproximaciones sucesivas mi concepto “jurídico” de Derecho penal moderno, que, como ya queda anticipado, se extiende *exclusivamente* a la criminalidad económica y empresarial de los poderosos y, por lo tanto, excluye de él absolutamente a toda criminalidad de sujetos no poderosos, y por supuesto también a otros fenómenos con que algunos han querido relacionarlo sin el menor fundamento³⁰⁵. Finalmente procederé a la construcción del “sistema” desde luego de acuerdo – porque no podría ser de otro modo – con la que PAREDES llama “venerable” teoría del delito, que según él, como ya vimos, podría ser “inoperante” para hacer frente a determinados fenómenos actuales, y que, por eso, también según él, tendría que ser modificada y sustituida por una Política criminal adecuada.

7. Excurso: presupuestos metodológicos y dogmáticos para la construcción del sistema del Derecho penal económico y empresarial de los poderosos

1. Para explicar el método de construcción del concepto de *Derecho* penal moderno como sector del Derecho penal que tiene por objeto exclusivamente a la criminalidad económica y empresarial de individuos poderosos, y para mostrar cómo el sistema de aquél excluye a toda la criminalidad de

jurídico-penal, es decir, no aguanta la diferenciación entre bien jurídico y bien *jurídico-penal* que pretende hacer valer PAREDES CASTAÑÓN («Los delitos de peligro como técnicas de incriminación en el Derecho penal económico», *RDPC*, (11), 2003, pp. 112 ss.). Y no la aguanta, entre otras razones, porque un concepto de bien *jurídico-penal* – aparte de que ni siquiera puede ser construido sin graves contradicciones lógico-formales y lógico-materiales – haría completamente inútil y superfluo al principio de subsidiariedad y también dejaría un margen muy estrecho – prácticamente insignificante – para el de fragmentariedad del Derecho penal; sobre ello, por todos, ZAFFARONI *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2002, pp. 128 ss., 486 ss.; y EL MISMO, *Foro FICP*, (2), 2015, pp. 9 ss.

³⁰⁴ Pero con un modo de proceder así, se “arruina” al *Derecho* (a la Dogmática), se provoca su “demolición”, se “desmantela” su fortaleza o se la estraga en el modo en que lo ha hecho el sociologismo (así, literal y contundentemente, QUINTANO RIPOLLÉS, *ADPCP*, (10), 1957, pp. 284, 285, 289, 290, y *passim*), y esto es así, bien *porque* se elimina el método jurídico “para caer en el puro discurso político” (así ZAFFARONI, en EL MISMO, *En torno a la cuestión criminal*, 2005, p. 75), o bien *porque* sólo se “maquilla(n) productos” político-criminales carentes de contenido jurídico-dogmático (así SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 3ª ed., 2011, p. 208). Véase además, de nuevo, la nota anterior *in fine*. Al respecto, me parece oportuno y adecuado recordar la observación de GARCÍA AMADO en relación con la temática de la que debe ocuparse la Filosofía del Derecho, porque *mutatis mutandis* sería plenamente extrapolable a la temática de la que debe ocuparse la Dogmática jurídico-penal. Según GARCÍA AMADO, «La Filosofía del Derecho en España hoy. Un balance pesimista», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (44), 2010, p. 535, la Filosofía del *Derecho* debe ocuparse antes que nada de la “teoría de las normas *jurídicas*, identificándolas y diferenciándolas por sus notas estructurales”, y examinar “en qué se diferencian las normas jurídicas de las de otros órdenes”, pero esto último “no como disculpa para dedicarnos a las de otros órdenes que nos sean más gratos o nos procuren atajos para nuestra personal salvación, sino haciendo seriamente teoría de la validez y la eficacia de las normas jurídicas”. Esto, desde luego, para nada excluye examinar también aspectos como los de la “justicia o moralidad de las normas del Derecho positivo”, pero de igual modo que sucede con otros diversos aspectos extrajurídicos, *en sus justos términos*, porque como bien dice GARCÍA AMADO (*loc. cit.*), “lo primero es lo primero, y lo complementario, aun teniendo su relieve, no puede desplazar a lo central” (la cursiva es mía).

³⁰⁵ Como sucede por ejemplo con la infundada interpretación de Díez RIPOLLÉS, en el sentido de que mi discurso de modernización –y también el de SILVA– extendería desde él mismo algo así como una especie de correa de transmisión a través de la cual trasvasaría contenidos “antigarantistas” al llamado Derecho penal de la seguridad ciudadana; véase mi réplica a esta interpretación *supra* en 5.5.

individuos no poderosos, aunque ésta tenga formalmente un carácter económico por razón del desvalor de la acción o del resultado³⁰⁶, hay que tener en cuenta que aquella construcción se lleva a cabo lógicamente conforme al método jurídico-dogmático, y que la misma no difiere en nada de la del sistema general de la teoría del delito, porque no es más que el resultado de una *concreción* de las categorías jurídico-penales en el objeto *real* específico de la criminalidad económica, que tendrá que operar y funcionar luego como teoría *jurídico-dogmática* del delito económico empresarial de los poderosos. Por ello, es preciso tener en cuenta algunos puntos arquimédicos del método de construcción jurídica en general y de la jurídico-penal en particular.

2. El Derecho en general es la invención humana de una ordenación de la realidad del mundo previamente existente y dado a él, con el fin de hacerlo funcionar luego efectivamente como orden *social*, es decir, en un modo ordenado que no da ni ofrece la naturaleza por sí misma, pero que se piensa a partir de la “idea” del Derecho como absolutamente necesario para asegurar la supervivencia de los seres humanos y de la especie³⁰⁷, y al cual luego se le dan unos contenidos concretos y determinados que *deben ser y realizarse* así porque ellos, a su vez, también se piensan como la condición primaria de la posibilidad de que el acontecer social y político de la comunidad y, en definitiva, la existencia y la vida de los seres humanos, cursen realmente de un modo conforme con aquella idea — y con el fin— del Derecho³⁰⁸. Pero así, de esta primera y suprema premisa ideal, tienen que resultar luego por sí mismas otras dos de carácter epistemológico, y por lo tanto con fuerza vinculante para la Ciencia y para la práctica jurídicas, en primera instancia en el plano de la lógica formal. La primera es que todos los conceptos del Derecho, en tanto que conceptos del *deber ser jurídico* conforme a la idea del Derecho, tienen que ser por fuerza, y sin excepción, conceptos valorativos, y por esto *normativos*³⁰⁹. Ahora bien: si el Derecho, como queda dicho, tiene que ordenar la realidad del mundo previamente dada para que luego éste pueda funcionar socialmente en un modo que *debe ser*; y si aquél lleva a cabo la ordenación de ese mundo real con que se encuentra por medio precisamente de sus conceptos

³⁰⁶ Sobre esto, cfr. *infra* 9.1.

³⁰⁷ Como recuerda SABINE, la ciencia nos permite hoy describir al ser humano con un alto grado de exactitud como miembro del reino animal en el orden de los primates que, al igual que el resto de los seres vivos, se enfrenta constantemente al reto de su supervivencia; y sólo podemos pretender vencer y superar semejante reto con éxito por medio de nuestra adaptación a las condiciones de vida en la Tierra con nuestro propio esfuerzo. Y precisamente todos nuestros modos de organización política y jurídica, todas las instituciones que hemos fundado y configurado de las más diversas maneras, no se pueden explicar —afirma con razón SABINE— más que como creaciones e invenciones nuestras como medios y modos de adaptarnos a las condiciones de vida en la Tierra para superar así el reto de nuestra supervivencia; véase SABINE, *Historia de la teoría política*, 3ª ed., 1994, p. 19; sobre todo esto, véase además, desde el punto de vista antropológico, HARRIS, *Introducción a la Antropología general*, 7ª ed., 2009, pp. 43 ss., 65 ss.; y sobre el Derecho como producto exclusivamente humano (espiritual y cultural), véase HENKEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 1968, pp. 28 ss.; RECASENS SICHES, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 19ª ed., 2008, pp. 71 ss., 108 ss., 153 ss.

³⁰⁸ Sobre el carácter necesario de “alguna” ordenación del obrar ético-social, como presupuesto de posibilidad de todo orden social, independientemente de los contenidos concretos del orden, véase WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 1971, pp. 251 s., 253 s., 266; y sobre la idea de *ordenación* de la vida humana en común, como consubstancial a la idea del Derecho, y por ello deducible *a priori* de ésta, véase RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 2003, pp. 37 ss.

³⁰⁹ Son normativos incluso los llamados elementos “descriptivos”, pues como advierten con razón BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 11ª ed., 2003, p. 113 n° 17, para el caso particular de los elementos del tipo, también los llamados elementos descriptivos han sido objeto de una valoración y, por esto, en cuanto “elementos del tipo” tienen que ser vistos como elementos normativos.

normativos de deber ser jurídico, a los cuales a su vez también ordena en un sistema³¹⁰; de todo esto tiene que resultar por sí mismo —y esta es la segunda premisa epistemológica derivada de la idea del Derecho— que ningún concepto jurídico puede estar vacío de contenido empírico, es decir, no puede carecer de objeto *real*³¹¹, y esto por la simple razón de que todo concepto jurídico debe resultar de una previa transformación o conversión de una realidad prejurídica determinada en “materia jurídica” pura, y esto sólo puede tener lugar por medio —y como resultado— de la *valoración jurídica* de aquella realidad prejurídica en correspondencia con la idea del Derecho³¹².

3. Conforme a lo dicho, toda categoría y todo concepto jurídicos, en tanto que normativos, se forman en virtud de una síntesis o fusión de un substrato u objeto real empírico con su valoración jurídica³¹³, y por eso su estructura está compuesta, analíticamente, de un “objeto de la valoración” y de la “valoración del objeto”³¹⁴. Los objetos de las valoraciones son siempre entes de la realidad *prejurídica*, y en el Derecho, las valoraciones de los objetos derivan en última instancia de la “idea” del Derecho. Así pues, el contenido de todo concepto jurídico siempre está integrado por el sector de las circunstancias de la realidad (objeto de la valoración) que hayan sido seleccionadas (recortadas)³¹⁵ a partir del valor jurídico de referencia, mientras que las que no hayan sido seleccionadas quedarán fuera del concepto incluso aunque en la realidad prejurídica formen parte del mismo objeto real que las seleccionadas y se muestren unidas a éstas en dicha realidad prejurídica, pues, como advertiera HIRSCH, por razones materiales —esto es, valorativas o axiológicas— puede justificarse “una divergencia en la construcción jurídica de conceptos con respecto a lo que se encuentra en la

³¹⁰ Al respecto véase solo RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 2003, pp. 106 ss., especialmente pp. 113 ss.; y Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1997, pp. 98 ss.

³¹¹ Así, véase ya BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa y finalidad*, 1965, pp. 58 ss.; ZAFFARONI *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2002, p. 387: “no hay saber humano que no proceda *pescando* sus datos del mundo”; y SCHÜNEMANN, «El propio sistema de la teoría del delito», *InDret*, (1), 2008, p. 13: “cada valoración tiene sentido lógico sólo si está en conexión con un objeto que debe ser valorado”; EL MISMO, «La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal», en VV.AA., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2000, p. 656: “una valoración no existe por sí misma, sino siempre en relación con un supuesto de hecho que está siendo valorado”; y EL MISMO, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 36 s.: “los conceptos son secundarios y sólo un medio para la comunicación de *qué sector de la realidad se quiere abordar*” (cursivas mías).

³¹² Véase sólo RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 2003, pp. 114 s.; y sobre la relación de determinabilidad de la idea por la materia y de ésta por la idea (dualismo metódico), véase EL MISMO, *op. cit.*, pp. 14 s., 38; y además, EL MISMO, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, 1960, pp. 16 s., y ROXIN, *GS-Radbruch*, 1968, pp. 261 ss., *passim*.

³¹³ Porque como advertió WELZEL, «Naturanrecht und Rechtspositivismus», en EL MISMO, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, p. 286, “en el Derecho lo fáctico está vinculado con lo normativo de un modo esencial”; y en concreto en el Derecho penal, como afirma HIRSCH, «Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel», en *Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten*, 1999, p. 65 (= «El desarrollo de la Dogmática penal después de Welzel», en *Obras Completas*, t. I, 1999, p. 19), el objeto de aquél solo puede y “tiene de hecho que descubrirse con la mirada puesta en [sus] *finés* y en [sus] *valoraciones*”; véase también, GRACIA MARTÍN, «Prólogo», en M^a Ángeles RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2001, pp. 22 s., 24 ss., 32 s.; EL MISMO, *RECPC*, (6), 2004, pp. 6 s.; Georg KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, 1990, pp. 31 s., 40 s.; STICHT, *Sachlogik als Naturrecht?*, 2000, pp. 90 ss.; SCHÜNEMANN, en VV.AA., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2000, pp. 654 ss., 660 ss.; EL MISMO, *FS-Roxin*, 2001, pp. 23 ss.

³¹⁴ Como es sabido, la importante distinción metodológica entre “objeto de la valoración” y “valoración del objeto” la hizo operativa en relación con el juicio normativo de culpabilidad, y fructífera para la construcción dogmática del delito, GRAF ZU DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., 1950, pp. 22, 40 (1ª ed. de 1935).

³¹⁵ Véase en este sentido ZAFFARONI *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2002, p. 415: “se *pescan* pedazos del ser, se *recortan*” (cursivas del mismo autor citado); también SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 36 ss.

realidad”³¹⁶. Y esto es así porque, como nos advierte RADBRUCH, “cuando contemplamos el caos de los datos reales *bajo el punto de vista del concepto jurídico*, se separan, como la tierra y el agua por la palabra del creador, lo *jurídico esencial* de lo *jurídicamente inesencial*”³¹⁷. En definitiva, por medio de las valoraciones jurídicas de los objetos de la realidad (prejurídicos) que interesan al Derecho, éstos son convertidos en objetos del Derecho que constituyen el contenido material de los conceptos jurídicos formales resultantes de aquellas valoraciones de los objetos. De nuevo con palabras de RADBRUCH: “con los conceptos jurídicos relevantes, la construcción conceptual jurídica se apoya en conceptos precientíficos; la materia de la Ciencia jurídica no es el conjunto amorfo de datos, sino una realidad previamente formada por conceptos precientíficos o científicos extrajurídicos”, y por esto mismo “la Ciencia del Derecho es en gran parte elaboración conceptual de segundo grado que debe sus conceptos a una previa elaboración científica extrajurídica”, y sin embargo debe estar “claro que la Ciencia del Derecho no adopta a ningún concepto científico extrajurídico *sin transformarlo* al mismo tiempo”³¹⁸.

4. La Ciencia jurídica –la Dogmática– es clasificatoria y teleológica. Elabora y construye sus conceptos con el *fin* de realizar por medio de ellos la idea del Derecho, y puesto que la *igualdad* – el tratamiento igual de lo que es igual y desigual de lo desigual – es consubstancial a la idea del Derecho³¹⁹, para poder hacerla real y efectivamente como *debe ser*, los conceptos jurídicos *diferencian* y *clasifican* a la materia jurídica en órdenes, clases, especies, etc.³²⁰. Sin embargo, dado que la materia jurídica es normativa, los conceptos jurídicos no pueden recortarla y aprehenderla de un modo absoluto y puramente clasificatorio. Como observa RADBRUCH, los conceptos clasificatorios están compuestos de elementos cuya existencia sólo cabe o afirmar o negar – y así o se verifica, o

³¹⁶ Véase HIRSCH, «Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ZStW 94 1982», en *Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten*, 1999, p. 352 (= «La disputa sobre la teoría de la acción y de lo injusto, especialmente en su reflejo en la Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», en *Obras Completas*, t. II, 2000, p. 105). Aquí en concreto se refiere HIRSCH a que no está justificada por razones materiales la escisión de la estructura “real” prejurídica de la acción para formar un “concepto” de acción integrado solo con la parte objetiva o externa de aquélla. Sin embargo, por razones materiales, el concepto de acción sí resulta de un recorte de la dirección *externa* de la voluntad que se efectúa en el objeto real unitario más amplio al que pertenece, porque sólo aquella parte es relevante desde el punto de vista del valor de referencia de lo “injusto”, que es el que aquí entra en consideración, y por eso el recorte deja fuera del concepto de acción a la parte del objeto real relativa al proceso *interno* de formación de la voluntad, el cual sólo interesa desde el valor de referencia de la culpabilidad; cfr. en sentido similar ZAFFARONI *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2002, pp. 414 s.

³¹⁷ Véase RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 2003, pp. 34 ss., 38 s., correspondiendo la cita a p. 39 (cursiva mía).

³¹⁸ Véase RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 2003, pp. 114 s.

³¹⁹ Véase RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 2003, pp. 34 ss. Como advierte Arthur KAUFMANN, *Analogie und “Natur der Sache”*, 2ª ed., 1982, pp. 10 s., una “norma” es un criterio o una pauta “para el tratamiento de lo igual y para evitar la arbitrariedad”.

³²⁰ Sobre el método específicamente jurídico –dogmático y clasificatorio–, y así sobre las funciones de la Ciencia jurídica, de elaboración “categorial” y “teleológica” del Derecho a partir de –y para realizar– la “idea” del Derecho, véase RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 2003, pp. 106 ss., especialmente pp. 113 ss.; y Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1997, pp. 98 ss. Sobre el carácter clasificatorio de la Ciencia jurídica, véase OPPENHEIM, *Die natürliche Ordnung der Wissenschaften*, 1926, pp. 117 ss., especialmente, pp. 120 s. y 125 ss.; y RADBRUCH, en EL MISMO, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1967, pp. 170 ss. En su análisis comparado de la Dogmática del Derecho penal alemana con la doctrina penal americana, DUBBER, en HEFENDEHL (ed.), *Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, 2005, pp. 253 s., sugiere la existencia de una cierta semejanza entre la Dogmática y la Botánica y la Zoología, dado que la primera sería una Ciencia clasificatoria que al igual que aquéllas, siguiendo un método *taxonómico*, asigna a cada elemento de la Dogmática su lugar correcto en la *taxonomía* del Derecho penal, de lo cual resulta que si a un problema se lo “clasifica” correctamente, también se lo resolverá correctamente.

se niega el concepto mismo — en relación con un fenómeno individual³²¹, y en palabras de Arthur KAUFMANN, “el concepto (entendido aquí siempre como concepto general-abstracto, como ‘concepto de género’, ‘clasificador’) es cerrado, (pues) conoce sólo el cortante “o esto, o lo otro”, el concepto separa, el pensamiento conceptual es ‘pensamiento divisorio’”³²². Así, un concepto clasificador puro es, por ejemplo, el de triángulo, pues todo polígono individual que tenga tres lados “será” tal sin que haya otra posibilidad, y todos los que no tengan tres lados, “no lo serán” en absoluto. Pero en el Derecho no hay conceptos clasificatorios puros, porque los conceptos jurídicos, además de clasificatorios, son también ordenadores o tipológicos³²³. La idea del Derecho es “abstracta general”, y la materia jurídica que hay que determinar a partir de aquélla se compone de situaciones vitales de *sentido* a las que se atribuyen los valores de la idea del Derecho, pero dichas situaciones vitales comprenden multitud de casos individuales, cada uno de los cuales *diferente* en su individualidad. Por esta razón, para que la “idea” del Derecho pueda realizarse en todos y en cada uno de los casos individuales es preciso *concretarla* antes mediante la descripción de “modelos abstractos” en que puedan luego subsumirse los diferentes casos individuales del acontecer real. En rigor, estos modelos no pueden ser “definidos”. Sólo pueden “describirse” de un modo abstracto los caracteres esenciales que desde un punto de vista previamente determinado afloran y se muestran comunes a toda una multiplicidad de casos individuales reales y que, por esto, hacen a todos ellos “semejantes”, es decir, jurídicamente equiparables con el efecto de su igual tratamiento. La mayor parte de los conceptos jurídicos, pues, son “ordenadores” y se describen como “tipos” (conceptos tipológicos). Como describe RADBRUCH, los conceptos ordenadores están formados por propiedades “graduables” que se pueden atribuir a variados y diversos objetos, y a cada uno en “mayor o en menor grado”³²⁴, y según Arthur KAUFMANN, “el tipo (el ‘concepto de orden’, el ‘concepto de función’, el ‘concepto de sentido’), por el contrario, se acomoda al ‘más o menos’ de la variada realidad”, y, por esto, en un tipo no se puede subsumir como en un concepto, sino sólo “coordinar un hecho concreto en mayor o en menor grado”, es decir, “ponerlo en correspondencia con él”³²⁵. Por todo lo dicho, la gran mayoría de los conceptos jurídicos categoriales y teleológicos son a la vez *clasificatorios* y *tipológicos*, sin que sea posible separar estos dos caracteres al uno del otro más que a efectos meramente explicativos o expositivos, porque en el proceso de construcción del concepto jurídico, y luego finalmente en el ser operativo y funcional

³²¹ Véase RADBRUCH, en EL MISMO, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1967, p. 167.

³²² Véase Arthur KAUFMANN, *Analogie und “Natur der Sache”*, 2ª ed., 1982, pp. 40 ss., 44 ss. y para la cita pp. 47 s. Sobre la lógica conceptual clasificatoria en general véase, por todos, HEMPEL/OPPENHEIM, *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik*, 1936, pp. 1 ss., 10 ss., 21 ss., 44 ss. y *passim*; ya antes OPPENHEIM, *Die natürliche Ordnung der Wissenschaften*, 1926, pp. 71, 77, 81, 99, 204 s., 224, y sobre la lógica conceptual clasificatoria *jurídica* en particular, véanse por todos RADBRUCH, en EL MISMO, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1967, pp. 167 ss., y *passim*.

³²³ Sobre la distinción y la relación entre conceptos clasificatorios y ordenadores — tipológicos — en general, véase la obra fundamental de HEMPEL/OPPENHEIM, *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik*, 1936, pp. 1 ss., 10 ss., 21 ss., 44 ss. y *passim*; y ya antes OPPENHEIM, *Die natürliche Ordnung der Wissenschaften*, 1926, pp. 71, 77, 81, 99, 204 s., 224; sobre la distinción en la Ciencia jurídica en general, y respecto de los elementos del delito, véase RADBRUCH, en EL MISMO, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1967, pp. 167 ss.; además Arthur KAUFMANN, *Analogie und “Natur der Sache”*, 2ª ed., 1982, pp. 40 ss., 44 ss.; EL MISMO, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1997, pp. 91 s., 124 ss., 127 ss.

³²⁴ Véase RADBRUCH, en EL MISMO, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1967, p. 167.

³²⁵ Véase Arthur KAUFMANN, *Analogie und “Natur der Sache”*, 2ª ed., 1982, pp. 47 s.; véase además EL MISMO, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1997, pp. 91 s., 124 ss., 127 ss.

del concepto, ambos caracteres —el clasificatorio y el tipológico— se muestran inseparablemente unidos.

5. Si a la idea del Derecho le es consubstancial la de igualdad y si, como queda dicho, para poder realizarla la Ciencia jurídica debe determinar la materia jurídica a partir de ella mediante conceptos categoriales y teleológicos, en el sentido explicado de “tipos” que la ordenan y la clasifican y que así en definitiva la diferencian para tratar igualmente a lo igual y desigualmente a lo desigual, entonces esta forma de creación del Derecho mediante su concreción en tipos sólo puede llevarse a cabo con el método de la *analogía*³²⁶. La idea rectora de la igualdad tiene que llevar a que los tipos jurídicos se formen estableciendo correspondencias o semejanzas entre una pluralidad de objetos diversos a partir de un punto de vista valorativo previo y determinado por aquella idea, y tales semejanzas sólo pueden resultar de una comparación de los objetos diversos desde el punto de vista previo. No obstante, los puntos de vista previos pueden ser de sentidos diversos en función, por un lado, del interés que motive a adoptar uno determinado, y, por otro, de la “idea” a partir de la cual o en referencia a la cual se adopta uno determinado. El sentido del punto de vista determinado adoptado condiciona a su vez la clase y la forma de la semejanza entre los objetos que se relacionan en referencia a él. Epistemológicamente hay distintas “figuras de la semejanza”. *Convenientia* es la semejanza que se establece entre objetos diferentes sólo por su “proximidad”, como por ejemplo entre un ciervo y las hojas de los árboles que se le enredan en la cornamenta. *Aemulatio* es la que se establece entre objetos distintos, y además distantes, que se “imitan” entre sí (*imitatio*), como por ejemplo entre las estrellas del cielo y las luces de una ciudad divisada por la noche desde una cierta lejanía. *Analogía* es la semejanza que se establece entre objetos diversos por la “identidad” de sus proporciones o de sus propiedades materiales en relación con algo determinado, como por ejemplo entre una tijera y un cortaúñas o entre una firma autógrafa y una digital³²⁷. Como puede verse, en las dos primeras figuras la semejanza entre los objetos relacionados es sólo formal y metafórica, pero no es real, porque en ellos no existe ni una sola propiedad *material* común, y, por esto, no tiene consecuencias prácticas. Por el contrario, la semejanza ligada *per analogiam* sí es real, pues todos y cada uno de los objetos comparados tienen al menos un elemento material relevante y esencial que se muestra idéntico desde el punto de vista valorativo previo, y por esto la relación de correspondencia analógica habilita para dispensar un tratamiento igual a todos los objetos *análogos*. Para la creación de Derecho mediante la concreción de su idea en tipos solamente son válidas las semejanzas ligadas *per analogiam*, porque sólo éstas hacen corresponder a los objetos análogos (típicos) en el deber ser jurídico. Como demostrara

³²⁶ Sobre el método jurídico (lógico-objetivo) de la analogía conforme a la naturaleza de la cosa, véase Arthur KAUFMANN, *Analogie und “Natur der Sache”*, 2ª ed., 1982, pp. 18 ss., 29 ss., 44 ss. y *passim*. En particular sobre el carácter *analógico* del Derecho, en el sentido de que éste solo puede crearse y concretarse estableciendo correspondencias objetivas *per analogiam* entre el “deber ser” y el “ser”, es decir, entre el concepto jurídico normativo y su contenido objetivo, entre la valoración del objeto y el objeto de la valoración, véase EL MISMO, *op. cit.*, pp. 18 ss., donde advierte que “la norma, como un deber ser, en absoluto puede producir a partir de sí misma Derecho real”, sino que para esto “hay que añadir un correspondiente del ser (*ein Seinshaftes*)”, porque “sólo se origina Derecho real allí donde norma y situación vital concreta, es decir, deber ser y ser, son puestos en correspondencia el uno con el otro”, y por esto “Derecho es la correspondencia del deber ser y del ser” y “correspondencia significa *analogía*” (p. 18).

³²⁷ Sobre las “figuras de la semejanza” (epistemológicas), véase FOUCAULT, *Les mots et les choses*, 1966, pp. 32 ss., donde añade a las mencionadas en el texto la de la *simpatía*.

Arthur KAUFMANN, únicamente *la analogía* es apropiada para la construcción jurídica y para la producción de auténtico conocimiento jurídico, pues “sin concordancia, esto es, en la completa heterogeneidad y total falta de reciprocidad de las cosas, no existiría ninguna posibilidad de comparación ni, con esto, de conocimiento”³²⁸. La semejanza propia de la analogía la proporciona la naturaleza de la cosa; *la analogía entis* resultante de la naturaleza de las cosas hace corresponder a los objetos análogos en la misma *ratio iuris* o “identidad de razón”, es decir, con el valor de referencia previo (*analogía iuris*)³²⁹; esta correspondencia habilita para la equiparación de los entes análogos, ahora ya en el plano del deber ser *jurídico*, y para su tratamiento jurídico como *iguales* en la *proporción* de su semejanza³³⁰, y a la vez desautoriza someter a los objetos diferentes a ese régimen jurídico aunque entre éstos y aquéllos pudieran establecerse aquellas otras semejanzas *per convenientia, aut aemulatio vel simpatia*.

6. La creación del Derecho mediante su concreción en tipos formados mediante el establecimiento de analogías en las cosas a partir de los valores jurídicos de referencia que entran en consideración para cada sector de la realidad, hace de la Ciencia jurídica, como se dijo, una Ciencia clasificatoria y diferenciadora, y por eso la dotación –y luego el uso– de una nomenclatura jurídica precisa

³²⁸ Véase Arthur KAUFMANN, *Analogie und “Natur der Sache”*, 2ª ed., 1982, *passim*, especialmente pp. 21 ss., y para la cita p. 22; véase también en el mismo sentido, y para el caso de la identidad entre acción y omisión, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, p. 232, donde habla de la necesidad de que entre los términos a comparar –en su caso la acción y la omisión– exista una “comunidad” [sc.; identidad] previa”; y en general, SCHÜNEMANN, «Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt bei der Rechtsanwendung, von Ober- und Untersatz im Justizsyllogismus und von Rechts- und Tatfrage im Prozeßrecht», *FS-Arthur Kaufmann*, 1993, pp. 312 s.; en el mismo sentido me he pronunciado también para la identidad entre la acción y la omisión, véase GRACIA MARTÍN, en DIEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, 1993, pp. 78 ss.; EL MISMO, «La comisión por omisión en el Derecho penal español», en GIMBERNAT ORDEIG (dir.), *La comisión por omisión*, 1994, pp. 82 ss.; y más recientemente, EL MISMO, «Prólogo», en Mª Ángeles RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión?*, pp. 23 ss.

³²⁹ Pues las mismas propiedades intrínsecas y la estructura misma de los objetos reales que se pretende valorar limitan ya de un modo lógico el campo de las valoraciones que son *posibles* respecto de él; véase sobre esto GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de Dogmática penal*, 2006, pp. 79 ss. Según WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 1971, p. 256, “la caracterización de los contenidos del deber ser como ensayos de interpretación del sentido de la existencia no significa identificarlos con el ‘capricho’ individual o entregarlos al ‘arbitrio’ de los grupos humanos, (pues) a las estructuras de sentido les son trazadas fronteras inmanentes (...) no sólo por el carácter de la llamada del deber ser, sino también por las estructuras ónticas a interpretar”, y entonces, porque “todos los valores son valores regionales, el objeto de la valoración deslinda también la posibilidad de determinadas valoraciones”; véase además WELZEL, «Kausalität und Handlung», en EL MISMO, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, pp. 9 s. En el mismo sentido SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, p. 37, donde ilustra al respecto con un ejemplo muy claro: una silla se puede someter a la valoración (jurídica) que determina el régimen jurídico de las “cosas muebles” de modo idéntico a como se somete a ella una mesa; sin embargo, observa SCHÜNEMANN con razón, “no es admisible someter las sillas a las reglas sobre la capacidad negocial de las *personas*, porque la silla carece de la capacidad óntica de realizar acciones voluntarias que es *necesaria* para ello”. Así pues, si adoptamos el punto de vista valorativo desde el que se determina el concepto de bienes muebles, una silla y una mesa son objetos análogos, pero si adoptamos el que determina la capacidad negocial, es evidente que entre la silla y las personas no existe ni un solo elemento de analogía.

³³⁰ Sobre esto, véase sólo la magistral exposición, a la que difícilmente se podría añadir algo nuevo, de Arthur KAUFMANN, *Analogie und “Natur der Sache”*, 2ª ed., 1982, pp. 18 ss., 26 ss. y *passim*, que se puede resumir en su apodíctica sentencia de que “Derecho es la correspondencia de deber ser y ser” (p. 18); EL MISMO, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1997, pp. 152 ss., 156 s.; y véanse las también magistrales enseñanzas de Joseph ESSER –enfocadas al Derecho privado– sobre el que denomina como “método de la comparación funcional”; véase Joseph ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, 1961, pp. 40 ss., 130 ss. y 442 ss. en general, y específicamente sobre la comparación funcional en referencia a los “principios estructurales”, véase EL MISMO, *op. cit.*, pp. 40 ss., 430 ss., 448 ss., 453 ss. y 469 ss.

tiene la máxima trascendencia para la realización de la idea del Derecho como *ordenación* de la vida en común, y para que el acontecer real de dicha ordenación curse en el modo *justo* que es consubstancial a aquella idea, es decir, de conformidad con las exigencias del principio de igualdad, y no arbitrariamente³³¹. Como afirma DELGADO ECHEVERRÍA, en el metalenguaje de los juristas “sin palabra adecuada no hay concepto preciso”³³², y como dice SCHÜNEMANN, si “la lengua es el medio no sólo de la Ciencia jurídica, sino también del Derecho mismo”, entonces “toda errónea nomenclatura será también un error sobre las cosas”³³³ que dará lugar a un tratamiento arbitrario de éstas, pues de la “prohibición de la arbitrariedad” forman parte “(1.) la prohibición de tratar igual a lo que es evidentemente desigual, y (2.) el respeto de las reglas de la Lógica, por encima de las cuales no está el legislador igual que César tampoco lo está por sobre las de la

³³¹ Sobre los peligros de extensión ilimitada de los conceptos jurídicos en virtud de su arbitraria construcción al margen de la analogía, véase PHILIPPS, «Endliche Rechtsbegriffe mit unendlichen Grenzen», en SCHWEIGHOFER *et al.* (eds.), *Effizienz von e-Lösungen in Staat und Gesellschaft. Aktuelle Fragen der Rechtsinformatik Tagungsband des 8. Internationalen Rechtsinformatik Symposions IRIS 2005*, 2005, pp. 91 ss.

³³² Véase DELGADO ECHEVERRÍA, *El vigor de las leyes*, 2013, pp. 11 s., quien advierte, con razón, que “en ocasiones, habrá que estipular sentidos técnicos de términos de uso común”, pero también que “en ciertos casos, se (tenga que crear) un término más o menos artificial, específico de este lenguaje técnico”. Sobre los caracteres del lenguaje científico-técnico, que lo diferencian, por un lado, de los usos cotidianos del lenguaje en la vida común, especialmente de los “argots” y de las “jergas”, y por otro lado, de los lenguajes “sectoriales”, propios de las actividades profesionales, véase SOLER COSTA, *El poder de las palabras. Un análisis del lenguaje pedagógico*, 2014, pp. 26 ss. y, especialmente, p. 33, donde la autora precisa que una propiedad del lenguaje científico-técnico es “que su léxico específico es semánticamente único”, lo cual significa que “en un término científico-técnico, no cabe esperar polisemia”; en el Derecho – observa la autora – se utilizan ciertamente “numerosos términos simples” (quiere decir del lenguaje cotidiano), pero no obstante “especializados”; véase HORN, *Rechtssprache und Kommunikation. Grundlegung einer semantischen Kommunikationstheorie*, 1966, pp. 21 ss. y 97 ss.

³³³ Véase SCHÜNEMANN, *ZIS*, (1), 2014, p. 15. Sobre todo esto, que se resume en el aforismo de que “el nombre no hace a la cosa”, véase el extenso y enjundioso diálogo de SÓCRATES con CRÁTILLO, acerca de las correspondencias y disimilitudes entre los nombres y las substancias o esencias de las cosas, en PLATÓN, *Diálogos II: Crátilo*, 1999 (428c-440e). SÓCRATES sostiene ciertamente que la verdad no se extrae de los nombres, sino en última instancia del conocimiento de la cosa en sí (436a-440e), pero reconoce que sólo se habla correctamente cuando existe correspondencia entre el nombre que se utiliza y la substancia de la cosa (428e), mientras que se habla incorrecta y falsamente cuando no se da semejante correspondencia, sino desigualdad, entre el nombre y la cosa (430d); por otra parte, en lo que se refiere a la relación entre los nombres con que se designan los objetos y el “conocimiento” de éstos, SÓCRATES alecciona a CRÁTILLO sobre el hecho de que llamar a las cosas con nombres inapropiados que no les corresponden, supone que al que así lo hace le falta el conocimiento correcto de las cosas a las que les pone los nombres errados, e incurre de este modo en una “contradicción consigo mismo” (438c); y por todo esto SÓCRATES le advierte a CRÁTILLO sobre el peligro de engañarnos (436b), y así de no poder llegar al conocimiento de las cosas (439b y 440a), si cayendo en la insensatez (440c), nos dejamos guiar y engatusar por quienes, no juzgando correctamente, ponen luego a las cosas los nombres erróneos que sólo corresponden a sus errados juicios (436b y 440c y d). Sobre el significado del diálogo, véase el agudo comentario de GUTHRIE, *Historia de la Filosofía griega V. Platón. Segunda época y la Academia, versión española de Alberto Medina*, 1992, pp. 26-41, y en concreto su afortunada y certera conclusión de que ciertamente “los nombres no proporcionan ayuda en el descubrimiento de las naturalezas esenciales de las cosas”, pero “sirven para comunicar esas naturalezas una vez conocidas” (p. 41). Sobre la cuestión en general, véase también el trabajo de la Profesora de Pedagogía SOLER COSTA, *El poder de las palabras*, 2014, pp. 26 ss. y, especialmente, p. 33 y pp. 37 ss., quien apoyándose en la opinión de RODRÍGUEZ DÍAZ (en el sentido de que en los lenguajes científico-técnicos, el signo lingüístico se rige por el “principio de consubstancialidad cuantitativa”, que implica que en aquél la relación entre el significante y el significado no puede ser arbitraria porque es necesaria y biunívoca –p. 37–), hace la muy acertada y esclarecedora observación de que “los lenguajes científico-técnicos contienen un léxico descrito antológicamente”, lo cual significa que “en un término de una disciplina científica antes de su utilización, ya se ha establecido una asignación convencional de un nombre a una noción” (pp. 38 s.), lo cual tiene que llevar a reconocer –concluye la autora– que “los lenguajes científico-técnicos sí contienen dominios léxicos o conceptuales, y que en tales dominios –citando en apoyo de su afirmación de nuevo a RODRÍGUEZ DÍAZ– “las estructuraciones científicas presentan un carácter *apriórico* e intencionalmente *convencional*” (p. 39, la cursiva es mía); véase además, las opiniones de la autora reproducidas *supra* en nota anterior.

Gramática”, y por esto se conculcan los principios del habla racional y se incurre en arbitrariedad “cuando se utiliza una y la misma expresión para dos objetos completamente diferentes”³³⁴.

7. Por otra parte, en estrecha relación con todo lo dicho hasta aquí, debe tenerse en cuenta asimismo que la Ciencia jurídica se desarrolla también *discursivamente*³³⁵, pues la misma selecciona y define en el modo descrito a determinados objetos (análogos) y formula un conjunto de *enunciados* y de *proposiciones* sobre ellos³³⁶. Ahora bien, hay que tener en cuenta, como advierte FOUCAULT, que “los enunciados diferentes en su forma, distintos en el tiempo, constituyen un *conjunto* (únicamente) si se refieren a un solo y mismo objeto”³³⁷, y sin embargo es frecuente que ciertos conjuntos de enunciados y la nomenclatura que se utiliza en su formulación no se refieran siempre de hecho al *mismo* objeto³³⁸. Y es que la formulación necesariamente abstracta de los conceptos y de los enunciados jurídicos no permite identificar siempre de inmediato ni claramente al substrato real de sus objetos. Por esto mismo, para poder descubrir cuál es el objeto real que de hecho subyace a una categoría, concepto o enunciado jurídicos, es preciso proceder a un análisis “desnormativizador” de ellos³³⁹ o, expresándolo de un modo más moderno, a su “deconstrucción”,

³³⁴ Véase SCHÜNEMANN, *ZIS*, (1), 2014, p. 4 para la cita, y además pp. 8, 11, 12, 15, 16; ya antes SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pp. 37, 234 s.; EL MISMO, «Strafrechtliche Sanktionen gegen Wirtschaftsunternehmen?», *FS-Tiedemann*, 2008, 431 ss.; y EL MISMO, «Die großen wirtschaftsstrafrechtlichen Fragen der Zeit», *GA*, 2013, p. 200. En general a este respecto, ya FRANCIS BACON advirtió con carácter general sobre el pernicioso vicio de aplicar indiferentemente “un mismo y único nombre a cosas que no son de la misma naturaleza”; véase el resumen y la glosa que hace FOUCAULT del pensamiento de F. BACON en su *Novum organum* de 1620 que he reproducido *supra* en nota 301.

³³⁵ Véase en este sentido ZAFFARONI *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2002, pp. 21, 26 ss.: “el derecho penal es, pues, un discurso que está destinado a orientar las decisiones jurídicas que forman parte del proceso de criminalización secundaria” (p. 21); GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 164 ss. y *passim*. Sobre el carácter discursivo del Derecho en general, véase GARCÍA AMADO, *Doxa*, (11), 1992, pp. 202 ss.

³³⁶ Sobre esto, véase FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, 1969, pp. 44 ss. (para las formaciones discursivas), pp. 55 ss. (para la formación de los objetos de discurso) y pp. 68 ss. (para la formación de modalidades enunciativas). Discurso (episteme), en el sentido de FOUCAULT, es el orden de enunciados que circunscribe un campo de la experiencia y el saber posible sobre la misma, y define el modo de ser de los objetos de la experiencia, sus descripciones, clasificaciones, etc., pues “en una época dada, recorta un campo posible del saber dentro de la experiencia, define el modo de ser de los objetos que aparecen en él, conforma la mirada cotidiana de los poderes teóricos y define las condiciones en las que puede sustentarse un discurso sobre las cosas reconocido como verdadero”; véase FOUCAULT, *Les mots et les choses*, 1966, p. 171; EL MISMO, *L'archéologie du savoir*, 1969, p. 40; y EL MISMO, *El orden del discurso*, 2ª ed., 1980, pp. 43 ss. *Servata distantia*, discurso equivale a lo que, desde THOMAS S. KUHN, se conoce en la historia y la filosofía de la ciencia, como *paradigma*, concepto que entronca —pero no coincide— con el concepto platónico de *παράδειγμα* en su acepción de “modelo ideal”; véase sobre ello FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía*, t. 3, pp. 2486 s. THOMAS S. KUHN (*La estructura de las revoluciones científicas*, 1981, pp. 33 s.) asocia los paradigmas a lo que él denomina “ciencia normal”, la cual se entiende como “investigación basada firmemente en una o más realizaciones científicas pasadas, realizaciones que alguna comunidad científica particular reconoce, durante cierto tiempo, como fundamento para su práctica posterior” (p. 33). Al asociar los paradigmas a la “ciencia normal”, KUHN quiere “sugerir que algunos ejemplos aceptados de la práctica científica real —ejemplos que incluyen, al mismo tiempo, ley, teoría, aplicación e instrumentación— proporcionan modelos de los que surgen tradiciones particularmente coherentes de investigación científica”, siendo estas “las tradiciones que describen los historiadores bajo rubros tales como: ‘astronomía tolemaica’ (o ‘de Copérnico’), ‘dinámica aristotélica’ (o ‘newtoniana’), ‘óptica corpuscular’ (u ‘óptica de las ondas’), etc.”.

³³⁷ Véase FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, 1969, pp. 45 s., para la cita, p. 45.

³³⁸ Pues por ejemplo, como observa FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, 1969, pp. 45 s., el objeto de los enunciados médicos de los siglos XVII y XVIII sobre la locura no es el mismo objeto que se dibuja a través de las sentencias jurídicas o de las medidas policíacas; y es que simplemente: “no son los mismos locos”.

³³⁹ Véase SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, p. 38; EL MISMO, «Einführung in das strafrechtliche Systemdenken», en EL MISMO (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 26 (=

lo cual supone en cierto modo llevar a cabo un proceso inverso al de la formación del concepto. Sólo con el descubrimiento e identificación de los objetos *reales* que subyacen al concepto y a los enunciados que se utilizan, se podrá verificar si éstos tienen verdaderamente correspondencia con la realidad a la que se pretenden aplicar³⁴⁰, y si entonces pueden ser adecuadamente operativos y funcionales para alcanzar el fin de realizar el deber ser jurídico. Pues como ya queda dicho, toda concreción del Derecho tiene que llevarse a cabo mediante la *selección* de circunstancias de la realidad y su *agrupación* en un “supuesto de hecho” correspondiente al valor de referencia previamente determinado³⁴¹; y dado que todo supuesto de hecho “recorta” así un fragmento de la realidad³⁴², su formulación y su contenido y estructura no pueden estar en contradicción con esa realidad abarcando objetos que no son análogos porque sus propiedades no son susceptibles de recibir aquel valor³⁴³. Ningún concepto ni enunciado jurídicos pueden ser idóneos para la realización de la idea del Derecho si sus contenidos no tienen correspondencia lógica con los *objetos de la realidad* que se quieren tratar. La contradicción lógico-objetiva de un concepto o de un enunciado con la realidad tiene que hacerlos objetivamente erróneos, incompletos y contradictorios³⁴⁴, y de este modo, privados de toda *funcionalidad política* para realizar los fines específicos de la regulación jurídica en que se insertan³⁴⁵. El concepto será erróneo tanto si el objeto real que se descubre al desnormativizarlo es uno al que le falta alguna de las propiedades materiales que se destacaron como esenciales desde el punto de vista del valor de referencia, como si es uno portador de alguna propiedad ajena y extraña, es decir, que por esto mismo ya no puede ni debe ser objeto de la valoración ni, en definitiva, contenido del concepto. Si esto sucede, entonces tiene que ser evidente que el concepto o el enunciado que se dice estar aplicando ya no son *ellos mismos*, pues en tal caso los objetos materiales que les corresponden están completamente ausentes de la realidad, y por esto de hecho se estarán aplicando “otros” conceptos y enunciados completamente distintos que tendrán también “otros” nombres propios y distintos³⁴⁶. Pero si a partir de estas confusiones de objetos en virtud y a causa del uso erróneo de los nombres que los designan, se aplican luego al objeto realmente existente y tratado las consecuencias correspondientes al objeto inexistente que es propio del concepto o del enunciado que se dicen estar aplicando, entonces es

«Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal», en EL MISMO (ed.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991, p. 48); EL MISMO, *FS-Arthur Kaufmann*, 1993, p. 313; EL MISMO, *InDret*, (1), 2008, p. 13.

³⁴⁰ Véase en el mismo sentido SCHÜNEMANN, en VV.AA., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2000, p. 660: se trata de “averiguar si una regulación jurídica determinada está en contradicción con las circunstancias naturales”.

³⁴¹ Véase en sentido similar SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 36 s.: “los conceptos son secundarios y sólo un medio para la comunicación de *qué sector de la realidad se quiere abordar*” (cursivas mías).

³⁴² Véase en este sentido ZAFFARONI *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2002, p. 387: “no hay saber humano que no proceda *pescando sus datos del mundo*”, y p. 415: “*se pescan pedazos del ser, se recortan*” (cursivas del mismo autor citado).

³⁴³ Véase SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, p. 36; EL MISMO, en VV.AA., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2000, p. 660; ZAFFARONI *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2002, p. 387.

³⁴⁴ Véase WELZEL, «*Naturrecht und Rechtspositivismus*», en EL MISMO, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, pp. 283 s.; y EL MISMO, *El nuevo sistema del Derecho penal*, 1964, pp. 13 s.; EL MISMO, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 1971, pp. 256 s.

³⁴⁵ Véase en este sentido ZAFFARONI *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2002, pp. 386 s.

³⁴⁶ Véase en este sentido SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, p. 37: “con dicha manipulación se mantendría la *denominación*, la expresión utilizada, pero se habría modificado el *concepto*” (cursivas del mismo autor).

obvio que así no se realizará de ningún modo la “idea” del Derecho, sino más bien su contraria de la arbitrariedad³⁴⁷.

8. a) La materia jurídica central del Derecho penal es el delito. Como se explicará, éste y sus elementos constitutivos son también conceptos categoriales y teleológicos y tienen el doble carácter clasificatorio y tipológico en el sentido explicado. “Ser delictivo” no es ninguna cualidad intrínseca o inmanente de ningún suceso del acontecer natural, y, en particular, no lo es de ninguno de los que produce el actuar o el omitir humanos. No existen delitos naturales. La cualidad de delictivo es siempre el resultado de una *atribución* que deriva de determinadas valoraciones y representaciones del mundo, incluso de las que tienen su fuente en la irracional y falsa creencia en la existencia de un Derecho natural y de delitos naturales, que tan arraigada ha estado secularmente en el pensamiento jurídico³⁴⁸. La fundación y la existencia de una sociedad humana que se rige y orienta por el Derecho es una condición de posibilidad de la atribución de la cualidad de delictivos a algunos hechos del acontecer natural, y, por cierto, sólo si éstos proceden del actuar o del omitir humanos³⁴⁹. Los delitos consisten sin duda en hechos que, en cuanto tales, se realizan y muestran en el acontecer natural, pero éstos adquieren la cualidad de “ser delictivos” sólo en virtud de una atribución que tiene su fundamento en determinados valores de la convivencia humana en sociedad, los cuales tienen su fuente en el contrato fundacional de ésta y determinan el Derecho que orienta aquella convivencia. Por esto, como queda dicho, los delitos tienen como substrato, ciertamente, hechos naturales, pero éstos adquieren la cualidad de delito sólo en la medida en que resulten jurídicamente valorados así conforme al Derecho positivo.

b) Prescindiendo ahora de la controversia dogmática en torno a si el concepto del delito tiene que estructurarse en dos o en tres categorías valorativas (personalmente me decanto por la estructura tripartita que separa tipicidad y antijuridicidad), podemos partir de la definición analítica del delito, que de hecho permanece sin cambios desde V. LISZT y BELING, como acción (u omisión) típica, antijurídica y culpable³⁵⁰. La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los juicios de valor jurídicos que proporcionan a un hecho el carácter de “delictivo” en su totalidad. Ahora bien, del mismo modo que, como queda dicho, el delito no puede ser visto como un mero hecho natural en cuanto tal, el concepto jurídico de delito no puede quedar reducido a las puras valoraciones jurídicas que lo determinan y que le atribuyen ese carácter, como pretende, sin embargo, el llamado funcionalismo sistémico que se queda, como acertadamente lo ha advertido SCHÜNEMANN, en un “normativismo libre de empirismo”, es decir, en un sistema de conceptos metalingüísticos vacíos de contenido y, de este modo, reducidos a simples tautologías sin correspondencia con los objetos

³⁴⁷ Sobre la arbitrariedad como negación del Derecho, véase LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, 4ª ed., 1975, pp. 651 ss.: “la arbitrariedad es, pues, la negación del Derecho como legalidad (...) (y) presupone el concepto del Derecho” (p. 651).

³⁴⁸ Sobre ello, véase, con numerosas referencias, GRECO, *Lebendiges und totes in Feuerbachs Strafrecht. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlegendiskussion*, 2009, pp. 49 ss., 308, 479 s. Sobre la falacia del Derecho natural, véase, definitivamente, WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 1971, p. 11 y, sobre todo, pp. 253 ss.; y sobre la fulminación de la idea de un Derecho natural gracias a la crítica de WELZEL, véase HIRSCH, «Zum 100. Geburtstag von Hans Welzel», *ZStW*, (116), 2004, p. 11.

³⁴⁹ Por esto, y aunque la cuestión no sea objeto de tratamiento aquí, considero disparatado todo intento de explicar una supuesta capacidad delictiva de la persona jurídica; véase GRACIA MARTÍN, *Foro FICP*, (2), 2014, pp. 16 ss., *passim*; y EL MISMO, *Foro FICP*, (2), 2015, pp. 149 ss., *passim*.

³⁵⁰ Véase V. LISZT, *Lb*, 14ª/15ª ed., 1905, p. 117; BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1964, p. 7.

de la realidad³⁵¹. Contra esto, hay que decir que no existen valores “en sí”, pues no es imaginable ninguna valoración que no tenga como referencia a algún objeto material y determinado de la realidad que en cuanto tal existe en esta esfera ya antes e independientemente de cualquier valoración que quiera y pueda hacerse de él³⁵². Por esto, en el concepto del delito como hecho punible tiene que distinguirse *analíticamente* entre las valoraciones jurídicas que lo determinan y constituyen y los objetos reales de cada una de tales valoraciones. Para la construcción de la teoría del delito es básica y fundamental la distinción entre el objeto de valoración y la valoración del objeto. La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son así las valoraciones jurídicas generales que atribuyen a un hecho el carácter de delictivo y, en su caso, de punible, y el objeto específico de cada una de ellas tiene que identificarse con el sector o fragmento de las circunstancias del suceso total que sean portadores de las propiedades esenciales que hacen posible atribuirles el valor que se trate de comprobar en cada caso. Como queda dicho, el objeto material de toda posible valoración existe en la realidad previa a su valoración y ya es portador en esa realidad de unas propiedades materiales y estructurales esenciales que lo constituyen así como es y que lo diferencian de otros objetos incluso semejantes pero en todo caso distintos, y esto es así con independencia de si se lo somete a una valoración específica desde un punto de vista determinado o no se lo somete a ninguna. Pero si se quiere y pretende hacer una valoración determinada de un objeto de la realidad, entonces no puede ignorarse que sus propiedades materiales esenciales trazan límites insuperables a la posibilidad de valorarlo³⁵³. Más allá de lo que permiten las asociaciones metafóricas, atribuir la cualidad de “inteligente” a un computador o a un edificio, afirmar que el índice de precios “se comporta” al alza o a la baja, o que una persona jurídica “actúa u omite”, resulta tan evidentemente contrario a la realidad del mundo como la poética identificación de unos labios con unos pétalos perfumados. Toda valoración está cargada de una intencionalidad y apunta a un fin u objetivo, pero toda formulación de ella más allá de las posibilidades de valoración que le ofrecen los objetos de la realidad tiene que hacerla inválida para alcanzar el fin que se pretende con ella³⁵⁴, pues entonces el objeto sobre el que realmente se hace recaer ya no es el pretendido, sino uno distinto porque, o bien se le ha sustraído alguna de sus propiedades materiales esenciales, o bien se le han añadido otras que no le corresponden³⁵⁵. Así, por medio de valoraciones se “inventa” un mundo que no existe en la realidad y se lo utiliza como

³⁵¹ Véase SCHÜNEMANN, *FS-Roxin*, 2001, pp. 13 ss.; y EL MISMO, en VV.AA., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2000, pp. 643 ss.

³⁵² Véase BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa y finalidad*, 1965, pp. 58 ss.; SCHÜNEMANN, *InDret*, (1), 2008, p. 13: “cada valoración tiene sentido lógico sólo si está en conexión con un objeto que debe ser valorado”.

³⁵³ *Supra* nota 329.

³⁵⁴ Sobre todo esto ZAFFARONI *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2002, pp. 386 ss.

³⁵⁵ Lo primero sucede cuando al objeto del juicio de tipicidad (la acción), se le sustrae la voluntad de realización, como sucede con el concepto causal de acción; véase en este sentido HIRSCH, «Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ZStW 94 1982», en *Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten*, 1999, p. 352 (= «La disputa sobre la teoría de la acción y de lo injusto, especialmente en su reflejo en la Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», en *Obras Completas*, t. II, 2000, p. 105); ZAFFARONI *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2002, pp. 414 s.; GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de Dogmática penal*, 2006, pp. 93 ss.; lo segundo sucede cuando se construye un concepto de acción que se identifica con el concepto de delito, como sucede con el formulado por JAKOBS como “hacerse culpable por la lesión de la vigencia de la norma”; véase JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff: kleine Studie*, 1992, pp. 32 y 44; para la crítica, véase SCHÜNEMANN, *FS-Roxin*, 2001, pp. 18 ss.

pretexto legitimante de cualquier pretensión³⁵⁶. Para poner un ejemplo escandaloso, esto es lo que sucede con la disparatada atribución de capacidad de acción y de culpabilidad a las personas jurídicas y con la pretensión de legitimar el establecimiento y aplicación de “penas” para ellas a partir de semejante atribución.

c) Ante todo, no puede perderse de vista que, como observa JESCHECK, con la teoría del hecho punible se trata de comprender teoréticamente a la acción punible como un todo mediante la fijación de elementos generales³⁵⁷. Estos elementos generales son precisamente la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, y cada uno de ellos es un juicio de valor *parcial* que tiene como objeto específico un sector asimismo parcial de la totalidad de las circunstancias fácticas relevantes para la punibilidad, es decir, del concepto de delito, que es un concepto global³⁵⁸. Sin embargo, como advirtió ENGISCH, el enjuiciamiento de la acción delictiva en virtud de este proceso analítico no impide la consideración del hecho delictivo como un todo unitario tanto antes como después de la subsunción de las circunstancias relevantes en los diversos elementos del concepto del delito³⁵⁹. La contemplación del delito como un todo unitario remite a una realidad fenoménica que en el plano real empírico se muestra asimismo como un todo unitario que no puede ser dividido o escindido en sus elementos. Por el contrario, el Derecho penal sí puede seccionarla, como de hecho la secciona, por medio de los juicios parciales y sucesivos de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Dado su carácter parcial, es evidente que cada uno de estos juicios sólo podrá tener como objeto propio a algún fragmento de la realidad fenoménica, pero no a su totalidad, pues ésta, como ya he dicho, constituye el substrato del delito como un todo unitario, y éste sólo llega a formarse definitivamente como resultado del proceso de síntesis de aquellos juicios parciales. La tarea de la Dogmática o de la construcción del sistema consiste, por ello, como advierte con razón CEREZO MIR, en “la inserción correcta de los elementos fácticos que integran el objeto de la valoración en los diversos caracteres del delito”³⁶⁰. Los elementos del concepto de delito –tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad– son categoriales y teleológicos, y tienen el doble carácter de ser clasificatorios y ordenadores, es decir, dividen a la realidad unitaria y global en partes, y en este sentido son conceptos clasificatorios que determinan si un hecho concreto *es o no es* subsumible en ellos, pero como sus contenidos materiales son graduables y pueden concurrir en mayor o en menor

³⁵⁶ Cfr. en este sentido ZAFFARONI *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2002, p. 387: “Cuando una disciplina cuyos conceptos están siempre referidos al poder se atribuye la potestad creativa del mundo sobre el que debe incidir, termina en un discurso desconcertante y desorientador, capaz de insertarse en cualquier marco más amplio de ocultamiento ideológico del mundo mismo, al servicio de cualquier objetivo político y, lo que suele ser más grave, ignorando incluso esa función negativa real”. Así ya mucho tiempo atrás se había manifestado incluso BINDING, *Schuld im deutschen Strafrecht: Vorsatz, Irrtum, Fahrlässigkeit*, 1919, pp. 23 s., al advertir que “la existencia de la culpabilidad es totalmente independiente de la existencia de una ley penal”, y por esto, si el legislador, haciendo uso de su poder, decidiera castigar el actuar no culpable, “entonces se convertiría en despótico servidor de la injusticia”.

³⁵⁷ Véase JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 195 nota 2.

³⁵⁸ Véase en este sentido, GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de Dogmática penal*, 2006, pp. 63 ss.; EL MISMO, *RECPC*, (6), 2004, p. 9; y EL MISMO, «Kritische Anmerkungen zur Lehre von der objektiven Zurechnung im Verbrechensaufbau aus historischer Sicht», *FS-Schünemann*, 2014, pp. 363 ss.

³⁵⁹ Véase ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 1953, pp. 128 ss. y 141 ss.; asimismo, CEREZO MIR, *PG II*, 6ª ed., 2004, p. 23.

³⁶⁰ Véase CEREZO MIR, en WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, 1964, Nota 22, p. 83; EL MISMO, *PG II*, 6ª ed., 2004, p. 166; véase en el mismo sentido, con remisión a CEREZO, GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de Dogmática penal*, 2006, pp. 68 s.; EL MISMO, *RECPC*, (6), 2004, p. 9.

medida, también son conceptos ordenadores que responden a la idea de “tipo”³⁶¹. Y, como veremos³⁶², también el concepto y el sistema del moderno Derecho penal económico y de la empresa resultan de la subsunción analítica de la *totalidad* de los datos fácticos *reales* de la criminalidad económica en las valoraciones específicas determinantes de los diferentes elementos categoriales del concepto del delito.

d) Los elementos categoriales del delito se encuentran relacionados entre sí de un modo lógico, pues el enjuiciamiento jurídico-penal conforme a ellos tiene que llevarse a cabo *necesariamente* en el orden en que se encuentran dispuestos. Sólo puede ser típica una acción o una omisión, antijurídica una acción u omisión típica, y culpable una acción u omisión típica y antijurídica³⁶³. Cada una de las valoraciones parciales de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, tiene su propio y particular objeto de valoración, que es un *fragmento* de la totalidad de las circunstancias relevantes para la punibilidad, es decir, del suceso global. Así, por ejemplo, el objeto de la valoración del juicio de tipicidad es la acción o la omisión y, en su caso, el resultado y la relación de causalidad. Un dato muy importante que debe subrayarse es que el objeto de la valoración de cada juicio parcial posterior está constituido por el juicio anterior y por otras circunstancias específicas que se agregan a las que fueron objeto de valoración de aquél, de tal modo que ya el resultado del juicio anterior condiciona parcialmente el del juicio posterior³⁶⁴. Así, por ejemplo, la acción —o en su caso la omisión— ya valorada como *típica* y como *antijurídica* es *una parte* del objeto de la valoración del juicio de culpabilidad *por el hecho*, y las circunstancias individuales del autor que condicionan y que gradúan el juicio de reproche, sumadas a aquél, completan el objeto de la valoración del juicio de culpabilidad. Como advierte CEREZO MIR, “la acción típica y antijurídica es el objeto del juicio de reproche”³⁶⁵, pero éste se completa sólo mediante la valoración de un objeto adicional que está constituido por las circunstancias personales del autor que condicionan y gradúan el reproche (imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad, etc.). Esto significa, pues, que la medida de lo injusto predetermina ya un límite para la medida de la culpabilidad *por el hecho*, la cual en ningún caso podrá rebasarlo, pero sí quedar por debajo de él en virtud de circunstancias que disminuyan la medida del reproche mismo en cuanto tal³⁶⁶.

³⁶¹ Véase RADBRUCH, en EL MISMO, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1967, pp. 171 s., donde explica que los elementos del concepto del delito —tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad— son en principio de carácter clasificatorio, pues determinan si un hecho “es” o “no es” delito, y así separan —clasifican— a los hechos delictivos de los que no lo son; pero los elementos del concepto del delito son también de carácter ordenador, en la medida en que sus contenidos materiales son graduables, pues se dan en más o en menos, y así predeterminan la medida de la pena (pp. 171 s.). En general, sobre la graduación de toda consecuencia jurídica por los elementos de su supuesto de hecho, véase ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 11ª ed., 2010, pp. 52, 69 s., 119 s.

³⁶² Cfr. *infra* 9.

³⁶³ Véase CEREZO MIR, *PG II*, 6ª ed., 2004, p. 23.

³⁶⁴ Véase GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de Dogmática penal*, 2006, pp. 69 ss.

³⁶⁵ Véase CEREZO MIR, *PG III*, 2004, p. 16.

³⁶⁶ Por esto tiene toda la razón, sin duda, GIMBERNAT, cuando advierte que la mayor punibilidad de unos delitos con respecto a otros no tiene nada que ver con la culpabilidad, porque el legislador establece el marco penal abstracto únicamente en función de la importancia del bien jurídico protegido, y esta es sólo una cuestión de antijuridicidad; véase GIMBERNAT, «Das Sanktionensystem in der spanischen Strafrechtsreform», en HIRSCH (ed.), *Deutsch- Spanisches Strafrechtsskolloquium 1986. Dogmatischer Teil der Strafrechtsreform, Sanktionensystem, Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, 1986, p. 113; y EL MISMO, Prólogo a la 1ª ed. de su *Código penal*, 1983, reproducido en la 9ª

9. Con todo lo expuesto en este largo excurso, a continuación paso a desarrollar y a concretar el concepto categorial y teleológico de Derecho penal moderno como Derecho penal económico y empresarial de los poderosos. Con esto deberán quedar definitivamente rebatidas todas las infundadas y extraviadas críticas de que ha sido objeto mi discurso de modernización del Derecho penal, y también deberá quedar demostrado que ninguna de ellas puede pretender ni aspirar a ser vista como discurso *jurídico* ni, por lo tanto, a entrar en los dominios de la Ciencia del Derecho. Pero de un modo muy particular, como ya quedó dicho más atrás, con el desarrollo y la concreción del concepto de Derecho penal moderno en el sentido definido, lo que sobre todo deberá quedar definitivamente demostrada es la falta de un mínimo rigor, y por esto la incompatibilidad con la Ciencia jurídica, de la infundada crítica de PAREDES de que mi concepto de Derecho penal moderno pudiera derivar a una represión de comportamientos de sujetos no poderosos como pequeños comerciantes o empresarios. Desde luego, también deberá mostrarse cómo la adopción de puntos de vista extrajurídicos notoriamente alejados del método y de la Ciencia del Derecho conducen en definitiva a no distinguir ni diferenciar entre lo desigual inequitable, y así a mezclar y a confundir fenómenos de muy distinta naturaleza y diferente significado. Esto último sucede claramente con la crítica de PAREDES, quien, como ya se vio, en la secuencia de ejemplos que cita para mostrar la “falta de rigor” y el carácter meramente “retórico” de mi concepto de Derecho penal moderno, mezcla, confunde y presenta como equiparables en significado a fenómenos criminológicos que, como el fraude de subvenciones, las insolvencias punibles o los delitos contra la propiedad intelectual por un lado, y el tráfico de drogas o de personas por otro, no alcanzo a ver cómo podrían ser puestos en relación ni siquiera en el plano estrictamente empírico criminológico, y que en el plano jurídico-dogmático –categorial y clasificatorio– ya no pueden ser vistos más que como fenómenos tan alejados los unos de los otros como lo están el homicidio y la falsificación de moneda o de certificados.

8. Lo injusto penal económico y empresarial –desvalor de la acción y del resultado– como primera concreción dogmática categorial del Derecho penal moderno y como criterio rector de la clasificación de su materia

1. De la clasificación puramente descriptiva del Derecho penal moderno en los sectores específicos que propuse en *Prolegómenos*, siguiendo en principio la inercia de la doctrina mayoritaria, resulta ya de un modo *explícito* e inequívoco que aquél es equivalente – es más: idéntico – a Derecho penal económico y de la empresa, y que el mismo no puede extenderse absolutamente a *nada* más. Por otra parte, hay que tener en cuenta que mi clasificación del Derecho penal moderno, si bien en principio, como queda dicho, es principalmente descriptiva, sin embargo no se queda en absoluto en una mera enumeración de sectores puestos uno tras otro al azar sin referencia a ningún criterio

ed., de 1992, p. 23.; y además EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., 1990, pp. 151 ss. Por esto, la acción típica y antijurídica, es decir, lo injusto, es el objeto *primario* de la valoración correspondiente al juicio de reproche de la culpabilidad, pero éste sólo puede completarse mediante la valoración de circunstancias adicionales relativas al sujeto individual, pues éstas son las condiciones que, primero, determinan si el sujeto es culpable y entonces procede aplicarle una pena comprendida en el marco legal predeterminado por lo injusto y por la gravedad de éste, y segundo, determinan también dentro de ese marco penal abstracto –si bien ya más concretado por la gravedad de lo injusto– cuál será la pena concreta aplicable en función de la gravedad del juicio de reproche de la culpabilidad.

rector *ordenador*. Muy por el contrario, siguiendo escrupulosamente los dictados de la función *ordenadora* que corresponde a la Ciencia jurídica, en el sentido que ya nos enseñó RADBRUCH³⁶⁷, la clasificación que propongo es el resultado de haber seguido un método estrictamente jurídico a partir de un primer fundamento estrictamente *dogmático* que inicialmente tiene el carácter de una hipótesis de trabajo, pero que por esto mismo he tenido que ir rectificando o corrigiendo luego en función de las exigencias derivadas de ciertos factores relevantes de carácter criminológico, criminalístico y procesal³⁶⁸, para llegar finalmente a configurar *definitivamente* mi concepto de Derecho penal moderno precisamente como el Derecho penal económico y empresarial de los poderosos, y a su sistematización y estructuración analítica en los sectores en que lo he clasificado.

2. a) Como no podría ser de otro modo, la extensión y la clasificación que propongo del moderno Derecho penal económico y de le empresa resultan en última instancia sólo de los criterios dogmáticos que se encuentran en mi punto de partida, que en primera instancia son –porque no podrían ser otros– los conceptos categoriales del *desvalor de la acción* y del *desvalor del resultado*, y a los cuales hago operar y funcionar en el ámbito económico para concretar los campos de lo *injusto* específicamente económico³⁶⁹. Con el criterio rector del desvalor del resultado atraigo a –y capturo en– la órbita del Derecho penal económico en sentido *estricto* a todos los tipos penales relacionados con el llamado *orden económico*, es decir, a los relativos a la lesión o al peligro de bienes jurídicos de naturaleza genuinamente *económica*, ya sean de la economía pública o de la privada³⁷⁰. Con el criterio rector del desvalor de la acción dirijo la mirada al carácter y al significado *económicos* que adquieren las acciones y omisiones punibles *cuando* las mismas se realizan y cursan en el ejercicio ilícito de una *actividad* económica en un contexto económico y/o empresarial, y de este modo atraigo a –y capturo en– la órbita del moderno Derecho penal económico –ahora en sentido *amplio*– a tipos penales relativos a la lesión de bienes jurídicos de naturaleza no económica en sentido estricto, como el patrimonio, e incluso la vida y la salud, *cuando* la lesión de aquéllos

³⁶⁷ Véase RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 2003, pp. 38 s., 113 ss.

³⁶⁸ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 73 ss. y nota 92.

³⁶⁹ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 68 ss.

³⁷⁰ Según BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, pp. 12 ss., el orden económico se define en sentido estricto como “la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía”, y en sentido amplio como “regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios” (p. 14); más allá de matices y de detalles diferenciales, véase en el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PG*, 4ª ed., 2014, pp. 100. En correspondencia con esta división, los autores citados hablan, respectivamente, de un concepto de Derecho penal económico en sentido estricto y de otro en sentido amplio. Sin embargo, me parece preferible la tesis de BOTKE, en SCHÜNEMANN/SUÁREZ GONZÁLEZ (eds.), *Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, 1994, pp. 109 ss. (= en *Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, 1995, 637 ss.), de unificar lo que los autores españoles dividen en un único concepto de orden económico definido como “las condiciones esenciales de funcionamiento del respectivo sistema económico eventualmente ya dadas jurídicamente por la constitución económica al legislador penal”, y reservar así el concepto de Derecho penal económico en sentido estricto para este marco global único, es decir, para los tipos orientados a bienes jurídicos económicos (p. 111 = p. 640). Lo que sí cabría hacer luego es dividir analíticamente al orden económico en uno relativo a la economía pública y en otro relativo a la economía privada; en este sentido, véase TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2014, pp. 29 s. n.º 65, pp. 62 s. n.º 140 s., y especialmente TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil mit wichtigen Rechtstexten*, 3ª ed., 2011, donde trata primero del Derecho penal de la economía exterior (pp. 55 ss.) y de los delitos contra la economía financiera pública (pp. 69 ss.), y a continuación de todos los delitos económicos contra bienes jurídicos de la economía privada, como la competencia, la usura, el crédito, etc.

resulta de una acción realizada en el curso y en el contexto de una *actividad* económica o económico-empresarial³⁷¹.

b) Por otra parte, no es preciso desarrollar ninguna argumentación detallada y prolija para derivar sin saltos lógicos relevantes que la *intensión* de mi concepto de Derecho penal económico y de la empresa, y los sectores específicos en que lo clasifico —que además se solapan entre sí, porque de hecho todos son uno mismo visto desde diferentes perspectivas³⁷²—, no permite ninguna *extensión* del mismo a absolutamente *nada* que no sea la fenomenología *criminológica* de la criminalidad económica de los *poderosos*. Esto es así porque el fundamento de lo injusto de las figuras delictivas que constituyen el sistema de aquél es en última instancia el ejercicio del poder económico, en la forma de un dominio de la actividad y de los procesos económicos en que resultan lesionados o puestos en peligro los bienes jurídicos involucrados³⁷³, que *per definitionem* sólo pueden poner en práctica quienes detentan realmente aquel poder y sus adláteres colaboradores³⁷⁴. El hecho de que también conductas de sujetos no poderosos puedan ser subsumidas en algunos tipos penales económicos para nada desvirtúa la validez de mi concepto de Derecho penal moderno, pues si bien la ceguera dogmática impide distinguir, el *Derecho* sí distingue y diferencia categorial y

³⁷¹ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 72 ss. y sus correspondientes notas, especialmente la 92. Así también BOTTKE, en SCHÜNEMANN/SUÁREZ GONZÁLEZ (eds.), *Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, 1994, pp. 109 ss. (= en *Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, 1995, pp. 637 ss.), quien esgrime a favor de esto el argumento, que comparto, de que el caso concreto puede “exigir el análisis y la valoración del comportamiento en su aspecto económico” (p. 110 y nota 6 = p. 639 y nota 6). Por esto, no me parece justificada la objeción de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, PG, 4ª ed., 2014, p. 101, a la tesis de BOTTKE, en el sentido de que ésta comportaría que la materia resultaría de un “criterio exclusivamente criminológico”, y ello porque: 1) ya el mismo BOTTKE (en SCHÜNEMANN/SUÁREZ GONZÁLEZ (eds.), *Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, 1994, p. 109 [= en *Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, 1995, pp. 637 s.]) *excluye* toda posibilidad de que el aspecto criminológico sea un “criterio” de selección y de determinación de la materia, pues según afirma, la caracterización como criminalidad económica en sentido amplio de la comisión de delitos clásicos mediante comportamientos que se realizan en las unidades de producción, de distribución y de prestación de bienes y de servicios, sólo *añade* “un dato criminológico” a la tipicidad de aquellos delitos, es decir, que el dato criminológico meramente “añadido” evidentemente *ni define ni selecciona* la materia del Derecho penal económico; 2) por el contrario, el eje de la argumentación de BOTTKE en ese sentido, es decir, el “criterio” de determinación de la materia, lo constituye en todo momento inequívocamente el dato de la realización de “un comportamiento que cursa en contra de las condiciones de funcionamiento del sistema económico previamente dado al Derecho penal económico” (BOTTKE, en SCHÜNEMANN/SUÁREZ GONZÁLEZ (eds.), *Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, 1994, p. 112 [= en *Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, 1995, pp. 641 s.]), de lo cual resulta inequívocamente que BOTTKE no determina la materia del Derecho penal económico en sentido amplio mediante ningún criterio criminológico, sino únicamente mediante el criterio estrictamente *dogmático* del carácter económico del comportamiento o del contexto económico en que éste se realiza, es decir, mediante el criterio *jurídico* del *desvalor de la acción* que es el que yo también utilizo expresamente; y 3) en última instancia, se debe presumir que un penalista dogmático de la talla de Wilfried BOTTKE no puede caer en el error que le atribuye MARTÍNEZ-BUJÁN de determinar la materia *jurídica* exclusivamente con un criterio criminológico; y si bien toda presunción puede ser desvirtuada con pruebas de lo contrario, por lo ya dicho es evidente que este no es el caso respecto de la presunción del carácter estrictamente *jurídico-dogmático* —y para nada criminológico— del concepto de Derecho penal económico en sentido amplio formulado por BOTTKE.

³⁷² Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 59 s.

³⁷³ Sobre el criterio del “dominio social” formulado por mí hace 30 años como fundamento de la autoría de los delitos especiales, y que constituye el *tertium comparationis* de la analogía (*entis et iuris*) entre el delito del *intraneus* y el del *extraneus* que habiendo accedido a dicho dominio actúa en lugar del primero, véase GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal I, Teoría general*, 1985, pp. 332 ss., y especialmente pp. 349-424 *passim*.

³⁷⁴ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, p. 69 y referencias en nota 82.

teleológicamente a la criminalidad de los poderosos de la de los no poderosos. Y, por cierto, esta distinción ni siquiera tiene que ser determinada por el Derecho, pues ya le viene dada a éste por la Criminología³⁷⁵.

3. Conforme a lo expuesto, la clasificación que hago del moderno Derecho penal económico y empresarial de los poderosos resulta como sigue³⁷⁶:

a) El llamado Derecho penal del *riesgo* comprende *exclusivamente* a los tipos penales relativos a los denominados “riesgos tecnológicos” (atómicos, nucleares, científicos, por la fabricación y comercialización de productos, por la producción laboral, etc.)³⁷⁷, y el criterio rector que determina su adscripción al Derecho penal económico y de la empresa es principalmente el del *desvalor de la acción*, porque es difícilmente imaginable que las actividades desencadenantes de tales riesgos se realicen al margen de una *actividad* económica y empresarial. Por otra parte, como la disponibilidad y el uso de grandes infraestructuras logísticas y tecnológicas son condiciones de posibilidad de la realización de semejantes actividades, de aquí resulta que es difícilmente imaginable que las acciones lesivas o peligrosas merecedoras de pena que se cometen en el curso de aquellas actividades puedan ser realizadas por individuos no poderosos, pues es evidente que aquellas condiciones, de hecho, sólo están al alcance de grandes –y según el caso gigantescas– organizaciones empresariales dominadas de hecho por determinados individuos poderosos. Con esto, no cabe duda de que la materia empírica que le proporciona la Criminología al Derecho penal del riesgo no es otra que la criminalidad económica de los poderosos en los diferentes ámbitos de riesgo tecnológico, y que desde el punto de vista dogmático –en virtud del desvalor de la acción– el Derecho penal del riesgo es Derecho penal económico y de la empresa. En este sector, en principio, no desempeña ningún papel determinante el criterio del desvalor del resultado, o por lo menos no es el criterio rector, de modo que es indiferente cuáles sean los bienes jurídicos que se lesionen o se pongan en peligro por las actividades que conllevan riesgos tecnológicos, pudiendo ser tales –como lo son generalmente– los bienes individuales existenciales, como la vida, la salud, etc. Por esto, desde el punto de vista del desvalor (económico empresarial) de la *acción* o de la *omisión*, pero también por específicas razones criminológicas, criminalísticas y procesales, entiendo que hay que incluir en el Derecho penal económico y de la empresa, por ejemplo, a todos los supuestos de responsabilidad penal por lesiones y peligros de la vida y de la integridad física y la salud a causa de la producción y de la distribución de bienes y de servicios (la llamada responsabilidad por el producto)³⁷⁸, y también a los tipos penales tradicionales contra el patrimonio cuando se cometen en el ejercicio y en el curso de una actividad económica empresarial, como por ejemplo las grandes estafas inmobiliarias sobre títulos valores o por medio de instrumentos de la vida económica como son, entre otros muchos, los medios de pago, etc.³⁷⁹.

³⁷⁵ Véase en el mismo sentido BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, pp. 22 s.

³⁷⁶ Como ya vimos más atrás, especialmente el llamado Derecho penal del enemigo y el de la seguridad ciudadana quedan absolutamente fuera del Derecho penal moderno; cfr. *supra* 4.4 y 5.

³⁷⁷ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 60 ss. en relación con pp. 82 ss.

³⁷⁸ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, nota 82 (pp. 73-75) en p. 75.

³⁷⁹ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica*

b) Ningún comentario ni aclaración precisa la cuestión de la pertenencia al Derecho penal económico, ahora en virtud del criterio del *desvalor del resultado*, de todos los tipos penales relativos a la lesión y al peligro de bienes jurídicos colectivos de naturaleza económica, como por ejemplo las funciones del tributo, la competencia, la calidad del consumo, las condiciones mínimas de la contratación laboral, el ambiente, etc.³⁸⁰. Como luego veremos, es cierto que algunos de estos tipos delictivos pueden ser cometidos por individuos pertenecientes a cualquier clase social, es decir, por poderosos y por no poderosos, pero como también veremos, su comisión por sujetos poderosos está siempre acompañada de datos *adicionales* jurídico-penalmente relevantes que hacen que su tratamiento *dogmático* tenga que ser diferenciado del de la delincuencia económica de sujetos no poderosos³⁸¹. En este sector, pues, la criminalidad de los no poderosos tiene que quedar excluida del Derecho penal económico en virtud del criterio criminológico, o mejor dicho, y si se prefiere explicarlo y decirlo así, el criterio criminológico hace que dentro del Derecho penal económico haya que diferenciar luego *dogmáticamente* entre el que es aplicable a los poderosos y el que lo es a los no poderosos. Como esta diferenciación es tan profunda e intensa desde el punto de vista material, el Derecho penal aplicable a los poderosos es uno que de hecho no tiene casi nada en común desde el punto de vista *substancial* con el aplicado a los no poderosos. Así lo verificaré más adelante³⁸².

c) Los tipos penales relativos a bienes jurídicos supranacionales –por ej. los de la UE– de naturaleza económica (desvalor del resultado), o que se cometen mediante acciones de contenido económico o en un contexto económico (desvalor de la acción), afectando a toda clase de bienes jurídicos en espacios supranacionales y globales, tienen que pertenecer sin duda también al Derecho penal económico moderno por las mismas razones y fundamentos que sus homólogos definidos para espacios nacionales, y, en concreto, porque resulta obvio que sus contenidos son esencialmente económicos, y porque la lesión de bienes jurídicos económicos (colectivos) en ámbitos supranacionales y globales de hecho solo resulta posible, por regla *general*, mediante actividades de dominio económico y social de los *poderosos* (*global players*, empresas transnacionales)³⁸³. En realidad, desde el punto de vista material y sustantivo, los denominados como Derecho penal de las integraciones supranacionales y como Derecho penal de la globalización no son más que los dos sectores anteriormente descritos del Derecho penal del riesgo y del Derecho penal económico y del ambiente, pero proyectados a ámbitos o espacios supranacionales y globales.

d) A diferencia de los anteriores, el “Derecho penal de la empresa” en sentido jurídico-dogmático no es un sector de la Parte Especial, sino que su objeto específico es el dato presente en la mayor parte de los delitos económicos de que éstos se cometen por lo general en el ejercicio y en el curso de una actividad empresarial³⁸⁴, lo que hace que el Derecho penal económico sea esencialmente un

del discurso de resistencia, 2003, pp. 79 s.

³⁸⁰ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 65 ss., 71 ss.

³⁸¹ Véase en el mismo sentido BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, p. 22.

³⁸² Cfr. *infra* 9.

³⁸³ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 89 ss. y 98 ss.; y EL MISMO, en ROMEO CASABONA (ed.), *Biotecnología, desarrollo y justicia*, 2008, pp. 27 ss. y *passim*.

³⁸⁴ Véase KAISER, *Kriminologie*, 3ª ed., 1996, p. 772; EL MISMO, *Introducción a la Criminología*, 7ª ed., 1988, pp. 369 s.,

Derecho penal de la empresa³⁸⁵. Esta circunstancia plantea sobre todo problemas y cuestiones dogmáticas específicas de Parte General relativos tanto a la pertinencia de configurar a muchos delitos económicos como tipos especiales³⁸⁶, como también a la determinación de los autores y partícipes responsables de los delitos³⁸⁷. No parece que sea preciso insistir en que dicha problemática sólo se plantea en general en relación con la criminalidad que se desarrolla a partir de grandes organizaciones empresariales y, por lo tanto, en relación con la criminalidad económica de los poderosos³⁸⁸.

4. a) Lo que acabo de explicar muy sucintamente tiene que ser más que suficiente para poder comprender que en el proceso de construcción de mi concepto de Derecho penal *moderno*, esta expresión la utilizo en un primer momento y en primera instancia en un sentido sólo provisional desprovisto aún de una total precisión “técnico-jurídica”, pues en dicho primer momento con la expresión Derecho penal moderno sólo me refiero al campo conceptual predominantemente *criminológico*, de la *criminalidad económica* como fenómeno *empírico* específico y diferenciado que constituye el campo *prejurídico* sobre el que hay que construir luego definitivamente el sistema *dogmático* del moderno Derecho penal económico y de la empresa³⁸⁹, que es el único objeto de mi discurso *jurídico* de modernización³⁹⁰. De lo que llevo explicado, pues, tienen que resultar ya como primeras conclusiones *definitivas*, que del concepto de Derecho penal moderno están absolutamente excluidas: 1) toda criminalidad que no pueda ser clasificada como económica y empresarial ni por el desvalor de la acción ni por el del resultado; por lo tanto, carece de todo fundamento establecer la mínima relación entre ningún ámbito del Derecho penal moderno y otros

quien destaca que unas tres cuartas partes de los delitos económicos graves se cometen al amparo de una empresa individual o de una sociedad mercantil con forma de sociedad de responsabilidad limitada, colectiva o comanditaria, y que en el 85 por ciento de los casos existe una conexión entre el principal inculpaado y su actividad en una empresa; R. SCHMITT habla de una “criminalidad individual” que tiene lugar en el seno de agrupaciones, que es claramente diferenciable de la criminalidad individual general, que se muestra especialmente peligrosa, y que aparece como una “criminalidad-monstruo” que debe ser combatida por el Estado; véase Rudolf SCHMITT, *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände: gleichzeitig ein Beitrag zur Lehre von den strafrechtlichen Unrechtsfolgen*, 1958, p. 139; véase también SEILER, *Strafrechtliche Massnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände*, 1967, pp. 123 s.; SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pp. 5 y 15 s.; BRENDER, *Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, 1989, pp. 4 s., considera fundamental determinar si existe una criminalidad de agrupación, diferenciable de la criminalidad de los individuos, que requiera un tratamiento punitivo singularizado.

³⁸⁵ Véase en este sentido, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2014, pp. 9 ss.; EISENBERG, *Kriminologie*, 6ª ed., 2005, p. 733 n.º 3; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, p. 23.

³⁸⁶ Porque generalmente el autor de los delitos económicos es un empresario; véase en este sentido SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 5; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2014, p. 71 n.º 161.

³⁸⁷ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 82 ss.

³⁸⁸ Sobre esto, véase por todos, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pp. 13 ss.; EL MISMO, «Cuestiones básicas de dogmática jurídica penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa», *ADPCP*, (41), 1988, pp. 529 ss.

³⁸⁹ Véase, por ejemplo, sólo EISENBERG, *Kriminologie*, 6ª ed., 2005, pp. 732 s. n.º 1-3; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2014, pp. 28 s. n.º 63-64; EL MISMO, *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial*, 2010, pp. 57 s. n.º 43-44; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, pp. 20 ss. n.º 35 ss.

³⁹⁰ Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 57 ss., y las aclaraciones que hago luego.

fenómenos ajenos a ese campo, como por ejemplo el terrorismo, la seguridad ciudadana y todo lo que se quiera abarcar con el concepto de Derecho penal del enemigo; y 2) toda la criminalidad sólo *formalmente* económica de sujetos no poderosos, porque ésta no puede verse como auténtica criminalidad económica en un sentido *material*³⁹¹.

b) No obstante, y como he dicho, con estas dos definitivas exclusiones todavía no está perfilado ni delimitado completamente el campo del Derecho penal moderno, entendido como Derecho penal económico y empresarial de los poderosos, pues aún es preciso excluir del mismo a otros fenómenos que si bien indudablemente tienen conexiones muy estrechas con la criminalidad económica de los poderosos, no obstante tienen que ser distinguidos claramente de ésta en razón de sus distintos contenidos, los cuales tienen que determinar asimismo su diferenciación *jurídica*. En concreto, del concepto de Derecho penal moderno en el sentido en que aquí lo voy delimitando, tienen que quedar excluidos los fenómenos empíricos de la llamada “criminalidad organizada” y de la “corrupción” en el ámbito *público*³⁹², y por ello también las regulaciones jurídico-penales correspondientes. Del mismo modo que las anteriormente indicadas, estas otras exclusiones ya le vienen dadas al Derecho penal por la Criminología, en la cual la criminalidad económica, la organizada y la corrupción en el ámbito público se analizan separadamente como fenómenos diversos aun a pesar de las asociaciones y de las conexiones empíricas que muy a menudo tienen lugar entre los tres campos³⁹³.

aa) Ciertamente es que la llamada “criminalidad organizada” tiene una dimensión económica de grandes proporciones, pues en todas sus manifestaciones se concreta en la realización de negocios y de transacciones sobre muy diversos objetos, mercancías y servicios con valor económico³⁹⁴. Sin embargo, el fenómeno de la criminalidad organizada se caracteriza y se diferencia de la criminalidad económica en sentido estricto porque las actividades económicas que se llevan a cabo por las organizaciones criminales consisten en negocios y en transacciones sobre objetos,

³⁹¹ Cfr. *infra* 9.1 y *passim*.

³⁹² Véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 93 ss., y las aclaraciones que hago luego; en el mismo sentido, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2014, p. 50 n° 108-109; EISENBERG, *Kriminologie*, 6ª ed., 2005, p. 734 n° 6; sobre la diferenciación, véase ahora solo Hans-Jörg ALBRECHT, en VV.AA., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 261 y 273 ss. La corrupción en el ámbito privado, en cambio, si es un delito económico que afecta principalmente a la “competencia”; véase EISENBERG, *Kriminologie*, 6ª ed., 2005, pp. 751 s. n° 45 ss.; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2014, p. 56 n° 124.

³⁹³ Véase EISENBERG, *Kriminologie*, 6ª ed., 2005, pp. 205 n° 15 (para la corrupción) y 933 ss. n° 67 ss. (para el crimen organizado); GÖPPINGER, *Kriminologie*, 6ª ed., 2008, pp. 435 s. n° 48 s. (para la corrupción) y pp. 438 s. n° 1 ss. (para la criminalidad organizada); sobre las conexiones entre criminalidad económica, criminalidad organizada y corrupción, véase especialmente Peter-Alexis ALBRECHT, *Kriminologie. Eine Grundlegung zum Strafrecht*, 4ª ed., 2010, pp. 379 s. y Hans-Jörg ALBRECHT, en VV.AA., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 273 ss. y *passim*.

³⁹⁴ Véase EISENBERG, *Kriminologie*, 6ª ed., 2005, p. 933 n° 68; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, 2005, pp. 43 ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, 2009, pp. 61 s., 107 ss., 133. Sobre los daños y las ganancias ilícitas de la criminalidad organizada, véase por ejemplo, GÖPPINGER, *Kriminologie*, 6ª ed., 2008, p. 444 n° 25. Sobre la estrecha relación entre la criminalidad organizada y la delincuencia de cuello blanco, véase MÜLLER *et al.*, *Wirtschaftskriminalität*, 4ª ed., 1997, pp. 1 s.; LÓPEZ-MUÑOZ, *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, 2015, pp. 22 ss.

mercancías y servicios muy diversos que generalmente son de *comercio ilícito*³⁹⁵, que se llevan a cabo fuera de los circuitos y al margen de los mercados económicos legalmente regulados³⁹⁶ y que dan lugar a la lesión de muy diversos bienes jurídicos individuales y colectivos³⁹⁷. Si bien en la actualidad muchas de las actividades criminales organizadas se realizan frecuentemente en formas y en contextos aparentemente lícitos³⁹⁸, los aspectos diferenciales señalados y la compleja problemática que plantean las organizaciones criminales determinan diferencias substanciales entre el fenómeno de la criminalidad organizada y el de la criminalidad económica en sentido estricto, es decir, la que se lleva cabo en los mercados lícitos regulados de la economía legal. Desde luego, la exclusión de la criminalidad organizada como fenómeno específico en cuanto tal, del campo del Derecho penal económico y empresarial, no supone desconocer el hecho de que haya organizaciones criminales dedicadas a –y especializadas en– la comisión de delitos económicos en sentido estricto, pero tal hecho no puede ser valorado más que como una *circunstancia adicional* del delito económico que podrá dar lugar a una mayor gravedad de lo injusto específico económico, pero *no* a la *fundamentación* de éste³⁹⁹, y esto por las mismas razones por las que dicha circunstancia tampoco fundamenta lo injusto específico de cualesquiera otros delitos que, como el tráfico de drogas, de personas o de armas, se cometen generalmente por medio de organizaciones criminales.

bb) Una característica de la gran criminalidad económica y empresarial es su efecto corruptor de los funcionarios públicos, pero los delitos de funcionarios no son más que hechos *conexos* o *encadenados* a la comisión de delitos económicos⁴⁰⁰ que dogmáticamente, es decir, tanto por el desvalor del resultado como por el de la acción (del funcionario), tienen la naturaleza de delitos contra la Administración pública y no pueden verse como delitos económicos en sentido estricto⁴⁰¹.

cc) Obviamente, estas exclusiones del campo criminológico predeterminan ya toda posible extensión del concepto *dogmático* de Derecho penal económico y de la empresa, cuya *sustantividad* jurídica no se ve afectada en lo más mínimo por las eventuales conexiones criminológicas, criminalísticas y procesales que tienen lugar con frecuencia entre él y aquellos otros fenómenos de la criminalidad organizada y de la corrupción en el ámbito público, como tampoco le afecta en nada el dato asimismo frecuente de que ciertos supuestos de criminalidad organizada y de corrupción en el ámbito público sean subsumibles en los mismos tipos penales en que lo son

³⁹⁵ GIMBERNAT los ha denominado como objetos plurales “inequívocamente ilícitos”; véase GIMBERNAT, *Ensayos penales*, 1999, pp. 430 ss., donde descubre y formula la categoría “dogmática” de los delitos “con objeto plural inequívocamente ilícito”, que *generalmente* –aunque no necesariamente siempre– son típicos de la criminalidad organizada en sentido estricto, es decir, de la que opera en mercados y con mercancías ilegales.

³⁹⁶ Véase por ejemplo SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada*, 2005, pp. 43 ss.

³⁹⁷ Véase una completa relación de delitos típicos de la criminalidad organizada en GÖPPINGER, *Kriminologie*, 6ª ed., 2008, pp. 443 s. n.º 23.

³⁹⁸ Sobre estas conexiones, véase ahora sólo Hans-Jörg ALBRECHT, en VV.AA., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 273 ss. y *passim*.

³⁹⁹ Como sucede, por ejemplo, con las agravaciones de las penas previstas para los delitos contra la Hacienda pública y contra la Seguridad Social, en los arts. 305 *bis*. 1 *b*) y 307 *bis*. 1. *b*), para el caso de que se cometan en el seno de una organización o de un grupo criminal; sobre la “criminalidad económica” *además organizada*, véase MÜLLER *et al.*, *Wirtschaftskriminalität*, 4ª ed., 1997, pp. 1 ss.

⁴⁰⁰ Véase BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, p. 26.

⁴⁰¹ Véase SCHUBERT, «Korruption», en WABNITZ/JANOVSKY (eds.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2000, p. 810.

algunas formas de la criminalidad económica y empresarial en sentido estricto.

9. Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del Derecho penal económico y empresarial de los poderosos

1. De acuerdo con los criterios metodológicos expuestos en 7, y con las acotaciones que acabo de efectuar en 8, el punto de partida para la construcción del concepto de Derecho penal moderno lo constituye la *criminalidad económica* como fenómeno empírico *prejurídico* que interesa al Derecho penal y que, por esto mismo, tiene que definirse y configurarse como el “objeto de las valoraciones” jurídico-penales que llevan a conceptuarlo estrictamente como Derecho penal económico y de la empresa de los *poderosos*. A estas alturas no haría falta ni recordar —como sin embargo, parece que sí hay que recordarle a PAREDES en razón de los ejemplos que propone para intentar desvirtuar mi concepto— que la *pequeña* delincuencia económica de *no poderosos* como los que él menciona (pequeños comerciantes, empresarios, la mayoría de particulares, etc.), aunque en principio sea subsumible —y por cierto, por muy buenas razones— en algunos de los mismos tipos penales que la de los poderosos, sin embargo es un fenómeno hasta tal punto diferente de ésta, que ya la Criminología misma lo *excluye* del concepto estricto de criminalidad económica. Esto es así *porque* este concepto no se ha desvinculado —ni por la misma naturaleza de las cosas podría desvincularse— del concepto de “crimen de cuello blanco” formulado por SUTHERLAND como exclusivo de las clases económicamente poderosas y de sus adláteres y asimilados (profesionales de elevado status)⁴⁰². En este sentido —observan con razón BAJO/S. BACIGALUPO— “la delincuencia económica de los *bajos fondos* o la llamada delincuencia de ‘cuello azul’, tienen un interés criminológico distinto y *no debe ser englobada* con la delincuencia económica de la alta sociedad”⁴⁰³. Por otra parte, como ya dije, el concepto inicial —aún sin carácter técnico-jurídico— de Derecho penal moderno, en cuanto criminalización primaria de determinadas actividades económicas ilícitas de los poderosos, en principio no tiene más alcance que el de un concepto “auxiliar” previo, pues esto precisamente es la Criminología, una Ciencia empírica “auxiliar” que proporciona el material empírico imprescindible para la legislación penal y para la Dogmática jurídico-penal que la interpreta y que construye el sistema⁴⁰⁴. La criminalidad económica y empresarial de los poderosos delimita así el campo de objetos que constituyen la base empírica y lógico-objetiva de las valoraciones estrictamente *jurídicas* en virtud de las cuales puede y debe

⁴⁰² SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, 2009, p. 9, definió al delito de cuello blanco como “el cometido por una persona de respetabilidad y estatus social alto en el curso de su ocupación”. Véase EISENBERG, *Kriminologie*, 6ª ed., 2005, pp. 53 s. n.º 67, pp. 964 ss. n.º 58 ss.; GÖPPINGER, *Kriminologie*, 6ª ed., 2008, pp. 421 s. n.º 4 ss.; MEIER, *Kriminologie*, 3ª ed., 2007, p. 290; Hans-Jörg ALBRECHT, en VV.AA., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 262 s.; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2014, p. 29 n.º 64; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, pp. 22 s.; GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 67 s.

⁴⁰³ Como en nota anterior. Ya en el mismo sentido SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*, 2009, p. 9, advirtió que del concepto de delito de cuello blanco quedaban excluidos, por una parte los delitos de la clase alta que, como el asesinato, “no son parte de los procedimientos propios del oficio”, y por otra parte “las estafas de los miembros ricos del bajo mundo, ya que no se trata de personas de respetabilidad y estatus social alto”.

⁴⁰⁴ Sobre el carácter auxiliar o complementario de la Criminología para el Derecho penal, véase por ejemplo JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 47; ZAFFARONI *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2002, pp. 164 s.; GARCÍA-PABLOS, *Tratado de Criminología*, 5ª ed., 2014, pp. 242 s.

finalmente construirse *categorial* y *teleológicamente* el sistema del Derecho penal económico y de la empresa conforme a la “idea” del Derecho. En definitiva, la criminalidad económica de los poderosos constituye el “objeto de la valoración” del Derecho penal moderno.

2. Cuando nos adentramos ya en el campo de la construcción *jurídica* de conceptos (*categorial* y *teleológica*), al objeto empírico de la criminalidad de los *poderosos* que proporciona y nos ha dado a conocer la Criminología, y que como se ha dicho es *casi* en su totalidad una que se realiza en el curso de la *actividad económica* desarrollada por medio de *organizaciones empresariales*, lo tenemos que *convertir* por medio del método estrictamente *jurídico* ya en el “objeto jurídicamente *valorado*”. Esta conversión es la que proporcionará precisamente el contenido material del *concepto* –ahora ya estrictamente *técnico-jurídico*– del moderno Derecho penal económico y de la empresa de los poderosos. Pero de este modo se explica *por sí mismo* –porque esta es la función de la Ciencia *jurídica*– que la clasificación que hago de los contenidos *jurídicos* del Derecho penal moderno no es el producto de ninguna arbitrariedad, sino una división analítica que resulta exclusivamente de la más rigurosa aplicación del método *jurídico* que opera lógico-objetivamente por medio de la verificación de analogías en la naturaleza de las cosas, es decir, en los fenómenos de la realidad empírica que son objeto de las valoraciones *jurídicas*⁴⁰⁵. Por lo tanto, la clasificación que hago del Derecho penal moderno –más atrás descrita⁴⁰⁶– resulta de las evidentes *analogías* de los fenómenos abarcados por los diferentes sectores que, además, a menudo se solapan y entrecruzan, y que se resumen en que todos consisten en conductas económicas empresariales de poderosos que son gravemente lesivas de bienes jurídicos (*analogía entis*) y que además merecen un igual tratamiento *jurídico-penal* (*analogía iuris*), pero diferenciado del que hay que dispensar al fenómeno *desigual* de la criminalidad de los no poderosos, en la medida en que entre los aspectos diferenciales relevantes de una y otra criminalidad ya no existe ninguna analogía⁴⁰⁷. Como vamos a ver, el sistema del moderno Derecho penal económico y de la empresa lo configuro precisamente mediante *analogías* que establezco primariamente desde el punto de vista de lo injusto de la acción o del resultado, y en modo alguno desde puntos de vista *extrajurídicos* como los que adopta PAREDES, que son susceptibles de relleno con todo lo que a uno le parezca y, por esto, campos abonados para la arbitrariedad, que por sí mismos no pueden proporcionar enunciados y proposiciones con validez *jurídica* en sí mismos⁴⁰⁸.

3. En el plano empírico del objeto de la valoración que nos ha proporcionado y dado a conocer la Criminología hay que distinguir dos grupos de delitos. El primero está constituido por aquéllos cuya realización por individuos *no* poderosos *ni* adláteres de poderosos es imposible e impensable, pues remiten a realidades y a ámbitos sociales en que la posibilidad de acción es de hecho un

⁴⁰⁵ Cfr. *supra* 7.5.

⁴⁰⁶ Cfr. *supra* 8.2 y 3.

⁴⁰⁷ Cfr. a continuación *infra* núm. 3.b) en este mismo epígrafe 9.

⁴⁰⁸ Véase de nuevo sólo RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 2003, pp. 114 s.: “con los conceptos jurídicos relevantes, la construcción conceptual jurídica se apoya en conceptos precientíficos; la materia de la Ciencia jurídica no es el conjunto amorfo de datos, sino una realidad previamente formada por conceptos precientíficos o científicos extrajurídicos”; y por esto mismo “la Ciencia del Derecho es en gran parte elaboración conceptual de segundo grado que debe sus conceptos a una previa elaboración científica extrajurídica”, y sin embargo debe estar “claro que la Ciencia del Derecho no adopta a ningún concepto científico extrajurídico *sin transformarlo* al mismo tiempo”.

monopolio de los poderosos⁴⁰⁹, y por ello tales delitos, aunque no necesariamente, a menudo se configuran dogmáticamente como *especiales* o de *dominio social*⁴¹⁰. El segundo grupo — que es el que aquí nos interesa — estaría integrado por aquellos tipos que pueden realizar sujetos pertenecientes tanto a las clases poderosas como a las no poderosas, y a los cuales, por esa razón, quiero denominar mediante una metáfora química como tipos “divalentes”. Esta realidad criminológica es la que constituye el objeto de las valoraciones del Derecho, y éstas dan lugar a los siguientes resultados.

a) Debería estar tan claro como el agua más cristalina que en el plano *jurídico* el dato *criminológico* de que la comisión de estos tipos económicos divalentes pueda llevarla a cabo tanto un individuo poderoso como uno no poderoso es absolutamente *irrelevante* desde el punto de vista de lo injusto *material* en el grado *mínimo* que lo hace injusto *punible* (típico), es decir, que dicho dato es irrelevante en el plano de los tipos “básicos” en cuanto tipos iniciales de los que posteriormente se derivan tipos dependientes privilegiados o agravados en función de la menor o mayor gravedad de lo injusto, ya sea por razón del desvalor de la acción o del resultado⁴¹¹. Esta irrelevancia viene dada por la simple y, sin duda, buena razón de que los individuos de las clases no poderosas, cuando participan e interactúan en las relaciones económicas, sin duda con mucha menor intensidad y poder que los poderosos, lo hacen — porque no hay otras alternativas legítimas — por medio de las mismas e idénticas *instituciones* jurídicas que las utilizadas por los poderosos, en las cuales están precisamente involucrados los bienes jurídicos que pueden ser agredidos y lesionados o puestos en peligro⁴¹². Pero por esto mismo, también los individuos de las clases no poderosas pueden abusar de aquellas instituciones y realizar así, al menos, aquel grado mínimo de lo injusto punible constitutivo de los correspondientes tipos *básicos*, de un modo igual e idéntico — *análogo* — a como lo hacen los poderosos. Por esta razón, desde el punto de vista jurídico, que presupone un trato

⁴⁰⁹ Véase sólo EISENBERG, *Kriminologie*, 6ª ed., 2005, pp. 53 s. n° 67 y 964 s. n° 58-62.

⁴¹⁰ Véase TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2014, pp. 29 n° 64 y 65 ss. n° 147-153; EL MISMO, *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial*, 2010, pp. 57 s. n° 44; GÖPPINGER, *Kriminologie*, 6ª ed., 2008, p. 423 n° 9; y GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 83 ss. En relación con esto, debo insistir una vez más en que la limitación de estos tipos a la criminalidad de los poderosos tiene un alcance estrictamente *criminológico* y *socio-político*, y en absoluto *jurídico*, pues la condición de ser el autor un individuo “poderoso” *no es ningún elemento de los tipos de lo injusto*. Por esto, es absolutamente rechazable la errónea y absolutamente descabellada lectura de mi discurso que hace LASCANO, *Cahiers de Défense Sociale*, (30), 2003, pp. 161 s. y sobre todo p. 169, sugiriendo la extraviada conclusión de que mi discurso estrictamente *jurídico* pudiera abocar a un Derecho penal de *autor*, pues si LASCANO, siguiendo como debe hacer un *jurista*, entre otros muchos por ejemplo a RADBRUCH, hubiera contemplado a mi discurso con la lente del método y del concepto *jurídicos*, entonces habría podido separar y distinguir claramente entre lo que es “esencial *jurídico*”: el Derecho penal de *tipos de lo injusto orientados a bienes jurídicos*, y lo jurídicamente *inesencial*: los tipos *criminológicos* de autor. Por lo mismo, no puedo ver más que como una especulación disparatada la afirmación de RAMOS VÁZQUEZ, en FARALDO CABANA (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, 2004, p. 89, de que mi discurso sería nada más y nada menos que “una aspiración ideológica personal” mía y, por ello, ¡“una idea completamente ajena al *concepto de Derecho penal*”!, porque éste “no tiene por función la persecución de determinadas clases sociales o determinados grupos de personas, sino la efectiva *protección de bienes jurídicos* fundamentales para el mantenimiento de una sociedad democrática”. Cfr. *supra* 6.6, 7 y 8, para mi réplica a semejantes dislates.

⁴¹¹ Sobre la formación de tipos derivados a partir de uno básico general, véase JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, pp. 268 s.; ROXIN, *ATI*, 4ª ed., 2006, pp. 340 ss.; desde el punto de vista criminológico, véase EISENBERG, *Kriminologie*, 6ª ed., 2005, p. 238 n° 16.

⁴¹² Véase EISENBERG, *Kriminologie*, 6ª ed., 2005, p. 206 n° 19: “las regulaciones extrapenales rigen para todos los participantes en el tráfico económico”.

igual de lo que es igual, nada puede objetarse al hecho de que los tipos penales económicos “básicos” que he llamado divalentes sean aplicables en principio, es decir, inicialmente, a sujetos no poderosos que los cometan. Esto parece inobjetable desde el punto de vista de la idea del Derecho como ordenación *justa e igual* de la realidad social.

b) Ahora bien, la analogía e igualdad *jurídicas*, que se dan entre los comportamientos de los poderosos y de los no poderosos en el plano de los tipos de lo injusto *básicos*, no puede ni debe llevar a ignorar ni a pasar por alto que en el plano *criminológico*, como ya quedó dicho, *sí* tengamos que seguir distinguiendo a la criminalidad económica de los poderosos de la de los no poderosos, pues la perspectiva criminológica proporciona el conocimiento de circunstancias *adicionales* distintas de las que son relevantes y constitutivas para los tipos básicos, las cuales hacen a la comisión de un tipo básico por un sujeto no poderoso bien *diferente* a la de un sujeto poderoso. Ciertamente que, como queda dicho, tal diferencia no puede ser percibida desde el punto de vista de los tipos básicos contemplados como conceptos “clasificatorios” —lo cual, por lo demás, carece de toda trascendencia también desde el punto de vista político—, pero tiene que saltar y salta claramente a la vista tan pronto como contemplemos a los hechos desde la perspectiva de lo injusto como concepto *ordenador* “tipológico” que remite a la cualidad de ser su magnitud mensurable y *graduable*⁴¹³, y, como veremos, una ulterior contemplación de los hechos desde la perspectiva del juicio de *culpabilidad* aún hará que se agudicen y se multipliquen las diferencias entre uno y otro supuesto. Puesto que la pluralidad y la diversidad de circunstancias empíricas *adicionales* a las que fundamentan lo injusto mínimo de los tipos básicos son propias y exclusivas de cada supuesto de hecho de los dos que aquí contemplamos como criminalidad económica de poderosos y de no poderosos, porque normalmente están presentes en uno y ausentes en el otro, entonces dichas circunstancias adicionales se tienen que configurar como un nuevo “objeto de la valoración jurídico-penal”. De aquí tiene que resultar que desde el punto de vista de la valoración *jurídica* de dichas circunstancias diferenciales, en la medida en que sean jurídico-penalmente relevantes, ya no puede verse ni establecerse entre ellas ninguna correspondencia que habilite para una equiparación o nivelación *jurídicas* de ambos supuestos *per analogiam* a partir de la naturaleza de la cosa, sino más bien y precisamente todo lo contrario, es decir, sólo pueden verse *diferencias* que, conforme a la idea del Derecho, exigen un tratamiento *desigual* de la comisión del tipo básico en función de si el autor ha sido un sujeto poderoso o uno no poderoso.

c) Y así, como datos empíricos *adicionales* claramente distintivos de la comisión de un tipo penal económico básico por un poderoso y de la de un sujeto no poderoso, que son jurídico-penalmente relevantes porque determinan un mayor o un menor desvalor de la acción o del resultado y, por ello, de lo injusto, se pueden mencionar sobre todo los siguientes: 1) por un lado, los cuantiosos

⁴¹³ Cfr. *supra* 7.4 y 7.8.c), especialmente nota 361. Sobre la exacta y perfecta correspondencia estructural y funcional que debe existir entre el “supuesto de hecho” y la “consecuencia jurídica” de toda proposición jurídica, y concretamente en el sentido de que *todos* los elementos que *fundamentan* y *gradúan* la consecuencia jurídica, y sólo ellos, tienen que estar comprendidos en el supuesto de hecho, véase ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 11ª ed., 2010, pp. 52, 69 s., 119 s.; y sobre los contenidos de los diferentes elementos y subelementos del concepto del delito como factores de proporcionalidad, véase en general AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, 1999, pp. 283 ss., 309 ss., y en particular sobre la “medida” de la culpabilidad —no sobre el concepto “formal” de culpabilidad— como criterio de proporcionalidad, véase LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, pp. 372 ss., 384 ss.

daños materiales (y otros inmateriales) que causan –a veces catastróficos– y, por otro, los cuantiosos beneficios ilícitos que reportan –a veces astronómicos e indecentes– los comportamientos criminales de los poderosos en comparación con las cuantías de los que derivan de comportamientos similares de individuos no poderosos, que en proporción son de hecho insignificantes⁴¹⁴; 2) los potentes y sofisticados medios técnicos y tecnológicos –la llamada ingeniería financiera– de que se sirven generalmente los poderosos para la comisión de sus crímenes económicos, que por una parte tienden a asegurar la comisión y por otra dificultan considerablemente tanto el descubrimiento como la persecución y la prueba de sus comportamientos delictivos⁴¹⁵, aparte de que, además, la utilización de tales medios a menudo será de por sí también ilícita y dará lugar a la comisión de delitos instrumentales –falsedades, estafas singulares, cohecho, etc.– que entrarán en concurso de delitos con el principal, dando lugar así a una mayor punibilidad; por el contrario, los delitos del pequeño delincuente económico generalmente se manifiestan en la forma de lo que ZAFFARONI ha denominado plásticamente como *operas toscas*, que difícilmente escapan de la selectividad del poder punitivo en virtud de la situación y del grado de vulnerabilidad en que se encuentran frente a él generalmente los no poderosos, mientras que la situación de los poderosos ante aquel poder es de hecho de casi total inmunidad⁴¹⁶; y 3) el poder y los efectos corruptores de las instituciones y de los funcionarios que las sirven, que generalmente acompañan a la gran criminalidad económica de los poderosos y que es prácticamente inexistente en la de hecho leve de los no poderosos⁴¹⁷. Por otra parte, estos aspectos criminológicos específicos y diferenciales de la criminalidad económica de los poderosos sólo aparentemente podrían verse como de carácter meramente cuantitativo o de grado en relación con la criminalidad económica de los no poderosos. Pues su valoración con los instrumentos de la *dogmática jurídico-penal* no puede tener otro resultado que la verificación de diferencias de carácter pronunciadamente *cualitativo* que no puede ignorar el sistema *jurídico-penal*, y que éste deberá poder integrar en él por medio del método *jurídico*, para su tratamiento específico y diferenciado con consecuencias jurídicas específicas y diferenciadas revestidas absolutamente de todas las garantías *sin ninguna flexibilización*⁴¹⁸.

4. Como se dijo, el principio de *igualdad*, conforme al cual debe tratarse igualmente a lo que es igual, y desigualmente a lo desigual, es un principio de justicia de validez *a priori*, pues el mismo tiene su anclaje en el nivel supremo de la “idea” del Derecho⁴¹⁹, y al principio de igualdad le es consubstancial el de *proporcionalidad*. La proporcionalidad se predica siempre necesariamente del

⁴¹⁴ Sobre los daños y las ganancias exorbitantes como característica de la criminalidad económica de los poderosos, muy superiores a los de la criminalidad de los no poderosos, véase EISENBERG, *Kriminologie*, 6ª ed., 2005, pp. 737 ss. n° 16-21, quien observa con razón que los daños que produce la delincuencia del comercio individual y de los pequeños establecimientos de trabajo manual son “insignificantes” (p. 736 n° 13); BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, pp. 24 ss.

⁴¹⁵ Véase EISENBERG, *Kriminologie*, 6ª ed., 2005, pp. 736 s. n° 12-15;

⁴¹⁶ Véase ZAFFARONI *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2002, p. 9 n° 3, p. 10 n° 3-5, p. 11 n° 7, p. 13 n° 2, pp. 51 s. n° 1, pp. 57 s. n° 2, p. 61 n° 5, p. 65 n° 4; sobre la selectividad de la persecución penal en la criminalidad económica, véase EISENBERG, *Kriminologie*, 6ª ed., 2005, pp. 734 s. n° 9.

⁴¹⁷ Véase BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, p. 26 con referencias.

⁴¹⁸ Así véase de nuevo GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 156 s. y 208.

⁴¹⁹ Véase sólo RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 2003, pp. 34 ss.

resultado de una comparación, correspondencia o equiparación de, al menos, dos objetos diferentes desde un determinado punto de vista (el del *tertium comparationis*). Puesto que el resultado de la comparación determina si entre los objetos comparados existe o no el presupuesto mínimo de una *analogía entis* (la semejanza en la naturaleza de la cosa) que permita hacer corresponder a los objetos análogos con la misma *ratio iuris* o “identidad de razón” (*analogía iuris*) que habilitan para la equiparación de los entes análogos, ahora ya en el plano del deber ser *jurídico*, de aquí tiene que resultar que si se ha verificado positivamente la existencia de las analogías mencionadas –*entis et iuris*–, entonces los objetos análogos tienen que y deben ser tratados jurídicamente como *iguales*, es decir, en la *proporción* de su semejanza⁴²⁰. Debería estar fuera de toda y de la mínima duda que mi discurso de modernización y mi concepto de Derecho penal moderno los he construido rigurosamente con todo este arsenal de instrumentos de la Ciencia *jurídica*, es decir, en un nivel del Estado de *Derecho* que sin duda es y debe ser visto como *superior* incluso al último y más elevado de la Ciencia *política*. Pues la política *criminal* no es, en primera instancia, nada distinto a un sector especializado más de la Ciencia política como puede serlo el de la política educativa, la agraria o la industrial⁴²¹, mientras que el *Derecho* es una instancia superior a la política por la sencilla razón de que tiene que ser visto como la *Gramática* de todo poder, especialmente para el del Estado, por encima de la cual –recordando la sentencia kantiana– no puede estar ni debe tolerarse que lo esté el César (la política criminal).

5. Si ahora por medio del método estrictamente *jurídico* procedemos a transformar o a convertir a *conceptos jurídico-penales categoriales y teleológicos* a los datos empíricos relevantes de mi discurso *político* de modernización y a mi concepto *criminológico* de Derecho penal moderno como criminalización de conductas de los *poderosos*, y si configuramos con todos aquellos *conceptos jurídicos* un específico “sistema de Derecho penal económico y de la empresa”, entonces tendrá que verse ya como absolutamente infundada y, por esto, como completamente desvirtuada la crítica de PAREDES de que el hecho de que algunos delitos económicos se apliquen a sujetos no poderosos haría que mi concepto de Derecho penal moderno no fuera riguroso, sino una mera “figura retórica”. Pues siendo cierto que la aplicación de algunos delitos económicos puede alcanzar también a sujetos no poderosos, no es menos cierto –y esto es lo que resulta decisivo– que: 1) como he razonado hasta aquí, un tratamiento igual del poderoso y del no poderoso en el plano de lo injusto mínimo de los tipos básicos está absolutamente justificado y es conforme con el *deber ser jurídico*; y 2) que esto para nada impide que el Derecho penal, es decir, la *Dogmática* que queda fuera del horizonte de proyección de PAREDES, sí distinga en *otros niveles jurídicos categoriales* a los hechos cometidos por los poderosos de los cometidos por no poderosos, y que así se dé a cada uno

⁴²⁰ Sobre esto, véase sólo la magistral exposición, a la que difícilmente se podría añadir algo nuevo, de Arthur KAUFMANN, *Analogie und “Natur der Sache”*, 2ª ed., 1982, pp. 18 ss., 26 ss. y *passim*, que se puede resumir en su apodíctica sentencia de que “Derecho es la correspondencia de deber ser y ser” (p. 18); EL MISMO, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1997, pp. 152 ss., 156 s.; y véanse las también magistrales enseñanzas de Joseph ESSER –enfocadas al Derecho privado– sobre el que denomina como “método de la comparación funcional”; véase Joseph ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, 1961, pp. 40 ss., 130 ss. y 442 ss. en general, y específicamente sobre la comparación funcional en referencia a los “principios estructurales”, véase EL MISMO, *op. cit.*, pp. 40 ss., 430 ss., 448 ss., 453 ss. y 469 ss.

⁴²¹ Véase, en este sentido, la opinión, que comparto, de ZAFFARONI *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2002, pp. 156 s. n° 3-6.

un tratamiento jurídico-penal diferenciado por medio de criterios y de reglas de fijación y de determinación de consecuencias jurídicas asimismo diferenciadas.

6. En razón de la desigualdad existente entre la comisión de un hecho delictivo por un sujeto poderoso y por otro no poderoso cuando esto último es posible por tratarse de tipos delictivos económicos de los que he llamado divalentes, es una exigencia de la justicia que deriva de la idea del Derecho⁴²² que las circunstancias *empíricas* que diferencian a un supuesto del otro sean tenidas en cuenta en la medida en que sean jurídicamente relevantes desde el punto de vista de la mayor o de la menor *gravidad* de lo injusto más allá del mínimo de los tipos básicos, para configurar a partir de ellas, según sea el caso, tipos *atenuados o agravados*, o bien *circunstancias atenuantes o agravantes* con fundamento, respectivamente, en el menor o en el mayor desvalor de la acción o del resultado. De este modo, mediante las correspondientes agravaciones y atenuaciones de las consecuencias jurídicas, en *proporción* a la mayor o a la menor gravidad de lo injusto, se producirá la asimilación *jurídico-dogmática* de la evidente y relevante *desigualdad* fenomenológica existente entre la comisión de los hechos delictivos por poderosos y por no poderosos⁴²³.

a) Un buen ejemplo de lo dicho nos lo proporcionan ya de *lege lata* las agravaciones y las atenuaciones previstas en nuestro Código para los delitos contra la propiedad industrial, que es precisamente uno de los ejemplos críticos que invoca PAREDES para “demostrar” la “falta de rigor” y el carácter de “figura retórica” de mi concepto de Derecho penal moderno, pero que por lo que digo ahora se tiene que volver en su contra en el sentido de que es precisamente su crítica la que carece de todo “rigor *jurídico-dogmático*” en virtud de su mezcla y confusión de ejemplos –entre los que incluye, como se vio, nada menos que hasta el ¡tráfico de drogas y el de personas!– que *jurídicamente* son incomparables, y que tienen que ser claramente distinguidos, por la sencilla razón de que entre ellos falta toda correspondencia analógica conforme a la naturaleza de la cosa. Y así, el art. 274.1 CP amenaza con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a la realización del tipo básico de la usurpación de marcas, es decir, a la realización de lo injusto relativo a dicho objeto en el grado mínimo que lo hace punible conforme a los principio de subsidiariedad, de fragmentariedad y de *ultima ratio*. Como este tipo básico lo pueden cometer tanto sujetos poderosos como no poderosos, hasta aquí sería correcta sin la menor duda la afirmación de PAREDES en cuanto mera expresión de la constatación de semejante dato empírico-descriptivo que no se puede negar por ser uno real y verificable. Pero lo que ya no resulta de recibo es que pretenda desvirtuar a mi concepto jurídico-dogmático de Derecho penal moderno, tachándolo de no riguroso y de meramente retórico, con la simple constatación de un dato empírico

⁴²² Véase SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 4; EL MISMO, *ADPCP*, (41), 1988, p. 532; EL MISMO, *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, (8), 1991, pp. 31 s; LÓPEZ REY Y ARROJO, en BARBERO SANTOS (coord.), *La reforma penal*, 1985, p. 38; GARCÍA-PABLOS, «Criminalidad económico-financiera y de cuello blanco (*White-collar crime*)», en *Problemas actuales de la Criminología*, 1984, pp. 161 ss. Señala KAISER, *Kriminologie*, 3ª ed., 1996, p. 788, y en *Introducción a la Criminología*, 7ª ed., 1988, p. 377, que aunque no cabe desconocer la importancia del robustecimiento de la conciencia jurídica de la opinión pública, así como el mejoramiento de los preceptos civiles, administrativos y fiscales, el peso principal de la lucha contra la criminalidad económica descansa ahora como antes en el Derecho penal, y que hacer efectivas las normas correspondientes es sobre todo una tarea de la policía y de los tribunales y un banco de pruebas para la política criminal, para el Derecho penal y, en definitiva, para la igualdad y la justicia en nuestra sociedad.

⁴²³ Sobre el desvalor de la acción y del resultado como parámetros de la proporcionalidad, véase ahora sólo AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, 1999, pp. 285 ss.

como ese que nada dice aún sobre la valoración jurídico-penal *completa* de unos supuestos de hecho que *sólo* son equiparables, en principio, en el nivel dogmático más inferior representado por los tipos básicos, pero que conforme vamos ascendiendo en el “sistema” se van diferenciando cada vez más hasta el punto de que al final del enjuiciamiento completo se muestran como supuestos substancial y cualitativamente tan distintos como pueden serlo los seres humanos y los simios, y ello a pesar de tener una raíz común en los tipos básicos que, sin embargo, al final del enjuiciamiento *jurídico* total resulta absolutamente insignificante y opacada por las circunstancias adicionales diferenciales.

b) Siguiendo con el ejemplo propuesto relativo al delito de usurpación de marca, en un primer ascenso del enjuiciamiento jurídico-penal sistemático, ya nos encontramos con importantes diferencias “tipológicas” que determinan un enjuiciamiento desigual de la comisión de una usurpación de marca por sujetos poderosos y de otra cometida por no poderosos, del que resultan consecuencias jurídicas asimismo desiguales. Y así, el párrafo segundo del núm. 3 del artículo 274 permite *no aplicar* la pena de *prisión* asignada al tipo básico, e imponer en su lugar, alternativamente, las *menos graves* de multa de uno a seis meses o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días; una atenuación que tiene su fundamento en circunstancias que, como la reducida cuantía del beneficio y las *características del culpable*, son típicas precisamente de la criminalidad de los *no poderosos* y fundamentan sin la menor duda una menor gravedad de lo injusto o, en su caso, de la culpabilidad⁴²⁴. Y por cierto que, en principio, nada podría impedir que conductas de sujetos no poderosos que sean subsumibles formalmente en los tipos básicos e incluso en los atenuados de los delitos económicos divalentes pudieran quedar excluidas totalmente del ámbito de lo injusto penal en virtud de una aplicación seria del principio de la “insignificancia”⁴²⁵, en cuyo caso deberíamos ir aún más lejos y plantear la cuestión de si dicho principio de insignificancia debería dar lugar no sólo a la exclusión de lo injusto penal, sino también a la de lo injusto de todo orden sancionador –especialmente del administrativo–, y desplazar el tratamiento y la solución del conflicto al Derecho de la responsabilidad civil contractual o extracontractual según sea el caso. Por el contrario, en el art. 276 CP se prevén para todos los delitos contra propiedad industrial *agravaciones* punitivas –prisión de *dos a seis* años, multa de *dieciocho a treinta y seis* meses e *inhabilitación profesional de dos a cinco* años– con fundamento en circunstancias que, como la trascendencia económica del beneficio, la gravedad del hecho por el valor de los objetos o por la importancia del perjuicio, y la pertenencia a una organización –por ej. a una empresa–, fundamentan sin la menor duda la mayor gravedad de lo injusto que se da en general en los hechos de criminalidad económica de los poderosos⁴²⁶.

⁴²⁴ Por cierto que parto de la confianza en que a PAREDES –o a cualquiera– no se le ocurrirá decir que el argumento esgrimido carece de validez porque podría darse el caso de que también un sujeto *poderoso* cometiera un delito de usurpación de marca con un beneficio reducido que daría lugar a la aplicación de la atenuante también a dicho sujeto poderoso. Pues con franqueza, ante una ocurrencia semejante, creo que la prudencia aconsejaría ignorarla y permanecer callado sin hacer ni un solo comentario.

⁴²⁵ Véase sobre ello MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PE*, 5ª ed., 2015, pp. 226 y 190 s., donde analiza la misma e idéntica atenuación prevista en el art. 270.1 CP para los delitos contra la propiedad intelectual, y sugiere la posibilidad, ya apuntada en la doctrina, de una interpretación restrictiva que pudiera dar lugar a la exclusión total de las conductas de “distribución al por menor”.

⁴²⁶ Véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PE*, 5ª ed., 2015, 242 ss. Sólo para dejar constancia de otro ejemplo, lo mismo se

7. Pero como el sistema de la teoría del delito no se agota en el tipo, no podemos detenernos aquí y aún tenemos que proseguir el enjuiciamiento en los niveles superiores del sistema hasta agotarlo y hacerlo completo y definitivo. En relación con la comisión de estos delitos “divalentes” no parece que necesite de explicaciones detalladas el hecho de que las circunstancias socioeconómicas típicas de los poderosos, si bien evidentemente no de un modo absoluto, muy difícilmente podrían valorarse como relevantes respecto de algún tipo de causa de justificación completa, incompleta o analógica, mientras que las típicas de los no poderosos sí darán lugar con frecuencia a una valoración jurídica de sentido favorable que podrá dar lugar a la apreciación de alguna causa de justificación completa o incompleta, como por ejemplo el estado de necesidad, o a la apreciación de una menor gravedad de lo injusto que deberá dar lugar a una disminución de lo injusto mínimo punible de los tipos básicos y, en su caso, incluso de los atenuados, pues no creo decir nada exagerado si afirmo que la situación socioeconómica de muchos sujetos no poderosos que cometen hechos punibles económicos es una de permanente o de casi constante necesidad que no puede dejar de ser valorada en el plano de lo injusto con aquellos efectos de exclusión o de atenuación de éste y de la pena⁴²⁷.

8. Finalmente, aún queda la valoración *jurídica* de la culpabilidad como último momento del enjuiciamiento jurídico-penal determinante de la consecuencia jurídico-penal específica. En este plano difícilmente podría ponerse en cuestión la frecuente concurrencia en autores no poderosos de circunstancias excluyentes o reductoras de la culpabilidad que, por el contrario, no se darán en los autores poderosos.

a) No es ningún secreto que la gran mayoría de los contenidos de las leyes económicas resultan de la presión y de la influencia de los poderes económicos sobre los políticos institucionales, lo que hace ya difícilmente imaginable que los individuos que ostentan aquel poder y sus colaboradores desconozcan la antijuridicidad de sus comportamientos contrarios a legislaciones cuyos contenidos propician generalmente ellos mismos. Por otro lado, no puede ignorarse el dato real de que los poderosos se proveen de equipos de asesoramiento técnico-jurídico permanente. Por todo esto, es realmente difícil de imaginar que, al margen de casos límite, los poderosos puedan desconocer la antijuridicidad de sus actos, mientras que no será infrecuente que los no poderosos incurran en errores de prohibición a causa de la extraordinaria complejidad que muestra la maraña de la legislación económica. Un buen ejemplo de esto lo proporciona el razonamiento expuesto en el Fundamento Jurídico Séptimo de la Sentencia 198/2011 de la AP de Las Palmas de Gran Canaria⁴²⁸, en relación con un delito urbanístico, en el cual se considera que si bien un ciudadano medio, por ejemplo un agricultor, es decir, un sujeto no poderoso, puede caer fácilmente en un error de prohibición, por el contrario ello es considerablemente más difícil que ocurra en un sujeto poderoso

puede decir respecto de algunas de las circunstancias agravantes de la estafa del art. 250, y muy particularmente de la de “aprovechamiento de la credibilidad empresarial o profesional” del número 6º de dicho artículo.

⁴²⁷ Véase la detallada y muy reveladora exposición de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *PG*, 4ª ed., 2014, pp. 449 ss., donde pone de manifiesto cómo el estado de necesidad resulta de muy difícil aplicación precisamente en delitos que, como la defraudación tributaria o los ambientales, solamente pueden cometerlos personas de alto nivel económico o que actúan para grandes empresas; mientras que en unos delitos “divalentes” como son las insolvencias punibles, no habría obstáculo para aplicar el estado de necesidad justificante, sobre todo a los casos en que el deudor enajena sus bienes para procurarse *alimentos* o *medicinas*, es decir, que lo hace en una situación de auténtica necesidad económica en la que, simplemente, es inimaginable que pueda encontrarse un sujeto económicamente poderoso.

⁴²⁸ Cendoj 35016370012011100439.

como un empresario de la construcción de alto nivel. Así, según dicha Sentencia: “cabría plantearse el nivel de conocimiento que resulta exigible al agricultor, ganadero y/o ciudadano medio que se limitan a efectuar una modificación puntual de su finca, construyendo algún tipo de edificación auxiliar de su actividad, y que en atención a su escasísima importancia pudiere hacer pensar que actuaran en el convencimiento de que no lesionan los intereses tutelados por la norma penal”, mientras que “tal nivel de exigencia no puede medirse bajo los mismos parámetros respecto de quien, *por ostentar una cualidad empresarial habitual gestionando una empresa de cierta importancia*, actúa de ordinario en contacto con fuentes directas de conocimiento jurídico”.

b) Por otra parte, de acuerdo con las exigencias del Estado social de Derecho, ninguna duda puede haber sobre que en una gran masa de supuestos de criminalidad económica de no poderosos no deberá ser posible fundamentar una culpabilidad plena de sus autores, en última instancia por razones de *inexigibilidad*, mientras que en los autores poderosos difícilmente podrá negarse una culpabilidad máxima por la realización de sus acciones muy gravemente injustas y antijurídicas. En todo caso, esto último debe resultar así desde el concepto de culpabilidad que sostengo, el cual remite en última instancia al esfuerzo individual que cada uno tiene que hacer, primero, para poder formarse en el proceso de su aprendizaje de la cultura de la comunidad a la que pertenece y en la que desarrollará su vida y su existencia, normas ético-individuales coincidentes con las jurídicas de su cultura, y luego, para cumplir efectivamente unas y otras en cada momento y situación de su vida⁴²⁹. Conforme a esta concepción, entiendo que la magnitud de la culpabilidad es inversamente proporcional a la de aquel esfuerzo y, por lo tanto, a un mayor esfuerzo para formarse normas ético-individuales conformes con las exigencias del orden social y jurídico corresponde una menor culpabilidad y, al contrario, a un menor esfuerzo corresponderá una mayor culpabilidad. En términos generales esta teoría de la culpabilidad remite a una especie de corresponsabilidad social por el delito. Una sociedad con tan profundas desigualdades económicas y de oportunidades, porque no ha cumplido con las obligaciones dimanantes de su contrato fundacional de proveer las condiciones de posibilidad de aquella igualdad entre todos los asociados, tiene que asumir su cuota de responsabilidad por su incumplimiento y no debe poder exigir una responsabilidad plena a ningún individuo que no haya tenido plenas oportunidades de aprendizaje cultural a causa de las condiciones creadas por la propia organización social y por su mismo funcionamiento⁴³⁰.

c) No me parece que sea precisa ninguna explicación detallada del hecho de que también en el caso de autores no poderosos de delitos económicos se ha de partir de los condicionamientos de su vida existencial por la desigualdad social y económica que impide o dificulta su aprendizaje cultural relativo a la vida económica. Y que, por esto, el mayor esfuerzo que tendría que realizar a partir de los condicionamientos socioeconómicos de su existencia vital, para poder formarse normas ético-individuales correspondientes con las del orden social y para cumplirlas luego de un modo

⁴²⁹ Véase GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de Dogmática penal*, 2006, pp. 119-160 *passim*.

⁴³⁰ Véase GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de Dogmática penal*, 2006, pp. 129 ss. Substancialmente similares o muy próximos a mi concepto de culpabilidad son el concepto de la culpabilidad por el esfuerzo para situarse en una posición concreta de vulnerabilidad ante el poder punitivo, de ZAFFARONI *et al.*, *PG*, 2ª ed., 2002, pp. 653 ss.; EL MISMO, «Culpabilidad y vulnerabilidad social», en *En torno de la cuestión penal*, 2005, pp. 229 ss.; y también la teoría del sujeto responsable de BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *PG*, 2006, pp. 438 ss., que es substancialmente una teoría de la exigibilidad medida en función de las circunstancias individuales del sujeto y de sus posibilidades de relación con su entorno social.

permanente, tiene que determinar una menor exigibilidad que deberá traducirse en una disminución de la intensidad y del grado de la culpabilidad en cuanto reproche *social* y *jurídico*. Porque una sociedad que no haya cumplido con su deber fundado en su contrato fundacional, de crear y de proveer las condiciones de posibilidad de cursar los procesos de aprendizaje de sus valores y de sus pautas culturales de un modo igual para todos sus miembros asociados, no debe poder exigir un cumplimiento incondicionado de sus normas a aquéllos que no hayan tenido las mismas e iguales oportunidades que otros a causa del incumplimiento por la sociedad de sus propias obligaciones por medio de la actividad de su Estado. Pues como afirma MUÑOZ CONDE — y yo suscribo sin reservas — “la culpabilidad tiene también un fundamento material, basado en la propia idea democrática”⁴³¹, y por esto mismo, “la tarea del Estado social y democrático de Derecho no consiste en castigar a los que no están en condiciones de poder participar en condiciones de igualdad en la configuración de la vida social” sino — como dice el art. 9.2 CE — en promover dichas condiciones de igualdad y en eliminar las que las impiden⁴³². Y si como lo muestra y demuestra la cruda realidad empírica, que no puede ni debe ser ignorada, es cierto que, como lo ha denunciado SCHÜNEMANN, los procesos económicos siguen el curso impuesto por los acuerdos de los poderosos con efectos de exclusión o de limitación de las posibilidades de acceso de terceros a los mercados dominados por ellos, de tal modo que el fuerte aniquila al débil y así tiene lugar un darwinismo social y económico completamente alejado de la justicia⁴³³, de todo esto tiene que resultar que, por las razones explicadas, en un Estado social y democrático de Derecho, mientras que las condiciones del delincuente económico poderoso tienen que ser valoradas en general como unas de mayor exigibilidad, las del infractor de normas económicas que está excluido del poder económico real tienen que serlo también en general en sentido contrario como condiciones de menor e incluso de exclusión de la exigibilidad y, por consiguiente, de exclusión o de disminución de la culpabilidad⁴³⁴.

⁴³¹ Véase MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 9ª ed., 2015, p. 380.

⁴³² Véase MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 9ª ed., 2015, p. 382. Aunque MUÑOZ CONDE ya no se refiera expresamente a las posibilidades de participación en los bienes jurídicos como presupuesto de la culpabilidad, como sostuvo en sus primeras tesis sobre el concepto material de culpabilidad (véase MUÑOZ CONDE, «Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform», en MADLENER *et al.* (eds.), *Strafrecht und Strafrechtsreform*, 1974, pp. 325 ss.; EL MISMO, «El principio de culpabilidad», en *III Jornadas de Profesores de Derecho penal*, 1976, p. 231; y EL MISMO, «Über den materiellen Schuldbegriff», *GA*, 1978, p. 69), entiendo que dicha condición permanece implícita en su concepción actual reproducida en el texto, y en todo caso yo la considero y la entiendo válida y vigente para una sociedad con profundas desigualdades que *es* y funciona como *no debe ser*, es decir, de un modo altamente alejado de la “idea” del Derecho, pues como advirtió el propio MUÑOZ CONDE en relación a si el requisito de la participación en los bienes jurídicos sería válido una vez superada la legislación franquista — que fue la que le motivó a formular dicha tesis —, si lo que importa es la situación social y económica real, y si ésta es una de profundas desigualdades, entonces su teoría continúa siendo válida también para una sociedad democrática y pluralista; véase MUÑOZ CONDE, *El error en Derecho penal*, 1989, p. 71.

⁴³³ Véase SCHÜNEMANN, *GA*, 2003, pp. 301 y 302.

⁴³⁴ En sentido similar en general, MUÑOZ CONDE, *GA*, 1978, p. 76 ss., entiende que el rol social del individuo es un elemento del concepto material de culpabilidad que debe ser tenido en cuenta para determinar el alcance de la exigibilidad. Es cierto, sin duda, que como advierte Inés OLAIZOLA NOGALES, *El error de prohibición*, 2007, p. 148, una característica personal del autor no puede servir para probar con carácter general un elemento del delito, y la autora tiene toda la razón, pero aquí no se trata de esto, sino de la cuestión de que *en general*, es decir, en la gran mayoría de los casos, la condición de poderoso — que no se puede desvincular de las condiciones materiales del medio en que se desenvuelve, las cuales le proporcionan un potencial de acción considerablemente superior al de los no poderosos — dará lugar a que no puedan encontrarse para él circunstancias determinantes de un menor reproche, sino más bien de uno mayor de acuerdo con las valoraciones del Derecho penal y, en definitiva, de las que dimanan

10. Conclusiones

1. Aunque, salvo en supuestos muy excepcionales, ningún producto del pensamiento puede aspirar a mostrarse incondicionalmente válido, sino a lo sumo como razonable y plausible en unas determinadas coordenadas espacio-temporales, las explicaciones que acabo de exponer aquí sobre el concepto de Derecho penal moderno, que sin duda aún podría ampliar y enriquecer con otros argumentos adicionales, en mi opinión están cargadas de una fuerza mucho más que suficiente para mostrar que la descalificación de mi discurso y de mi concepto por PAREDES como faltos de “rigor” y como “figura retórica” no aguanta el peso de la Ciencia y del método jurídicos. Por el contrario, de lo expuesto tendría que deducirse que es precisamente su crítica la que carece de todo rigor. Pues, como ya he mostrado en el curso de mi argumentación, el plano jurídico-dogmático está fuera del horizonte de proyección de la crítica de PAREDES, y por esto no percibe que el sistema de la teoría *jurídica* del delito, que él está dispuesto a alterar y a sustituir por la Política criminal “cuando sea menester”⁴³⁵, ofrece sin la mínima necesidad de ser reinterpretado, alterado ni adaptado, todas las respuestas adecuadas y justas, conforme a la idea del Derecho, a las *diferencias* que nos muestra la variada y plural fenomenología empírica de la criminalidad económica de poderosos y de no poderosos⁴³⁶. Es más, si fuera cierto —que no lo es ni remotamente— que la Dogmática jurídico-penal no pudiera asimilar los fenómenos del presente como “materia” punible a tratar de modo *idéntico* a como lo hace con la materia criminal —por así decirlo— tradicional, como por ejemplo el homicidio, las detenciones y secuestros, o los delitos contra el patrimonio, es decir, con sus principios y garantías en su estado de concreción actual desarrollado a partir de la invención ilustrada de la “idea” de las mismas, entonces la solución, en contra de lo que opinan y proponen PAREDES y otros⁴³⁷, bajo ningún concepto ni circunstancia debiera ser la de modificar la teoría del delito —ni en lo más mínimo— para poder atraer y capturar a dichos fenómenos en la órbita del poder punitivo⁴³⁸. La solución en tal caso debería ser tan simple como reconocer que los nuevos fenómenos del presente —igual que sucede con tantos otros de la vida en todo tiempo— *no pueden ser vistos ni deben ser* configurados como *materia criminal* y que, por esto mismo, deben quedar excluidos del ámbito de lo punible y ser tratados en el sector jurídico que corresponda a su naturaleza. Pero como hemos visto la Dogmática *sí* dispone de los instrumentos adecuados para dispensar a los nuevos fenómenos el tratamiento jurídico-penal que les corresponde *en Derecho*. Lo que deber hacerse es desarrollar las categorías dogmáticas existentes mediante los esfuerzos argumentativos que sean precisos con el más riguroso respeto del *método jurídico*, y no destruirlas para reemplazarlas por ningún discurso político criminal ni por otros extrajurídicos de cualquier otra índole⁴³⁹. Como advierte con razón SILVA SÁNCHEZ —y yo suscribo sin reserva— “el moderno giro hacia los estudios sobre la racionalización de la legislación penal” no puede conducir “más

de la “idea” del Derecho en el sentido en que aquí ya se ha expuesto con insistencia.

⁴³⁵ Cfr. *supra* 4.3.c).

⁴³⁶ Cfr. de nuevo las opiniones en tal sentido de los autores citados *supra* nota 139.

⁴³⁷ Cfr. *supra* 3.3.a) y nota 141.

⁴³⁸ Véase de nuevo la clara y firme opinión de GIMBERNAT en ese mismo sentido *supra* en nota 139.

⁴³⁹ Véase en este sentido también ZAFFARONI, en EL MISMO, *En torno a la cuestión criminal*, 2005, p. 75, donde observa respecto de lo que él llama la “enajenación política del teórico” que “cuando se pretende eliminar el método jurídico para caer en el puro discurso político, el producto (es) un discurso clientelista de oportunidad sin contenido racional (o con racionalidad propia, que es la del Estado de policía, o sea la funcionalidad para quien manda)”.

que a un cierto maquillaje — por parte (del) legislador — de sus ‘productos’”, y para el tratamiento de los nuevos problemas no puede haber otro camino correcto distinto al trazado por la “dogmática académica”⁴⁴⁰.

2. Como he tratado de fundamentar, quien respete las exigencias mínimas del método de la Ciencia jurídica como saber intencional para la construcción categorial y teleológica de la materia del Derecho, y con funciones de clasificación (*diferenciadora*) y de ordenación (*tipológica*) de aquélla en un “sistema”, tal y como resulta del insuperable legado de RADBRUCH que yo sigo, y al que aquí he apelado en reiteradas ocasiones, no podrá dejar de ver en el Derecho penal moderno del presente nada distinto que no sea el Derecho penal económico y empresarial de la clase alta o de los poderosos. Por consiguiente, frente a la crítica de PAREDES, reafirmo aquí sin la mínima rectificación ni corrección mi concepto inicial de Derecho penal moderno en sus mismos términos originales, es decir, como sistema de criminalización con el más estricto y rígido respeto de las garantías del Estado de Derecho, de los comportamientos económicos socialmente lesivos que, como nos muestra el saber criminológico, son típicos de los poderosos. Sobre la cuestión de si son o no son correctos los argumentos extrajurídicos de PAREDES en contra de los análisis históricos que me han llevado a formular el retrodiagnóstico de que el Derecho penal liberal, de hecho fue utilizado — y aún lo es — como instrumento de represión de la clase baja por la alta, mi opinión es que más allá de su exorbitancia, también en cuanto al fondo de sus estimaciones carecen de toda validez. Pero como esto desborda los límites de la cuestión específica que aquí he querido tratar específicamente, espero poder ocuparme de ello en algún otro lugar y en otro momento⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ Véase SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 3ª ed., 2011, p. 208.

⁴⁴¹ No obstante, sólo a título de un ejemplo más de entre los ya tratados aquí anteriormente, según interpreta PAREDES CASTAÑÓN, *RDPC*, (17), 2006, p. 468, una vez más atribuyéndome lo que ni digo ni se puede derivar de mis enunciados, de mi desvaloración del “empleo clasista” de los principios y de las garantías penales liberales, yo deduciría y establecería a continuación una especie de relación de causalidad — supongo que no real material, sino “lógica” — entre la desvaloración misma y un rechazo de los principios y de las garantías, oponiendo PAREDES a esto — que una vez más sólo él supone que yo digo, pero que evidentemente *no* digo en ninguna parte — que “el argumento del *origen* o del empleo clasista de dichos principios (un hecho histórico indudable) no permite extraer ninguna conclusión práctica”, porque aquello (*sc.* el *origen* y uso clasistas) “nada dice del valor que dicho principio merece” (*sc.* el de legalidad). Pero como queda dicho, PAREDES atribuye una vez más a mi discurso enunciados que éste no formula en absoluto, por lo que su crítica a lo que evidentemente *no* dice mi discurso, se queda asimismo una vez más en la nada a causa de la inexistencia de objeto de crítica. Sobre que yo no sólo no rechazo las garantías, sino que las reivindico sin la mínima flexibilización, ya lo he dicho todo *supra* en 4.2.b), y no hay nada más que añadir al respecto, con lo cual se desvirtúa por sí misma la afirmación de PAREDES de que yo establezco una “relación de causalidad” entre el origen y uso clasistas y el rechazo de las garantías que me atribuye sin ninguna base. Y en lo que se refiere a la visión de PAREDES acerca de mis juicios desvalorativos sobre las garantías, resulta una clara arbitrariedad que los proyecte tanto al *origen* como al uso clasistas de aquéllas, pues en mi discurso crítico está mucho más que suficientemente claro y es inequívoco que el objeto de mis desvaloraciones es exclusivamente el concreto “uso” histórico, y absolutamente para nada el “origen” clasista del principio de legalidad y del resto de las garantías (véase GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, 2003, pp. 181 ss.), pues como afirma BUSTOS RAMÍREZ, *Control social y sistema penal*, 1987, p. 190 — con cuyo discurso se identifica el mío totalmente —, en relación particularmente con el principio del bien jurídico “no se trata de abandonarlo, porque surgió dentro de una concepción burguesa de la sociedad, sino de sobrepasar sus límites formales para llegar a una concepción material de él” (cursivas mías). Por consiguiente, también esta errónea proyección de mis juicios desvalorativos al “origen” clasista de los principios y garantías invalida completamente la crítica de PAREDES, pues es evidente que aquellos juicios para nada tienen por objeto ni afectan a los principios *en sí mismos*, es decir, en cuanto enunciados formales, ni a su *origen*, o para decirlo más precisamente de acuerdo con la distinción metódica de RADBRUCH, mis juicios desvalorativos no tienen otro objeto

11. Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ (2006), «Acerca de la teoría de bienes jurídicos», *Revista Penal*, (18), pp. 3 ss.

AGUADO CORREA (1999), *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Edersa, Madrid.

ALASTUEY DOBÓN (2004), *El delito de contaminación ambiental (Artículo 325.1 del Código penal)*, Comares, Granada.

Hans-Jörg ALBRECHT (2001), «Investigaciones sobre criminalidad económica en Europa: conceptos y comprobaciones empíricas», en VV.AA., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, pp. 259 ss.

Peter-Alexis ALBRECHT (2010), *Kriminologie. Eine Grundlegung zum Strafrecht*, 4ª ed., C. H. Beck, Múnich.

————— (1988), «Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionstaat. Entwicklungstendenzen des materiellen Strafrechts», *KritV*, pp. 182 ss.

ALCÁCER GUIRAO (2003), *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, Atelier, Barcelona.

————— (1998), «Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (51), pp. 365 ss.

ALLER (2011), *Criminalidad del poder económico. Ciencia y praxis*, B de F, Buenos Aires/Montevideo.

AMELUNG (1972), *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum Verlag, Fráncfort del Meno.

ANASTASOPOULOU (2005), *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, C. H. Beck, Múnich.

APPEL (1998), *Verfassung und Strafe*, Duncker & Humblot, Berlín.

ARROYO ZAPATERO (1998), «Derecho penal económico y Constitución», *Revista Penal*, (1), pp. 1 ss.

————— (1985), «El Derecho penal económico en la República Federal alemana», en BARBERO SANTOS (ed.), *La reforma penal: delitos socio-económicos*, Universidad de Madrid, Madrid, pp. 99 ss.

que la unilateral concreción histórica burguesa de los contenidos *materiales* de las garantías (*der Rechtsstoff*), y en absoluto para nada las garantías mismas en cuanto “ideas” jurídicas (*die Rechtsidee*); en el mismo sentido, véanse los juicios similares de BUSTOS RAMÍREZ, *Control social y sistema penal*, 1987, pp. 16 ss., 188 ss.; en relación con el principio del bien jurídico, véase también Gonzalo D. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, 2004, pp. 140 s. En general, sobre el dualismo metódico conforme a la distinción y a la relación entre sí de la “idea” y de la “materia” del Derecho, véase RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 2003, pp. 14 s., 38; EL MISMO, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, 1960, pp. 16 s.; véase también ROXIN, *GS-Radbruch*, 1968, pp. 261 ss. *passim*.

AYALA GÓMEZ (1988), *El delito de defraudación tributaria. Artículo 349 del Código penal*, Civitas, Madrid.

BACIGALUPO ZAPATER (2007), «Rechtsgutsbegriff und Grenzen des Strafrechts», en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs: zum 70. Geburtstag*, pp. 1 ss.

————— (2005) (dir), *Curso de Derecho penal económico*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid/Barcelona; 1ª ed. de 1998.

BAJO FERNÁNDEZ (1978), *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Civitas, Madrid.

BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE (2010), *Derecho penal económico*, 2ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

BASAR (2014), *Modernes Strafrecht – Vergessene Freiheit? Das Strafrecht vor neuen Herausforderungen*, Logos, Berlín.

BAUMANN/WEBER/MITSCH (2003), *Strafrecht Allgemeiner Teil: Lehrbuch*, 11ª ed., Gieseking, Bielefeld.

BENDA (2001), *El Estado social del Derecho*, en EL MISMO/MAIHOFFER/VOGEL/HESSE/HEYDE, *Manual de Derecho constitucional*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid/Barcelona, pp. 487 ss.

BELING (1964), *Die Lehre vom Verbrechen* (reimpresión de la edición de Tubinga de 1906), Scientia, Aalen.

BINDING (1919), *Schuld im deutschen Strafrecht: Vorsatz, Irrtum, Fahrlässigkeit*, Mainer, Lipsia.

BIRNBAUM (1834), «Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung», *Archiv des Criminalrechts. Neue Folge*, (15), pp. 149 ss.

BÖCKENFÖRDE (1969), «Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriff», en EHMKE (ed.), *Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag*, Europäische Verlagsanstalt, Fráncfort del Meno.

BOTTKE (1994), «Zur Legitimität des Wirtschaftsstrafrechts im engen Sinne und seiner spezifischen Deliktsbeschreibungen», en SCHÜNEMANN/SUAREZ GONZÁLEZ (eds.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrecht. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, Carl Heymanns, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, pp. 109 ss. (= «Sobre la legitimidad del derecho penal económico en sentido estricto y de sus descripciones típicas específicas», en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, 1995, Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 637 ss.).

————— (1991), «Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland – Lösungen und Defizite», *Zeitschrift für Wirtschaft-Steuer-Strafrecht*, pp. 1 ss.

BRENDER (1989), *Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, Schäuble, Friburgo/Berlín.

Franz BRENTANO (2002), *El origen del conocimiento moral* (trad. de Manuel García Morente y Estudio preliminar de Juan Miguel Palacios), Tecnos, Madrid.

BUSTOS RAMÍREZ (1987), *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona.

————— (1965), *Culpa y finalidad*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE (2006), *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Trotta, Madrid.

CALLIESS (1989), «Strafzwecke und Strafrecht», *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 1338 ss.

CANCIO MELIÁ (2000), «Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito», en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias sobre temas penales*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, pp. 121 ss.

CEREZO MIR (2004), *Curso de Derecho penal español. Parte General*, t. I (Introducción), 6ª ed., Tecnos, Madrid; 4ª ed. de 1994.

————— (2004), *Curso de Derecho penal español. Parte General*, t. II (Teoría jurídica del delito/1), 6ª ed., Tecnos, Madrid.

————— (2004), *Curso de Derecho penal español. Parte General*, t. III (Teoría jurídica del delito/2), Tecnos, Madrid.

————— (2002), *Prólogo a Fundamentos de la Dogmática penal y de la Política criminal (Ontologismo y Normativismo)*, Cepolcrim-Editorial Ius Poenale, México DF.

CORCOY BIDASOLO (2004), «Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *La Política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, pp. 25 ss.

————— (1999), *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

DELGADO ECHEVERRÍA (2013), *El vigor de las leyes: el campo semántico “validez” en el “Diccionario de autoridades”*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza.

DEMETRIO CRESPO (2004), «Del “Derecho penal liberal” al “Derecho penal del enemigo”», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (14), pp. 87 ss.

Elías DÍAZ GARCÍA (1981), *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8ª ed., Taurus Ediciones, Madrid (reimpresión de 1986).

DÍEZ RIPOLLÉS (2013), *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, 2ª ed., Trotta, Madrid.

————— (2005), «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (7).

————— (2004), «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (6).

————— (1997), «El bien jurídico protegido en el Derecho penal garantista», *Jueces para la Democracia*, (30), pp. 10 s.

DORADO MONTERO (1973), *Bases para un nuevo Derecho penal. Nueva edición con Prólogo, bibliografía y notas por Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Depalma, Buenos Aires.

DUBBER (2005), «Strafrechtsdogmatik als Botanik», en HEFENDEHL (ed.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitische Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, Carl Haymanns, Colonia/Berlín/Múnich, pp. 245 ss.

EISENBERG (2005), *Kriminologie*, 6ª ed., C.H. Beck, Múnich.

ENGISCH (1977), *Einführung in das juristische Denken*, 7ª ed., Kohlhammer, Estucardia/Berlín/Colonia/Maguncia (desde 1996, Thomas Würtenberger y Dirk Otto, han editado y actualizado la jurisprudencia y la bibliografía en las ediciones 9ª a la 11ª de la misma editorial, siendo la 11ª de 2010 la última editada, y la que aquí se citará junto a la 7ª del propio Engisch).

————— (1953), *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg.

ESCRIVÁ GREGORI (1976), *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, Bosch, Barcelona.

Joseph ESSER (1961), *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado* (trad. de Eduardo Valentí Fiol), Bosch, Barcelona.

FELIP I SABORIT (2011), «Observaciones a “La expansión” diez años después», en ROBLES PLANAS/SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coords.), *La crisis del derecho penal contemporáneo*, Atelier, Barcelona, pp. 65 ss.

Gonzalo D. FERNÁNDEZ (2004), *Bien jurídico y sistema del delito*, B de F, Montevideo/Buenos Aires.

FERNÁNDEZ TERUELO (2013), *Instituciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Lex Nova/Thomson Reuters, Pamplona.

FERRAJOLI (2001), *Derecho y razón*, 5ª ed., Trotta, Madrid.

FERRATER MORA (1979), *Diccionario de Filosofía*, t. 3 (K-P), Alianza Editorial, Madrid.

FOUCAULT (1980), *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona.

————— (1980), *El orden del discurso*, 2ª ed., Tusquets Editores, Barcelona.

————— (1975), *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Editions Gallimard, París (= *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* [trad. de Aurelio Garzón del Camino], 3ª ed., 1978, Siglo veintiuno).

————— (1972), *Histoire de la folie a l'âge classique*, Editions Gallimard, París.

————— (1969), *L'archéologie du savoir*, Editions Gallimard, París.

————— (1966), *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines*, Éditions Gallimard, París.

FREHSEE (2003), *Der Rechtsstaat verschwindet. Strafrechtliche Kontrolle im gesellschaftlichen Wandel von der Moderne zur Postmoderne – Gesammelte Aufsätze –*, Duncker & Humblot, Berlín

————— (1996), «Die Strafe auf dem Prüfstand. Verunsicherungen des Strafrechts angesichts gesellschaftlicher Modernisierungsprozesse», *Strafverteidiger*, pp. 222 ss.

FRISCH (1996), «Straftat und Straftatsystem», en WOLTER/FREUND (eds.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, C. F. Müller, Heidelberg, pp. 135 ss.

GARCÍA AMADO (2010), «La Filosofía del Derecho en España hoy. Un balance pesimista», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (44), pp. 523 ss.

————— (1992), «Sobre los modos de conocer el Derecho o de cómo construir el objeto jurídico», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (11), pp. 193 ss.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (2014), *Tratado de Criminología*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

————— (2006), *Introducción al Derecho penal*, 4ª ed., Ramón Areces, Madrid.

————— (1984), «Criminalidad económico-financiera y de cuello blanco (*White-collar crime*)», en *Problemas actuales de la Criminología*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid.

GARCÍA PELAYO (1985), *Las transformaciones sociales del Estado contemporáneo*, 2ª ed., Alianza Editorial, Madrid.

Alicia GIL GIL (1999), *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid.

GIMBERNAT (2001), «¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una Parte General son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?», en VV.AA., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, pp. 355 ss.

————— (1991), «Otra vez: los delitos contra la propiedad intelectual», *Jueces para la Democracia*, (13), pp. 35 ss., publicado también en *Estudios penales y criminológicos*, (15), 1992, pp. 99 ss. e incluido en sus *Ensayos penales*, Tecnos, Madrid, 1999 (aquí se cita por esta última).

————— (1986), «Das Sanktionensystem in der spanischen Strafrechtsreform», en HIRSCH (ed.), *Deutsch- Spanisches Strafrechtskolloquium 1986. Dogmatischer Teil der Strafrechtsreform, Sanktionensystem, Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, Nomos, Baden Baden.

————— (1983), *Código Penal*, 1ª ed., Tecnos, Madrid; 9ª ed. de 1992.

————— (1971), «¿Tiene un futuro la Dogmática jurídicopenal?», en *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Salamanca, pp. 87 ss., incluido en su compilación *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 140 ss. (aquí se cita por esta última)

GÓMEZ MARTÍN (2004), «Libertad, seguridad y “sociedad del riesgo”», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *La Política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, pp. 59 ss.

GONZÁLEZ RUS (1986), *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, Instituto Nacional del Consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid.

GÖPPINGER (2008), *Kriminologie*, 6ª ed., C. H. Beck, Múnich.

GÓRRIZ NÚÑEZ (2004), «Posibilidades y límites del Derecho penal de dos velocidades», en TERRADILLOS BASOCO/ ACALE SÁNCHEZ (coords.), *Temas de Derecho penal económico. III Encuentro hispano-italiano de Derecho penal económico*, Trotta, Madrid, pp. 339 ss.

GRACIA MARTÍN (2015), «La inexistente responsabilidad “penal” de las personas jurídicas», *Foro FICP – Tribuna y Boletín de la FICP*, (2), pp. 149 ss.

————— (2014), «Contribución al esclarecimiento de los fundamentos de legitimidad de la protección de bienes jurídicos colectivos por el Estado social y democrático de Derecho», en DEMETRIO CRESPO (dir.), *Crisis financiera y Derecho penal económico*, Edisofer/B de F, Madrid/Buenos Aires/Montevideo, pp. 339 ss

————— (2014), «La doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario, de la hostilidad entre las palabras y las cosas y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura», *Foro FICP – Tribuna y Boletín de la FICP*, (2), pp. 16 ss.

————— (2014), «Kritische Anmerkungen zur Lehre von der objektiven Zurechnung im Verbrechenaufbau aus historischer Sicht», en HEFENDEHL/HÖRNLE/GRECO (eds.), *Streitbare Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York, pp. 363 ss.

————— (2013), «Prólogo», en Mª Ángeles RUEDA MARTÍN, *¿Participación por omisión?*, Atelier, Barcelona.

- (2011), *El moderno Derecho penal económico empresarial y de la globalización económica*, Cevallos Librería Jurídica, Quito; publicado también en Fondo Editorial Asociación de la Universidad Primada San Juan Bautista, Lima, 2013.
- (2011), *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno*, Félix Cárdenas S. C., Ubijus, México.
- (2011), «Contribución al esclarecimiento de los fundamentos de legitimidad de la protección de bienes jurídicos colectivos por el Estado social y democrático de Derecho», en HORMAZÁBAL MALARÉE (coord.), *Estudios de Derecho penal en memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez*, Ubijus, México D.F., pp. 141 ss.
- (2010), «La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (3), pp. 27 ss.
- (2010), «Über die notwendige Modernisierung des Strafrechts in der deutschen und spanischen Doktrin», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 323 ss.
- (2009), «Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del Estado de Derecho», en CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/ORTS BERENGUER (dirs.), *Constitución, Derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 879 ss.
- (2008), «Criminalidad de la globalización y Derecho penal», en ROMEO CASABONA (ed.), *Biotecnología, desarrollo y justicia*, Comares, Granada, pp. 23 ss.
- (2007), *Modernización del Derecho penal y Derecho penal del enemigo*, Idemsa, Lima.
- (2006), *Fundamentos de Dogmática penal*, Atelier, Barcelona.
- (2005), «Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (7).
- (2005), *El horizonte del finalismo y el Derecho penal del enemigo*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2004), «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (6).
- (2003), *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2002), «¿Qué es modernización del Derecho penal?», en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA/GRACIA MARTÍN/HIGUERA GUIMERA (eds.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor doctor D. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, pp. 349 ss.

————— (2001), «Prólogo», en M^a Ángeles RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, J. M. Bosch, Barcelona.

————— (1994), «La comisión por omisión en el Derecho penal español», en GIMBERNAT ORDEIG (dir.), *La comisión por omisión*, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid.

————— (1993), en DIEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

————— (1990), *La infracción de deberes contables y registrales tributarios en Derecho penal*, Trivium, Madrid.

————— (1985), *El actuar en lugar de otro en Derecho penal I, Teoría general*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985.

GRAF ZU DOHNA (1950), *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4^a ed., 1950, Röhrscheid, Bonn (1^a ed. de 1935).

GRECO (2012), «Existem critérios para a postulação de bens jurídicos colectivos?», *Revista de Concorrência e Postulação*, (7/8), pp. 349 ss.

————— (2011), «Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts?», en *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, t. 1., Walter de Gruyter, Berlín, pp. 199 ss.

————— (2010), *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)*, Lumen Iuris, Río de Janeiro.

————— (2009), *Lebendiges und totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Duncker & Humblot, Berlín.

————— (2004), «“Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato— Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito», *Revista brasileira de Ciências criminais*, (49), pp. 89 ss.

GUTHRIE (1992), *Historia de la Filosofía griega V. Platón. Segunda época y la Academia, versión española de Alberto Medina*, Gredos, Madrid.

HARRIS (2009), *Introducción a la Antropología general* (trad. de Francisco Muñoz de Bustillo), 7^a ed., Alianza Editorial, Madrid.

HARTWICH (1970), *Sozialstaatspostulat und gesellschaftliche “status quo”*, Westdeutsche Verlag, Opladen.

HASSEMER (2006), «Sicherheit durch Strafrecht», *Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, (4), pp. 130 ss.

————— (2006), «Strafrecht, Prävention, Vergeltung», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (7), pp. 266 ss.

————— (2004), «Los rostros del Derecho penal», *Cahiers de Défense Sociale*, (31), pp. 105 ss.

————— (1998), «Perspectivas del Derecho penal futuro», *Revista penal*, (1), pp. 37 ss.

————— (1997), «Person, Welt und Verantwortlichkeit», en SCHULZ/VORMBAUM (eds.), *Festschrift für Günter Berman*, Nomos, Baden Baden (= en su colectánea *Strafen im Rechtsstaat*, 2000, Nomos, Baden Baden).

————— (1995), «Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik», *Strafverteidiger*, pp. 483 ss. (= en su colectánea *Strafen im Rechtsstaat*, 2000, Nomos, Baden Baden).

————— (1992), «Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, pp. 379 ss. (= «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1992, pp. 235 ss.).

————— (1990), «Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.10.1989 - 5 Ss 384/89», *Juristische Schulung*, pp. 849 s.

————— (1989), «Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre», en PHIPLIPPS/SCHOLLER (eds.), *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, Decker & Müller, Heidelberg, pp. 85 ss.

————— (1990), «Vorbemerkungen zu § 1», en WASSERMANN (ed.), *Alternativkommentar zum Strafgesetzbuch*, Luchterhand, Neuwied.

————— (1989), «Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 553 ss. (= «Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos», *Pena y Estado*, (1), 1991, pp. 23 ss.).

————— (1984), «Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale», en *Dei delitti e delle pene*, pp. 104 ss.

HASSEMER/MUÑOZ CONDE (1995), *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

HASSEMER/NEUMANN (2013), «Vorbemerkungen zu § 1», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, t. 1, 4ª ed., Nomos, Baden Baden.

HEFENDEHL (2003), «Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm», en EL MISMO/VON HIRSCH/WHOLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie*, Nomos, Baden Baden, pp. 119 ss (= «El bien jurídico como eje material de la norma penal», en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, 2007, Marcial Pons, Madrid, pp. 179 ss.).

————— (2002), *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Carl Heymanns, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich.

————— (2002), «Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 21 ss.

Herrman HELLER (1930), *Rechtsstaat oder Diktatur?*, J. C. B. Mohr, Tubinga; recogida en sus *Gesammelte Schriften*, t. II, 1971, Sijthoff, Leiden, pp. 443 ss.

————— (1925), *Sozialismus und Nation*, Rowohlt, Berlín; recogida en sus *Gesammelte Schriften*, t. I, 1971, Sijthoff, Leiden, pp. 437 ss.

HEMPEL/OPPENHEIM (1936), *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik. Wissenschaftstheoretische Untersuchungen zur Konstitutionsforschung und Psychologie*, Sijthoff, Leiden.

HENKEL (1968), *Introducción a la Filosofía del Derecho* (trad. de Enrique Gimbernat Ordeig), Taurus, Madrid.

HERZOG (1991), *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, R. v. Decker, Heidelberg.

HESEL (2004), *Untersuchungen zur Dogmatik und den Erscheinungsformen "modernen" Strafrechts*, Elwert, Marburgo.

HESSE (1968), «Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes», en FORSTHOFF (ed.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, pp. 557 ss.

HILGENDORF (1997), «Rezension zu: Bettina Weisser, Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidrigen Kollegialentscheidungen, Dissertation, Duncker & Humblot, Berlin, 1996 (253 Seiten)», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 491 ss.

————— (1993), *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft"*, Duncker & Humblot, Berlín.

————— (1993), «Gibt es ein "Strafrecht der Risikogesellschaft"?, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 10 ss.

HIRSCH (2004), «Zum 100. Geburtstag von Hans Welzel», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (116), pp. 1 ss.

————— (2001), «Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico», en VV.AA., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, pp. 371 ss.

————— (1999), «Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ZStW 94 1982», en *Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 336 ss. (= «La disputa

sobre la teoría de la acción y de lo injusto, especialmente en su reflejo en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*», en *Obras Completas*, t. II, 2000, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, pp. 83 ss.).

————— (1999), «Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel», en *Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 60 ss. (= «El desarrollo de la Dogmática penal después de Welzel», en sus *Obras Completas*, t. I, 1999, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, pp. 13 ss.).

————— (1995), «Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen?», en KÜHNE/MIYAZAWA (eds.), *Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich*, Carl Heymanns, Colonia/Bonn/Múnich, pp. 11 ss.

HONG (2002), *Flexibilisierungstendenzen des modernen Strafrechts und das Computerstrafrecht*, Dissertation der Universität Konstanz, (disponible online en <http://kops.uni-konstanz.de/bitstream/handle/123456789/3365/Hong.pdf?sequence=1>).

HORN (1966), *Rechtssprache und Kommunikation. Grundlegung einer semantischen Kommunikationstheorie*, Duncker & Humblot, Berlín.

INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.)/ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (ed. española) (2000), *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada.

JAKOBS (2003), «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», en EL MISMO/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid.

————— (1995), «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischen” Prinzipien», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (107), pp. 843 ss.

————— (1992), *Der strafrechtliche Handlungsbegriff: kleine Studie*, C. H. Beck, Múnich.

JESCHECK (1955), «Die Konkurrenz», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (67), pp. 529 ss.

JESCHECK/WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1996.

JIMÉNEZ DÍAZ (2014), «Sociedad del riesgo e intervención penal», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (16).

KAISER (1996), *Kriminologie*, 3ª ed., C. F. Müller, Heidelberg.

————— (1988), *Introducción a la Criminología*, 7ª ed. (dirección y traducción de J. Mª Rodríguez Devesa), Dykinson, Madrid.

————— (1985), «La criminalidad económica y la forma de combatirla», en BARBERO SANTOS (ed.), *La reforma penal: delitos socio-económicos*, Universidad de Madrid, Madrid, pp. 169 ss.

Arthur KAUFMANN (1997), *Rechtsphilosophie*, 2ª ed., C. H. Beck, Múnich (existe una traducción por Luis Villar Borda y Ana Maria Montoya: *Filosofía del Derecho*, 1999, Universidad Externado de Colombia, Bogotá).

————— (1982), *Analogie und "Natur der Sache"*, 2ª ed., R. v. Decker & C. F. Müller, Heidelberg.

KELSEN (2008), *Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 1. Auflage 1934*, editada por Matthias Jestaedt, Mohr Siebeck, Tubinga.

KINDHÄUSER (1994), «Zur Legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikten im Wirtschaftsstrafrecht», en SCHÜNEMANN/SUÁREZ GONZÁLEZ (eds.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrecht. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, Carl Heymanns, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich*, pp. 125 ss. (= «Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico», en *Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, 1995, Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 441 ss.)

————— (1992), «Sicherheitsstrafrecht. Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft», *Universitas*, pp. 227 ss.

————— (1990), «Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz», en LÜDERSEN/NESTLER/WEIGEND (eds.), *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, Peter Lang, Fráncfort del Meno, pp. 29 ss.

————— (1989), «Schuld und Vergeltung, zur rechtsethischen Legitimation und Begrenzung der Kriminalstrafe», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 493 ss.

————— (1989), *Gefährdung als Straftat*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno.

KRÜGER (2000), *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, Duncker & Humblot, Berlín.

KUHLEN (1994), «Zum Strafrecht der Risikogesellschaft», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 347 ss.

————— (1993), «Umweltstrafrecht, auf der Suche nach einer neuen Dogmatik», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (105), pp. 697 ss.

————— (1986), «Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324 StGB)», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 389 ss.

KUHN (1981), *La estructura de las revoluciones científicas*, 6ª reimpresión de la 1ª edición en español, Fondo de Cultura Económica, México/Madrid/Buenos Aires.

KÜHNE (2000), «Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen. Eine Einführung», en EL MISMO/MIYAZAWA (eds.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 9 ss.

————— (1997), «Strafrechtliche Produkthaftung in Deutschland», *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 1951 ss.

Georg KÜPPER (1990), *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlín.

LAGODNY (1996), *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga.

LAMPE/LENCKNER/STREE/TIEDEMANN/WEBER (1977), *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Wirtschaft*, J. C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga.

LASCANO (2003), «La insostenible “modernización del Derecho penal” basada en la “tolerancia cero” desde la perspectiva de los países emergentes», *Cahiers de Défense Sociale*, (30), pp. 157 ss.

LAURENZO COPELLO (2003), «Recensión a La expansión del Derecho penal, 2ª ed., de Silva Sánchez», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (12), pp. 438 ss.

LEGAZ (1975), *Filosofía del Derecho*, 4ª ed., Bosch, Barcelona.

VON LISZT (1905), *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 14ª/15ª ed., Guttentag, Berlín.

LÓPEZ-MUÑOZ (2015), *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos*, Dykinson, Madrid.

LÓPEZ REY Y ARROJO (1985), «La criminalidad económico-social en la política criminal de las Naciones Unidas», en BARBERO SANTOS (coord.), *La reforma penal: delitos socio-económicos*, Universidad de Madrid, Madrid, pp. 31 ss.

LUCAS VERDÚ (1955), *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*, Acta Salmanticensia, Salamanca.

LÜDERSSEN/NESTLER-TREMEL/E. WEIGEND (eds.) (1990), *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, Peter Lang, Fráncfort del Meno/Berna/Nueva York/París.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2015), *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

————— (2014), «Bien jurídico y Derecho penal económico», en DEMETRIO CRESPO (dir.), *Crisis financiera y Derecho penal económico*, Edisofer/B de F, Madrid/Buenos Aires/Montevideo, pp. 293 ss.

- (2014), *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2004), «Reflexiones sobre la expansión del Derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del “Big Crunch” y la selección de bienes jurídico-penales», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *La Política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, pp. 91 ss.
- (2002), «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del “Big Crunch” en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)», en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA/GRACIA MARTÍN/HIGUERA GUIMERÁ (eds.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor doctor D. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, pp. 395 ss.
- MARTÍNEZ GARCÍA (1992), *La imaginación jurídica*, Debate, Madrid.
- Michael MARX (1972), *Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”. Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre*, Carl Heymanns, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich.
- MATA Y MARTÍN (1997), *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Comares, Granada.
- MAYO CALDERÓN (2005), *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, Comares, Granada.
- MEIER (2007), *Kriminologie*, 3ª ed., C. H. Beck, Múnich.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ (1993), *Los delitos de peligro abstracto y sus técnicas de tipificación*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid.
- Blanca MENDOZA BUERGO (2001), *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid.
- (2001), *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, Granada.
- MERKL (1971), «Idee und Gestalt des Rechtsstaats», en EL MISMO (ed.), *Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag*, Deuticke, Viena, pp. ¿?.
- Rudolf MÜLLER et al. (1997), *Wirtschaftskriminalität*, 4ª ed., C. H. Beck, Múnich.
- MÜLLER-DIETZ (1992), «Aspekte und Konzepte der Strafrechtsbegrenzung», en GEPPERT/BOHNERT/RENGIER (eds.), *Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tubinga, pp. 95 ss.
- MUÑOZ CONDE (1995), *Derecho Penal. Parte Especial*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- (1989), *El error en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- (1982), «La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el proyecto de ley orgánica de código penal», *Cuadernos de Política Criminal*, (16), pp. 107 ss.
- (1978), «Über den materiellen Schuldbegriff», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 65 ss.
- (1976), «El principio de culpabilidad», en *III Jornadas de Profesores de Derecho penal*, Santiago de Compostela.
- (1974), «Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform», en MADLENER/PAPENFUSS /SCHÖNE (eds.), *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Carl Heymanns, Colonia.
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (2015), *Derecho penal. Parte General*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- MÜSSIG (1994), *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Peter Lang, Fráncfort del Meno.
- NAUCKE (1985), *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, Steiner, Estucardia.
- OLAIZOLA NOGALES (2007), *El error de prohibición*, La Ley, Madrid.
- OPPENHEIM (1926), *Die natürliche Ordnung der Wissenschaften. Grundgesetze der vergleichenden Wissenschaftslehre*, Gustav Fischer, Jena.
- PAREDES CASTAÑÓN (2006), «¿Al otro lado del discurso jurídico penal? Sobre las bases político-criminales de la “modernización” del Derecho penal. Reseña crítica de Luis Gracia Martín: Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (17), pp. 437 ss.; también publicada en *Política Criminal*, (2), 2006 (disponible online en http://www.politicacriminal.cl/n_02/r_7_2.pdf); y como apéndice, en mi libro *Modernización del Derecho penal y Derecho penal del enemigo*, Idemsa, Lima, 2007.
- (2003), «Los delitos de peligro como técnicas de incriminación en el Derecho penal económico», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (11), pp. 95 ss.
- (2003), «Ambigüedades e insuficiencias del concepto de *Derecho penal del riesgo*. A propósito de Mendoza Buergo, Blanca, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (11), pp. 383 ss.
- PARK (1997), *Vermögensstrafe und “modernes” Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlín.
- PÉREZ DEL VALLE (2004), «En torno a la modernización del Derecho penal», *Cuadernos de Política Criminal*, (84), pp. 149 ss.
- PHILIPPS (2005), «Endliche Rechtsbegriffe mit unendlichen Grenzen», en SCHWEIGHOFER *et al.* (eds.), *Effizienz von e-Lösungen in Staat und Gesellschaft. Aktuelle Fragen der Rechtsinformatik Tagungsband des*

8. *Internationalen Rechtsinformatik Symposions IRIS 2005*, Richard Boorberg, Estucardia/Múnich/Hannover/Berlín/Weimar/Dresden, pp. 87 ss.

PLATÓN (1999), *Diálogos II, Gorgias, Menéxeno, Eutidemo, Menón, Crátilo* (traducción, introducciones y notas por J. Calonge Ruiz, E. Acosta Méndez, F. J. Olivieri y J. L. Calvo), Gredos, Madrid (conforme a la norma, se cita el nombre del diálogo y los números marginales correspondientes al fragmento).

PORTILLA CONTRERAS (2003), «La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico: la tensión entre iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la inmanencia del Derecho. Especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos», en GURDIEL SIERRA/OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 895 ss.

POZUELO PÉREZ (2003), «Notas sobre la denominada “expansión del Derecho penal”: un análisis al hilo de los delitos contra la ordenación del territorio», *Revista de Derecho penal y procesal*, (9), pp. 13 ss.

————— (2003), «De nuevo sobre la denominada “expansión” del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos», en MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, t. II, Universidad Externado de Colombia, pp. 107 ss.

PRITTWITZ (2012), «Sonderstrafrecht Wirtschaftsstrafrecht?», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (5), pp. 217 ss.

————— (1997), «Risiken des Risikostrafrecht», en FREHSEE/LÖSCHPER/SMAUS (eds.), *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe. Interdisziplinären Studien zu Recht und Staat*, t. 5, Nomos, Baden Baden, pp. 47 ss.

————— (1993), *Strafrecht und Risiko*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno.

PUSCHKE (2010), «Grund und Grenzen des Gefährdungsstrafrechts am Beispiel der Vorbereitungsdelikte», en HEFENDEHL (ed.), *Grenzlose Vorverlagerung des Strafrechts?*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín, pp. 9 ss.

QUINTANO RIPOLLÉS (1957), «La evolución del Derecho penal moderno (“contra corriente”)», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, (10), pp. 283 ss.

RADBRUCH (1960), *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, Sorderausgabe.

————— (1938), «Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken», originalmente publicado en *Revue internationale de la théorie du Droit*, (12), e incluido como apéndice en RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, editado con una introducción por Arthur Kaufmann, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1967,

pp. 167 ss. (aquí se cita por esta última obra).

————— (1932), *Rechtsphilosophie*, 3ª ed., Quelle & Meyer, Lipsia, editada por Ralf Dreier y Stanley L. Paulson; en 2ª ed. en C.F. Müller, Heidelberg, 2003.

RAMOS VÁZQUEZ (2004), «Del otro lado del espejo: Reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual», en FARALDO CABANA (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 65 ss.

RECASENS SICHES (2008), *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 19ª ed., Porrúa, México.

RODRÍGUEZ MESA (2007), «Las razones del Derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (9).

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (2009), «Expansión del Derecho penal y límites constitucionales», en CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/ORTS BERENGUER (dirs.), *Constitución, Derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1655 ss.

ROTSCH (2007), «Der ökonomische Täterbegriff. Zugleich ein Beitrag zu Differenzierung, Diversifizierung und Divisionalisierung der Strafrechtsdogmatik», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (7), pp. 260 ss.

ROUSSEAU (1985), *Discurso sobre la Economía política* (traducción y estudio preliminar de José E. Candela), Tecnos, Madrid.

ROXIN (2013), «El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (15).

————— (2006), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I (*Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*), 4ª ed., C. H. Beck, Múnich; 3ª ed. de 1997.

————— (1968), «Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts», en Arthur KAUFMANN (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga, pp. 260 ss.

RUEDA MARTÍN (2010), «El bien jurídico protegido en los delitos relativos a productos de consumo masivo», *Estudios penales y criminológicos*, (30), pp. 395 ss.

SABINE (1994), *Historia de la teoría política*, 3ª ed. en español, revisada por Thomas Landon Torzón, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 5ª reimpresión (2000).

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ (2005), *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson, Madrid.

————— (1999), *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, Valladolid.

- SANTANA VEGA (2000), *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Dykinson, Madrid.
- SANZ MORÁN (2001), «Recensión al libro de Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1999», *Revista de Derecho penal (Lex Nova)*, (2), pp. 293 ss.
- SAUQUILLO GONZÁLEZ (2001), *Para leer a Foucault*, Alianza Editorial, Madrid.
- Rudolf SCHMITT (1958), *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände: gleichzeitig ein Beitrag zur Lehre von den strafrechtlichen Unrechtsfolgen*, Kohlhammer, Estucardia.
- SCHUBERT (2000), «Korruption», en WABNITZ/JANOVSKY (eds.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, C. H. Beck, München, pp. 794 ss.
- SCHÜNEMANN (2014), «Die aktuelle Forderung einer Verbandsstrafe –ein kriminalpolitischer Zombie», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (1), pp. 1 ss.
- (2014), «Ein neues Bild des Strafrechtssystems? Zugleich Rezension von Günther Jakobs, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (126), pp. 1 ss.
- (2013), «Die großen wirtschaftsstrafrechtlichen Fragen der Zeit», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 193 ss.
- (2010), «Der deutsch-spanische Strafrechtsdialog im Zeitalter der autoritär-dilettantischen Gesetzgebung», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 353 ss.
- (2008), «Strafrechtliche Sanktionen gegen Wirtschaftsunternehmen?», en SIEBER/DANNECKER/KINDHÄUSER/VOGEL/WALTER (eds.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen; Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns, Colonia/München, pp. 429 ss.
- (2008), «El propio sistema de la teoría del delito», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1).
- (2008), «Aufgabe und Grenzen der Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert», en PUTZKE et al. (eds.), *Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*, Tubinga, pp. 39 ss.
- (2006), «Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik –von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat», en VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (eds.), *Mediating Principles*, Nomos, Baden Baden, pp. 18 ss.
- (2005), «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro», en JORGE BARREIRO (ed.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson/Civitas, Madrid, pp. 981 ss.

- (2003), «Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation», en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WHOLERS (eds.), *Die Rechtsguttheorie*, Nomos, Baden Baden, pp. 133 ss. (= «El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación», en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, 2007, Marcial Pons, Madrid, pp. 197 ss.)
- (2003), «Das Strafrecht im Zeichen der Globalisierung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 299 ss.
- (2003), «El Derecho en la globalización económica: imperialismo del líder y colonización de los órdenes jurídicos ¿Instrumentalización del Derecho penal?», en MORENO HERNÁNDEZ (coord.), *Globalización e internacionalización del Derecho penal. Implicaciones político-criminales y Dogmáticas*, Ius Poenale, Cepolcrim, México D. F.
- (2003), «Presentación», en GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2002), «Das System des strafrechtlichen Unrechts: Rechtsgutsbegriff und Viktimodogmatik als Brücke zwischen dem System des Allgemeinen Teils und dem Besonderen Teil», en EL MISMO (ed.), *Strafrechtssystem und Betrug*, Centaurus, Herbolzheim, pp. 51 ss.
- (2001), «Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft», en EL MISMO *et al.* (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York, pp. 1 ss.
- (2000), «Vom Unterschichts- zum Oberschichtstrafrecht. Ein Paradigmawechsel im moralischen Anspruch?», en KÜHNE/MIYAZAWA (eds.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 15 ss. (= «Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?», en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, 2002, Tecnos, Madrid, pp. 49 ss.)
- (2000), «La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal», en VV.AA., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, pp. 643 ss.
- (1996), «Zur Dogmatik und Kriminalpolitik des Umweltstrafrecht», en SCHMOLLER (eds.), *Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag*, Springer, Viena, pp. 437 ss.
- (1995), «Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 201 ss. (= «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, (49), 1996, pp. 187 ss.).

- (1993), «Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt bei der Rechtsanwendung, von Ober- und Untersatz im Justizsyllogismus und von Rechts- und Tatfrage im Prozeßrecht», en HAFT/HASSEMER/NEUMANN/ SCHILD/ SCHROTH (eds.), *Strafgerechtigkeit: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, pp. 299 ss.
- (1991), «¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?», *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, (8), pp. 49 ss.
- (1988), «Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, (41), 1988, pp. 529 ss.
- (1984), «Einführung in das strafrechtliche Systemdenken», en SCHÜNEMANN (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York, pp. 1 ss. (= «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal», en SCHÜNEMANN (ed.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales* [introducción, traducción y notas de J. Silva], 1991, Tecnos, Madrid, pp. 31 ss.)
- (1984), «Die Zukunft der Viktimo-Dogmatik: Die viktimologische Maxime als regulatives Prinzip zur Tatbestandseinschränkung im Strafrecht», en ZEIDLER/MAUNZ/ROLLECKE (eds.), *Festschrift für Hans Joachim Faller*, C. H. Beck, Múnich, pp. 357 ss.
- (1982), «Einige vorläufige Bemerkungen zur Bedeutung des viktimologischen Ansatzes in der Strafrechtsdogmatik», en SCHNEIDER (ed.), *Das Verbrechenopfer in der Strafrechtspflege*, Berlín/Nueva York, pp. 407 ss.
- (1979), *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Carl Heymanns, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich.
- (1979), «Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts», en Arthur KAUFMANN (ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, Múnich, pp. 117 ss.
- (1978), «Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (90), pp. 11 ss.
- (1975), «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit- und Gefährdungsdelikte», *Juristische Arbeitsblätter*, pp. 435 ss., 511 ss., 575 ss., 647 ss., 715 ss., 787 ss.
- (1971), *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Otto Schwartz & CO, Gotinga.

SEELMANN (1992), «Risikostrafrecht. Die "Risikogesellschaft" und ihre symbolische Gesetzgebung" im Umwelt- und Betäubungsmittelstrafrecht», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und*

Rechtswissenschaft, pp. 452 ss.

————— (1990), «Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht», *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 1257 ss.

SEILER (1967), *Strafrechtliche Massnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände*, Universitätsverlag, Friburgo (Suiza).

SILVA SÁNCHEZ (2010), «Herausforderung eines expandierenden Strafrechts», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 307 ss.

————— (2000), Prólogo a la edición española de INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.)/ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (ed. española), *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada.

————— (1999), *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1999; 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001; reimpresión de la 2ª ed., en Edisofer/B de F, Madrid/Montevidео/Buenos Aires, 2006; 3ª ed. en Edisofer/B de F, Madrid/Montevidео/Buenos Aires, 2011 (mientras no se indique expresamente, las citas se refieren regularmente a la 2ª edición de Civitas).

————— (1997), «Consideraciones teóricas generales sobre la reforma de los delitos contra el medio ambiente», en GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (coords.), *La reforma de la Justicia penal. Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, pp. 151 ss.

————— (1997), «¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del código penal», *La Ley*, (3), pp. 1714 ss.

————— (1996), «Nuevas tendencias político criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo», *Revista Actualidad penal*, (15), pp. 309 ss.

————— (1996), «Eficiencia y Derecho penal», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, (49), pp. 93 ss.

SOLER COSTA (2014), *El poder de las palabras. Un análisis del lenguaje pedagógico*, Mira Editores, Zaragoza.

Ignacio SOTELO (1996), «Estado moderno», en Elías DÍAZ/RUIZ MIGUEL (eds.), *Filosofía Política II. Teoría del Estado*, Trotta, Madrid, pp. 25 ss.

SOTO NAVARRO (2003), *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada.

STÄCHELIN (1998), *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, Duncker & Humblot, Berlín.

STERN (1984), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. 1, 2ª ed., C. H. Beck, Múnich.

STICHT (2000), *Sachlogik als Naturrecht? Zur Rechtsphilosophie Hans Welzels*, Paderborn, Múnich.

STRATENWERTH (1998), «Zum Begriff des "Rechtsgutes"», en ESER/SCHITTENHELM/SCHUMANN (eds.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, Múnich, pp. 377 ss.

STRATENWERTH/KUHLEN (2011), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*, 6ª ed., Franz Vahlen, Múnich.

SUTHERLAND (2009), *El delito de cuello blanco. Versión completa* (trad. de Laura Belloqui), B de F, Montevideo/Buenos Aires.

TRENDELENBURG (2011), *Ultima ratio? Subsidiaritätswissenschaftliche Antworten am Beispiel der Strafbarkeit von Insiderhandel und Firmenbestattungen*, Peter Lang, Fráncfort del Meno.

TERRADILLOS BASOCO (2004), «Globalización, administrativización y expansión del Derecho penal económico», en EL MISMO/ ACALE SÁNCHEZ (coords.), *Temas de Derecho penal económico. III Encuentro hispano-italiano de Derecho penal económico*, Trotta, Madrid, pp. 219 ss.

————— (1995), *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995.

————— (1981), «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, (63), pp. 123 ss.

TIEDEMANN (2014), *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Franz Vahlen, Múnich.

————— (2011), *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil mit wichtigen Rechtstexten*, 3ª ed., Franz Vahlen, Múnich.

————— (2010), *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia.

————— (1993), *Lecciones de Derecho penal económico*, PPU, Barcelona.

————— (1989), «Wirtschaftsstrafrecht: Einführung und Übersicht», *Juristische Schulung*, pp. 689 ss.

————— (1985), *Poder económico y delito* (trad. de Amelia Mantilla Villegas), Ariel, Barcelona.

————— (1976), *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität 1, Allgemeiner Teil*, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg.

————— (1969), *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga.

TORÍO LÓPEZ (1994), «Reflexión sobre la protección penal de los consumidores», en VV.AA., *Estudios sobre el derecho de consumo*, Fundación Iberdrola, Bilbao, pp. 100 ss.

————— (1981), «Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, (2/3), pp. 825 ss.

WEIGEND (1996), «Bewältigung von Beweisschwierigkeiten durch Ausdehnung des materiellen Strafrechts?», en SCHMOLLER (eds.), *Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag*, Springer, Viena, pp. 695 ss.

WELZEL (1975), «Kausalität und Handlung», en EL MISMO, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York, pp. 7 ss.

————— (1975), «Naturrecht und Rechtspositivismus», en EL MISMO, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York, pp. 274 ss.

————— (1971), *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y Justicia material* (traducción de Felipe González Vicén), 2ª ed., Aguilar, Madrid.

————— (1969), *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York.

————— (1964), *El nuevo sistema del Derecho penal* (trad. y notas de J. Cerezo Mir), Ariel, Barcelona.

WOHLERS (2000), *Deliktstypen des Präventionstrafrechts – zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte*, Duncker & Humblot, Berlín.

ZAFFARONI (2015), «Ofensividad, autoría y Estado de Derecho», *Foro FICP – Tribuna y Boletín de la FICP*, (2), pp. 8 ss.

————— (2005), «Política y Dogmática jurídico penal», en EL MISMO, *En torno a la cuestión criminal*, B de F, Montevideo/Buenos Aires, pp. 71 ss.

————— (2005), «Culpabilidad y vulnerabilidad social», en EL MISMO, *En torno a la cuestión criminal*, B de F, Montevideo/Buenos Aires, pp. 229 ss.

ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR (2002), *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires.

ZIESCHANG (1998), *Die Gefährdungsdelikte*, Duncker & Humblot, Berlín.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (2009), *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Comares, Granada.