

LA IDEOLOGÍA DE LOS DELITOS CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO EN EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE CÓDIGO PENAL*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz

A la memoria de don José Antón Oneca

1. En ningún otro sector como en el de los delitos económicos se ven con tanta claridad la relación existente entre Economía y Derecho y el condicionamiento económico de la regulación jurídica. Incluso quienes no profesen una concepción materialista de la historia, difícilmente podrán negar aquí que la forma jurídica depende ante todo y sobre todo de una determinada estructura económica.

Pero ¿hasta qué punto no es distinta esa estructura económica de la que teóricamente se refleja en las normas jurídicas? ¿No es quizás el divorcio entre teoría y praxis, entre *realidad legal* y *realidad social*, una de las características principales de todo este sector que se ha dado en llamar “delincuencia económica”? ¿Y no se debe ese divorcio, entre otras cosas, a que lo que dicen las normas jurídicas nada o muy poco tiene que ver con lo que sucede en la realidad?

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, una de las razones que se pueden alegar como causa inmediata de esta situación es precisamente *la deficiente regulación jurídica del sector y la aún más deplorable técnica legislativa empleada hasta la fecha para regularlo*. En efecto, la técnica legislativa y la normativa jurídica en general empleadas hasta la fecha se caracterizan por su *dispersión* y por su *coyunturalidad*. Esto, sin duda, es ya motivo suficiente para dificultar cualquier intento sistematizador y para producir, tanto en el intérprete como en el aplicador de las normas jurídicas, una gran confusión e in-

* Ponencia presentada en las “Jornadas sobre delitos económicos”, celebradas en Madrid los días 25 y 26 de setiembre de 1981, organizadas por la Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social. Al texto original se le han añadido las notas imprescindibles para aclarar algunas cuestiones e indicar los materiales bibliográficos utilizados en su redacción. También cito en algunos casos las ponencias y comunicaciones presentadas en las “Jornadas”, cuyos textos mecanografiados nos fueron facilitados a los participantes. En lo demás, el texto original permanece inalterado.

Publicado en *Cuadernos de Política Criminal*, número 16, año 1982, Instituto de Criminología, Madrid, y en Colombia, en *Revista del Colegio de Abogados del Valle del Cauca*, Número 6, Cali, 1982.

seguridad, hasta el punto de no saber nunca con claridad y certeza qué es lo que el legislador quiere prohibir, y mucho menos por qué quiere hacerlo. El uso y el abuso de la ley delegada, del decreto-ley, del reglamento y aun de las órdenes y circulares administrativas es una constante del sector, y es deplorable que toda esta normativa, con rango inferior al de la ley formal, entre en el derecho penal por la puerta falsa de la *norma penal en blanco*, que, en líneas generales, representa una burla del principio de legalidad¹.

Pero no son solo estas razones exclusivamente técnicas las que justifican o explican la situación existente en esta materia. Es la misma oscuridad de los intereses y derechos en juego, tan difíciles de reconducir a un bien jurídico protegido común como no sea el de un vago interés en el equilibrio del sistema económico² o un genérico orden público económico lo que dificulta un tratamiento unitario, seguro y eficaz de los mismos.

Es por ello interesante y realmente novedoso el intento que un importante sector doctrinal viene realizando en los últimos años de tratar unitariamente, con criterios sistemáticos y científicos, toda la regulación jurídicopenal del sector económico, creando para ello un derecho penal económico destinado, en principio, a encarar la tutela penal del orden económico, pero incardinándola dentro de una más amplia regulación de la que la parte penal solo sería su culminación³.

Lo que, sin embargo, ya no parece tan loable, es que ese intento puramente doctrinal se pretenda elevar a la categoría de dogma, es decir, de regulación jurídica vinculante, y se quiera dar carta de naturaleza a nivel legislativo a lo que no es más que un ensayo doctrinal todavía en sus inicios y no completamente convincente en todos sus extremos. El derecho penal económico es, sin duda, una parte muy importante del moderno derecho penal y quizás una de las que tengan más futuro, pero todavía falta una elaboración doctrinal capaz de decir con certeza cuáles son la extensión, el contenido y los límites que debe tener este sector del derecho penal. Y es por eso preocupante que se quiera ya

¹ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, 1975, págs. 18 y ss. En general sobre los problemas dogmáticos que plantea la norma penal en blanco, cfr. JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, trad. y adiciones de MIR PUIG y MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1981, vol. I, págs. 150 y ss. Las mismas objeciones se le hacen en la doctrina italiana: cfr. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 1979, págs. 83 y ss. Sobre el abuso de esta técnica legislativa en el ámbito específico del derecho penal económico me remito a las ponencias de los profs. DELMAS MARTY (Francia), PEDRAZZI (Italia), TIEDEMANN (República Federal Alemana) y RIGHI (Méjico).

² Cfr. QUINTERO OLIVARES, "Economía e instrumentos represivos", en *Papers, Revista de Sociología*, 13, 1980, pág. 203.

³ En España estos intentos doctrinales se deben sobre todo a BAJO FERNÁNDEZ, quien en varias obras ha contribuido más que ningún otro autor a llamar la atención sobre este sector del derecho penal; cfr. sobre todo, BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico*, Madrid, 1977; también FERNÁNDEZ ALBOR, *Estudios sobre criminalidad económica*, Barcelona, 1978. No sería, sin embargo, justo olvidar que fue el lamentado maestro QUINTANO RIPOLLÉS, el primero que, al agrupar en el volumen II de su magistral tratado (*Tratado de la parte especial del derecho penal*, tomo II, 2ª ed., puesta al día por Carlos García Valdés, Madrid, 1978) los delitos más íntimamente relacionados con el ámbito económico, destacó importantes peculiaridades de algunos de ellos que hasta entonces habían sido objeto de estudio como simples delitos patrimoniales. El tratado de QUINTANO abrió, además, el camino, tanto en esta materia como en otras, a ulteriores investigaciones que han constituido la base doctrinal en los últimos años. A algunas de estas investigaciones haremos referencias en el lugar oportuno.

dar por supuesto y resuelto con la normativa jurídica que se proyecta un problema que tiene sus raíces fuera del derecho penal y que, por lo tanto, mal se puede solucionar solo con el derecho penal, si este no va acompañado de reformas más radicales y urgentes de la realidad social, política y económica.

Sería, no obstante, prematuro y desacertado decir, ya de entrada, que todo intento legislativo de regular *unitariamente* el derecho penal económico debe ser rechazado sin más. Parece evidente que, cualquiera que sea el criterio que se adopte para hacerlo, una materia como esta debe ser tratada con la mayor corrección dogmática y no dejarla abandonada al arbitrio y a la improvisación. Los esfuerzos doctrinales realizados para enfrentarse con el problema no pueden ser ignorados y desechados como simples ensayos más o menos ingeniosos de teóricos sin ninguna incidencia práctica. Si alguna claridad empieza a haber en el tema y algo de la actual situación empieza a cambiar se debe, entre otras cosas, a que alguien se ha ocupado de señalar con el dedo dónde están los problemas y cómo hay que empezar a solucionarlos. Lo que, sin embargo, parece también evidente es que esos ensayos doctrinales y proyectos legislativos deben ser analizados en un contexto más amplio, en el que, además de los problemas específicamente jurídicopenales, se tengan en cuenta otros no menos importantes, como los políticos, los sociales y los económicos que de algún modo constituyen las coordinadas ideológicas, en las que se mueve la normativa jurídica que se propone.

Desde este punto de vista voy a ocuparme en mi ponencia de *La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*⁴, cuyo título VIII, dentro del libro II, dedica nada menos que once capítulos y cincuenta y siete artículos a regular esta materia.

⁴ Para evitar malos entendimientos, conviene precisar desde un principio que utilizo el concepto de 'ideología' en un doble sentido: como "un sistema de opiniones que, fundándose en un sistema de valores admitidos, determina las actitudes y comportamientos de los hombres con relación a los objetivos deseados del desarrollo de la sociedad, del grupo social o del individuo" (así SCHAFF, *Sociología e ideología*, Barcelona, 1971, pág. 22); y como "una racionalización teórica, gracias a la cual se explica a través del cierre, lo que es aún inexplicable" (así CASTILLA DEL PINO, *Psicoanálisis y marxismo*, 2ª ed., Madrid, 1971, pág. 23). En el primer caso se alude a una concepción descriptiva y neutra de la ideología; en el segundo, a una falsa conciencia de la realidad que impide la comprensión de la realidad tal cual es. Tanto uno como otro sentido del concepto de ideología deben ser tenidos en cuenta en el ámbito del derecho, ya que nada hay en él que no sea ideológico en ese doble sentido, ya que en ningún caso el derecho es valorativamente neutro. Sin por ello despreciar el análisis dogmático, al que haré después referencia, me parece especialmente importante en estos momentos y en esta materia poner de relieve el sistema de valores que inspira el *corpus* normativo que se proyecta y la función real que puede desempeñar si llega a aprobarse. Esto es, por lo demás, obligado desde las más estrictas reglas de la hermenéutica jurídica. La ambigüedad inherente al lenguaje jurídico y a los textos jurídicos en general obliga en muchos casos a una interpretación semántica de las proposiciones jurídicas que adquieren todo su sentido, situándolas en el contexto social, político y económico en el que se producen (cfr. MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., págs. 141 y ss.; CASTILLA DEL PINO, "La insuficiencia funcional del lenguaje", en *Sistema*, 2, 1973, págs. 5 y ss.). Solo así pueden descubrirse la ideología como sistema de valores e intereses (legítimos o ilegítimos, que esa es otra historia), a los que sirve la normativa jurídica, y la ideología como falsa teorización de los problemas. Del contexto se deduce cuándo me refiero a uno u otro tipo de ideología. En todo caso me importa destacar que mi interés no se centra tanto en señalar cuál es la ideología que configura el Proyecto de Código Penal en esta materia, como en indicar los factores, relaciones de producción, etc., que configuran esa ideología. Sobre la ideología en derecho penal, cfr. MORILLAS CUEVA, *Derecho penal e ideología*, Granada, 1978; TOSCA HERNÁNDEZ, *La ideologización del delito y de la pena*, Caracas, 1977; BARBERO SANTOS, *Política y derecho penal*, Madrid, 1977.

Nunca hasta entonces, por lo menos en nuestro país, se le había dedicado tanta atención a la delincuencia económica como le dedica el Proyecto. Y ello, obviamente, es producto de esas inquietudes doctrinales que algunos redactores del Proyecto han hecho suyas; pero también de un determinado contexto social, político y económico que no se puede ignorar, si se quiere comprender correctamente el alcance de la innovación y la polémica que ha surgido en torno a ella. De este contexto me voy a ocupar acto seguido.

2. El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal representa la culminación de un proceso de reformas legislativas que se inicia en 1976 con objeto de adaptar la legislación básica del país a la nueva situación política que se inicia a raíz de la muerte del anterior jefe del Estado⁵. Punto de partida de estas reformas fue, en el ámbito del derecho penal, la por lo demás insuficiente ley de 19 de julio de 1976, que modificó el panorama del derecho penal político del anterior régimen, al borrar del catálogo de las asociaciones ilícitas la mención expresa de los partidos políticos.

A esta ley fueron siguiendo otras que paulatinamente iban derogando aquellos preceptos penales que menos en consonancia estaban con la nueva situación política surgida de las primeras elecciones democráticas de 15 de junio de 1977. Así, por ejemplo, se despenalizaron el adulterio y la expendición de anticonceptivos, se modificó la edad de la mujer en los delitos de estupro y raptó, se suprimieron los delitos contra las leyes fundamentales y las instituciones típicamente franquistas, y se crearon otros, como el delito de tortura y el delito fiscal, que realmente significaban, siquiera a nivel legislativo, una auténtica ruptura con la situación legislativa anterior.

Muchas de estas reformas se hicieron con la colaboración y anuencia de los partidos de la izquierda parlamentaria, que por medio de los Pactos de la Moncloa y durante todo el periodo constituyente, que culminó con la aprobación de la Constitución, no tuvieron ningún inconveniente en colaborar con el partido del gobierno en todo este proceso de reformas legislativas (periodo del consenso).

Todas estas medidas eran evidentemente urgentes y necesarias, pero insuficientes para adaptar el viejo Código Penal a la nueva realidad. No solo la realidad política, sino también la social y la económica, habían cambiado profundamente. Y este cambio dejaba desfasadas las normas de un texto legal pensado para realidades diferentes. Las paredes maestras del Código Penal vigente, agrietadas por el transcurso del tiempo, se resquebrajaban cada vez que se introducía un precepto nuevo ajeno a su espíritu y a su sistema. La larga dictadura franquista había agudizado aún más el profundo divorcio que desde hacía muchos años se venía produciendo entre la legalidad penal vigente y la realidad que pretendía regular. Este divorcio se hacía aún más patente en el

⁵ Cfr. MUÑOZ CONDE, "Reformas Penales 1977", en C.P.C., núm. 4, 1978, págs. 118 y ss.; *Derecho penal en España: entre dictadura y democracia*, Universidad Central de Caracas, Caracas, 1981; BARBERO SANTOS, ob. cit.; GIMBERNAT ORDEIG, "El sistema de penas en el futuro Código Penal", en *La reforma del Derecho Penal*, Barcelona, 1980, págs. 184 y ss.

ámbito de los delitos económicos, verdadera plaga en los años del desarrollo económico, en los que los más graves escándalos financieros quedaron prácticamente al margen de las previsiones legales punitivas⁶.

No obstante, hay que decir honradamente que esta falta de previsiones legales para las nuevas formas de la criminalidad económica no solo se da en nuestro viejo texto punitivo, sino que es una constante que durante muchos años se viene denunciando de otros códigos penales europeos menos antiguos que el nuestro.

A esta situación condujo un mal entendimiento del carácter vicarial y fragmentario del derecho penal, al que se asignaba la represión de hechos típicos y en cierto modo inevitables de las clases subalternas, mientras que se dejaban sin sanción otros hechos gravemente perjudiciales para los intereses económicos colectivos⁷. Los códigos penales decimonónicos, inspirados sin duda por esta ideología, se caracterizan más por lo que no castigan (los "no contenidos") que por lo que castigan en esta materia⁸. La criminalización de los "delitos económicos" de los "delitos de cuello blanco"⁹, como empezó a llamarse este tipo de delitos a partir de los años treinta, era ya, por consiguiente, bastante deficiente y poco eficaz desde los niveles de la selección primaria a través de la tipificación en las normas penales de los abusos más intolerables.

⁶ Cfr. VILADAS JENE, "Notas sobre la delincuencia económica en España", en A.D.P., 1978, págs. 635 y ss. Para caracterizar mejor la delincuencia económica durante el franquismo, creo que hay que distinguir dos etapas claramente diferenciadas: el *delito económico de la miseria*, característico de la posguerra civil, de los años del hambre, en los que la escasez de todo tipo de bienes determinó el nacimiento del *mercado negro* y del *estrapelio*, en los que muchas personas sin escrúpulos y adictas al régimen franquista amasaron enormes fortunas a costa del hambre y la miseria de una gran parte de la población; el *delito económico de la prosperidad* que se dio especialmente al amparo del desarrollo económico de los años 60 y principios de los 70. El mal llamado *milagro económico español* nada tuvo de santo, ya que a su amparo se dieron graves casos de fraudes financieros y de corrupción administrativa como hasta entonces nunca se habían dado en esa magnitud en España. Todo ello con la complicidad de una Administración implicada con los intereses de ciertos grupos económicos y de presión a los que descaradamente favorecía. Basta recordar solo dos casos, que no son los únicos, pero sí los más representativos de la época: MATESA Y SOFICO. Como bien dice VILADAS JENE, ob. u cit., fueron "la censura y la falta de libertades públicas las que, durante el franquismo, forzaron la pasividad de los ciudadanos ante la dilapidación de los recursos financieros del Estado, ante la destrucción a menudo irreparable de la ecología campestre y ciudadana y ante las múltiples estafas a las economías familiares más modestas".

⁷ Sobre la ideología del carácter fragmentario del derecho penal cfr. BARATTA, "Criminología e dogmática penal", en *La Questione Criminale*, anno V, núm. 2, maggio-agosto 1979, págs. 168 y ss.

⁸ Sobre los "no contenidos del derecho penal", cfr. SCHUMANN, "Gegestand und Erkenntnisinteresse einer konflikttheoretischen Kriminologie", en *Kritische Kriminologie*, Munich, 1974, págs. 77 y ss.

⁹ La expresión *white-collar-criminality* aparece por primera vez en SUTHERLAND, "White-Collar-Criminality", en *American Sociological Review*, núm. 5, 1940, págs. 7 y ss., aunque ya en 1872 destacó EDWIN C. HILL, *la existencia de capitalistas criminales*. También en todo el discurso marxista está implícito el concepto del capital como explotación y del capitalista como enemigo de clase del proletariado. Con todo, el concepto de "delincuente de cuello blanco" no está todavía bien definido ni en la criminología ni en la sociología (cfr. SCHNEIDER, "Wirtschaftskriminalität", en *Handwörterbuch der Kriminologie*, tomo III, 1975, págs. 656 y ss.). En la dogmática jurídico-penal es poco utilizable, ya que el derecho penal económico es también un derecho penal de acto y no de autor, lo cual no excluye que en algunos tipos delictivos sean especialmente relevantes determinadas cualidades personales de los sujetos activos, ya que, al fin y al cabo, muchos de ellos son *delitos especiales*, cfr. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, 1. Allg. Teil, 1976, pag. 52.

Pero tampoco los mecanismos de selección secundaria (tribunales, jueces, fiscales y policía) hacían mucho por remediar esta situación cuando ello, teóricamente al menos, era posible. Si alguna vez, excepcionalmente, se ha castigado severamente a alguno de estos "delincuentes de cuello blanco", se han puesto en marcha inmediatamente otros mecanismos extra, para o ilegales, generalmente subculturales, como el "amiguismo", el "enchufe" o el "soborno", que han atenuado o incluso evitado el peso de la sanción penal¹⁰.

Ante esta situación, el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, en lo que a esta materia se refiere, supone un giro importante de la tradicional concepción del derecho penal hacia formas más justas, sociales y democráticas de entender el ejercicio del poder punitivo del Estado.

Si en virtud del *principio de intervención mínima*¹¹, que la Exposición de Motivos cita como uno de los principios inspiradores de todo el Proyecto, parece legítima la tutela penal selectiva de ciertos bienes jurídicos fundamentales para la sociedad, parece lógico que también se protejan penalmente, con la mayor claridad y contundencia, los intereses económicos de la colectividad, y no los de un grupo privilegiado de personas. El principio de intervención mínima no quiere decir solo que el derecho penal, como *ultima ratio* de la política social, debe entrar en acción lo menos posible, sino también que cuando intervenga lo haga precisamente porque la importancia del bien jurídico atacado y la gravedad del ataque sean de tal magnitud que ya no quepa otra solución que recurrir a esta *ultima ratio*, al arma de defensa de la sociedad más terrible y dura de cuantas dispone el ordenamiento jurídico del Estado. Parece evidente que uno de estos bienes jurídicos fundamentales es lo que en la rúbrica del título VIII del Proyecto se denomina, con dudoso acierto, "orden socioeconómico" y que, por lo tanto, no se infringe el principio de intervención mínima al querer tutelarlos penalmente. Lo que probablemente no ha sido tan acertado sea la forma como se han seleccionado y descrito en los tipos penales correspondientes del título VIII los ataques a dicho orden socioeconómico. En algunas ocasiones se ha pecado por defecto al no incluir en su catálogo comportamientos ciertamente merecedores de pena; y en otras, por exceso, al sancionar penalmente lo que muy bien pudiera ser objeto de otro tipo de sanciones menos drásticas y más eficaces que las penales. Pero de lo que no cabe duda es de que, en líneas generales, el título VIII debe ser valorado positivamente desde el punto de vista del principio de intervención mínima, y que representa una dosis de buena voluntad y de interés en adaptar la legalidad penal a las nuevas exigencias políticas, sociales y económicas que no puede ser menospreciada, cualquiera que sea después la opinión que merezca, desde otros puntos de vista, la regulación que se propone.

Por eso no puede extrañar que las críticas más acerbas que se han hecho al Proyecto en esta materia provengan de los sectores políticos más reaccionarios y económicamente más privilegiados. La sola posibilidad de que se llegue

¹⁰ Cfr. *infra*, nota 40.

¹¹ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., págs. 59 y ss.

a adecentar un poco el mundo de las relaciones económicas es ya motivo suficiente para alarmar a los que lo dominan y manipulan, a los que solo pretenden el lucro, aunque sea a costa de la especulación, la explotación y el fraude como sistema.

Pero, pensándolo bien y tal como van quedando las cosas en este país, quizás no debieran alarmarse tanto. El Proyecto, en esta materia, tiene más un valor testimonial y simbólico que una eficacia práctica inmediata. Como antes he dicho, es difícil que el derecho penal solo pueda solucionar un problema que tiene sus raíces fuera del derecho penal y en cuya solución hay que emplear otros medios y recursos, además de los específicamente jurídicopenales. Son muchas las razones, sin embargo, que hacen pensar que estos otros medios, que suponen un cambio de mentalidad y de estructuras, no se van a utilizar, o por lo menos no se van a utilizar con la necesaria intensidad. Pero es el propio Proyecto de Código Penal el que encierra ya en su seno elementos involuntivos capaces de obstaculizar cualquier intento serio por transformar la actual situación, si era esto lo que realmente se pretendía. Veámoslo con cierto detenimiento.

3. En la Exposición de Motivos del Proyecto se dice que en el título VIII, "que en su conjunto constituye una de las mayores novedades, se otorga carta de naturaleza como objeto de protección penal al orden económico entendido en su sentido amplio, como equivalente a regulación de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios de tan elevada importancia para la vida del país". Que un orden económico así entendido es incapaz de servir de bien jurídico común y de criterio rector en la interpretación de los concretos tipos penales¹² es algo tan evidente que apenas necesita ser señalado. Como ha sido puesto de relieve por quienes se han ocupado del tema, con la utilización de un concepto de orden económico tan vago e impreciso fracasa cualquier intento de establecer el bien jurídico protegido en todo el título VIII a través de la rúbrica genérica que lo encabeza¹³. Es necesario, por tanto, recurrir a otras claves que permitan descubrir tan importante extremo.

¹² Utilizo aquí el concepto de bien jurídico en el sentido dogmático tradicional, como contenido material del injusto, al que se asignan además diversas funciones metodológicas, exegeticas y sistemáticas; cfr., a nivel de obras generales, JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, cit., vol. I, págs. 350 y ss.; COBO-VIVES, *Derecho penal*, Parte general, II, Valencia, 1981, págs. 92 y ss.

¹³ Así STAMPA BRAUN en ponencias a estas jornadas; cfr. también STAMPA BRAUN-BACIGALUPO: "La reforma del derecho penal económico", en *El proyecto de Código Penal*, volumen colectivo que recoge las intervenciones habidas en un ciclo de conferencias organizado por el Colegio de Abogados de Barcelona en 1980, págs. 147 y ss. (también aparecido como número monográfico de la *R.J.Cat.*). Sin embargo, RODRÍGUEZ MOURULLO considera en su ponencia a estas Jornadas que tal crítica es infundada, porque, en ningún caso, el orden socioeconómico al que se alude en el título VIII del Proyecto, constituye un bien jurídico común a todos los delitos que en él se contienen, sino solo un concepto de referencia ("el orden") que sirve para agrupar diversos bienes jurídicos que en dicho título se protegen (cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, "Los delitos económicos en el Proyecto de Código Penal", en *A.D.P.*, 1981, págs. 707 y ss.). Cfr. también RUIZ VADILLO, "Los delitos contra el orden socioeconómico", en *Anuario de la Escuela Judicial*, núm. XIII, julio 1981, págs. 201 y ss.

Como marco de referencia para ello se presenta la Constitución española de 1978, que contiene varias normas de carácter específicamente socioeconómico, mediante las cuales se establecen los principios que rigen la actividad económica de los individuos y del Estado¹⁴. Estas normas son, sin embargo, tan ambiguas que difícilmente puede deducirse de ellas con claridad cuál es el modelo económico que realmente sirve de base al orden constitucional en general y al título VIII del Proyecto de Código Penal en particular. A la ambigüedad inherente al lenguaje jurídico en general se añade en este caso la ambigüedad intencionalmente buscada por los redactores del texto constitucional para conseguir el mayor consenso posible en los distintos partidos constituyentes. Como se ha señalado por los más destacados intérpretes de nuestro texto constitucional, en él pueden encontrarse preceptos como el art. 38 ("Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado"), que claramente reflejan un modelo económico capitalista de economía de mercado; y otros que, por el contrario, pueden considerarse como reflejos de una economía planificada o socialista, tales como el art. 128 ("1. Toda la riqueza del país, en sus distintas formas y sea cual fuere, está subordinada al interés general. 2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar el sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas, cuando así lo exigiere el interés general") y el 131,1 ("El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución").

Cualquiera que sea la interpretación que se pueda dar a estas y a otras normas de nuestro texto constitucional, lo que sí parece claro es que en ellas se observa la tendencia cada vez mayor del Estado a intervenir en la vida económica. En el fondo de esta tendencia está el convencimiento profundo, cada vez más arraigado en las clases dirigentes, del fracaso del modelo económico capitalista puro, incapaz de asegurar su supervivencia con el automatismo de los mecanismos de la economía de mercado. Es necesaria la ayuda cada vez más amplia y regular que le presta una fuerza teóricamente ajena a la vida econó-

¹⁴ Sobre la llamada "Constitución económica", y en relación concretamente con la interpretación de los conceptos económicos de la Constitución, cfr. GARCÍA PELAYO, "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución", en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza, 1979, págs. 29 y ss.; FONT GALÁN, "Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978", en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 152, 1979, págs. 205 y ss.; MORISÍ, "Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en una Constitución de la crisis" en *La Constitución española de 1978*, estudio sistemático dirigido por los profesores PRADIERI y GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid, 1980, págs. 361 y ss.; TAMAMES, *Estructura económica de España*, 13ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 1980, vol. 2, págs. 1207 y ss. Sería interesante, y no ya solo en relación con estos preceptos de contenido económico, sino también con la Constitución en general, someter esta a una interpretación económica del tipo del que propuso para la Constitución americana BEARD, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, New York, 1913, quien, a través de un análisis plurisectorial de la estructura de la sociedad americana de 1787, de los intereses representados por los miembros de la Comisión que redactó la Constitución, de la forma de ratificación de la misma del cuerpo electoral, etc., considera la Constitución como un documento económico. Cfr. también HASSEMER-STEINERT-TREINER, en *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, vol. III (Strafrecht), edit. por Lüderssen y Hassemer, Munich, 1978, págs. 5 y ss.

mica: el Estado. Precisamente la principal característica de los sistemas económicos neocapitalistas que, al hilo de la experiencia de Roosevelt en los Estados Unidos de América en los años treinta, surgen en los países europeos occidentales tras la Segunda Guerra Mundial es la intervención del Estado en la vida económica, bien al lado de la iniciativa privada, bien sustituyéndola de un modo más o menos amplio¹⁵. Y es esta creciente intervención del Estado en materia económica lo que da origen al derecho penal económico.

La intervención del Estado mediante el ejercicio de su poder punitivo en el ámbito de las relaciones económicas no fue, sin embargo, desconocido en otras épocas anteriores¹⁶. Ya en el derecho romano se prevenían sanciones para los que especularan con los precios de los cereales o evadieran impuestos, e iguales medidas punitivas se prevenían en la Edad Media para los que infrinjan las normas sobre calidad o precio de los productos en los mercados. En la Edad Moderna se encuentran numerosas disposiciones legislativas que sancionaban penalmente las infracciones en materia de concesiones y monopolios reales sobre determinados productos. Solo en el siglo XIX se observa un cierto descenso de esta intervención estatal en la economía, sin duda por influencia de las doctrinas liberales económicas dominantes en la época. Pero pronto en el siglo XX volvió a surgir con mayor fuerza el intervencionismo penal estatal en la economía, favorecido por la crisis económica que se sucede entre las dos guerras mundiales. Son estas razones coyunturales las que igualmente determinaron en nuestro país, durante la guerra civil e inmediatamente después de ella, la aparición de una legislación penal excepcional, destinada a sancionar con graves penas las infracciones en materia de tráfico de divisas, formación de precios, especulación y acaparamiento de productos de primera necesidad, etc.¹⁷.

Sin embargo, la desaparición de estos factores coyunturales no determinó la derogación más o menos expresa de esta legislación penal excepcional, sino su reconversión en una regulación jurídicopunitiva más amplia de todo el sector económico con una vocación de permanencia. Las razones de por qué lo que originariamente se había considerado excepcional se convierte en una regla general son varias y de muy diversa índole. El desmesurado crecimiento económico de la producción, no respaldada por unas necesidades objetivas, debido en parte al aumento de las industrias bélicas, la continua inflación, las crisis

¹⁵ Sobre la evolución del capitalismo hacia el neocapitalismo y la crisis del capitalismo en general, cfr., MANDEL, *Introducción al marxismo*, Barcelona, 1976, págs. 55 y ss. Cfr. también SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, 4ª ed., Londres, 1954. Hoy en día ya casi nadie niega la necesidad de la intervención del Estado en la economía; lo que se discute son las metas de esa intervención y los intereses a los que sirve. Sobre el estado actual de lo que se llama "economía mixta", cfr. SAMUELSON, *Curso de economía moderna*, trad. de José Luis Sampedro, adaptación a la 9ª ed. norteamericana por Luis García de Diego, decimoséptima edición, sexta reedición, Madrid, 1979, págs. 47 y ss. Cfr. sobre esta evolución y la repercusión del derecho económico en el "capitalismo organizado", NAHAMOWITZ, "Wirtschaftsrecht im «Organisierten Kapitalismus»", en *Kritische Justiz*, 14, 1, 1968, págs. 34 y ss.

¹⁶ Cfr. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., vol. I, pág. 42.

¹⁷ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, "El derecho penal económico, un estudio de derecho positivo español", en *A.D.P.*, 1973, págs. 91 y ss.

económicas con sus secuelas de paro y reivindicaciones de las clases obreras, habían convertido el sistema de la economía de mercado en una jungla en la que no se respetaban las reglas del juego básicas de la economía capitalista, amenazando su supervivencia. El Estado se ve obligado a intervenir, y pasa así de ser mero espectador de la vida económica a principal protagonista, de Estado liberal a Estado social. Lo que en otras épocas no había sido más que un fenómeno transitorio o coyuntural, se convierte en la principal base del sistema. Lo que en otras épocas no había sido más que un episodio aislado o un sector muy especializado del derecho penal tradicional, se convierte ahora en uno de los sectores más importantes y complicados.

Visto a la luz de la evolución que brevemente se acaba de exponer, el título VIII del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal constituye el reflejo jurídico punitivo del modelo socioeconómico que sirve de base a nuestro orden constitucional, y así ha sido entendido por un sector importante de la doctrina científica más cualificada. Sin embargo, el que esto sea así es más que cuestionable, y es precisamente lo que suministra la base para las críticas que contra dicho título se han formulado.

4. La primera contradicción que inmediatamente salta a la vista es la de que no todos los derechos de contenido socioeconómico protegibles penalmente se tutelan en el título VIII, como podría entenderse a la vista del pomposo título que lo encabeza: "Delitos contra el orden socioeconómico", porque nadie dudará que la propiedad privada es uno de los derechos fundamentales de contenido socioeconómico reconocidos en la Constitución (art. 33,1), en inmediata conexión con el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38), del que la propiedad privada es su principio fundamental. Pues bien, la tutela de la propiedad privada se lleva a cabo en un título diferente, el V, bajo la rúbrica genérica de "Delitos contra el patrimonio"¹⁸, al que se ocupa de los "Delitos contra el orden socioeconómico".

Esta contradicción no tendría más alcance que el puramente sistemático, si no fuera porque, a pesar del tratamiento separado de uno y otro grupo de delitos, se observan extrañas relaciones entre uno y otro y diversas contradicciones valorativas, difíciles de comprender en el plano de una política criminal racional y eficiente. Veamos algunos ejemplos.

a) Entre las "novedades" que aporta el título VIII del Proyecto encontramos los "delitos financieros", tipificados en el capítulo VI. La finalidad policriminal de esta regulación expresa de tal materia es sin duda loable: acabar con los abusos que en el ámbito de las sociedades mercantiles, y especialmente de las anónimas, se cometen, en frecuentes ocasiones impunemente. Pero quizás no se haya caído en la cuenta que esta impunidad, ciertamente deplorable, no se debe, como fácilmente puede pensarse a la vista del Proyecto, a la imposibilidad legal de castigar tales hechos conforme al Código Penal vigente, sino a una serie de mecanismos, para o metajurídicos, pero indudablemente

¹⁸ Cfr. HUERTA TOCILDO, "Los delitos patrimoniales en el Proyecto de Código Penal de 1980", en *C.P.C.*, n. 15, 1981, págs. 473 y ss.

reales, que condicionan en la práctica la aplicación de las normas penales a tales hechos¹⁹. El Código Penal vigente ofrece, sin duda, grandes lagunas de punibilidad en muchos aspectos de la criminalidad económica, pero también contiene tipos tradicionales de delitos, como las estafas, la apropiación indebida y las falsedades documentales, que, aun con grandes defectos en su regulación actual, son perfectamente aplicables a prácticamente todos los supuestos de hecho de las normas que disciplinan los delitos financieros en el Proyecto. Es más, tanto la doctrina como un importante sector de la jurisprudencia españolas, han defendido invariablemente la aplicación de los preceptos relativos a la estafa, a la apropiación indebida o a las falsedades documentales, especialmente en documento mercantil, a los casos de "creación de sociedades de fachada", "utilización indebida del capital o beneficios sociales" "falsificación de balances", etc., que son los supuestos de hecho más característicos de los "nuevos" delitos financieros del Proyecto²⁰. Y no se trata aquí de hacer ningún tipo de analogía *in malam partem* o de cualquier otro tipo de interpretación extensiva de dudosa compatibilidad con el principio de legalidad, sino de aplicar, con el más estricto respeto al principio de legalidad, los preceptos tradicionales cuyos términos estrictos no se oponen a ello. Basta solamente mirar cómo se han reconducido los preceptos casuísticos que disciplinan las estafas y otros engaños en nuestro Código Penal vigente a una teoría general de la estafa perfectamente adaptable al más modesto timo de la estampita o el tocmocho y al más grave y rebuscado de algunos delitos financieros²¹. Y lo mismo sucede con la apropiación indebida y con las falsedades documentales.

¹⁹ Cfr. CÓRDOBA RODA, "Consideraciones sobre la jurisprudencia penal", en *R.J. Cat.*, 1974; MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., págs. 158 y ss.

²⁰ Cfr. OLIVA GARCÍA, "Sobre el llamado delito financiero", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, vol. XVI, núm. 43, págs. 7 y ss., que comenta la S. T. S. 23 junio 1973, que apreció en un supuesto de utilización indebida del capital social el delito de apropiación indebida. Sin embargo, tanto OLIVA como la S. T. S. aluden al "vacío normativo" que en algunos de estos casos se da en el Código Penal vigente. Algunos de estos vacíos normativos podrían ser subsanados con la creación de algún tipo específico similar a la infidelidad patrimonial alemana (*Untreue*). Pero si se analizan bien las causas de este vacío normativo se ve inmediatamente que ello se debe sobre todo, a que estos delitos se dan en el ámbito de sociedades mercantiles, especialmente anónimas, siendo la estructura de estas la principal dificultad para la exigencia de responsabilidades penales a las personas físicas que por ellas actúan. Una solución a este problema puede encontrarse en la creación de cláusulas especiales que faciliten en estos casos la exigencia de responsabilidades individuales de administradores, gerentes, etc. Así, por ej., sucede con el § 14, StGB y el art. 35 del Proyecto de Código Penal (sobre este problema en general, tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*, cfr. MUÑOZ CONDE, "La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles", en *C.P.C.*, núm. 3, págs. 171 y ss.). Sobre la problemática general de los delitos financieros, cfr. DEL ROSAL, *Derecho penal de sociedades anónimas*, vol. I, Madrid, 1971; HEREDERO, *Los delitos financieros en la jurisprudencia española*, Barcelona, 1969; OLIVA, *ob. cit.*, y también la comunicación a estas Jornadas del fiscal Conde Pumpido. Sobre la regulación que propone el proyecto, cfr. además de la comunicación aludida, GÓMEZ BENÍTEZ, "Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socioeconómico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código Penal", en *A.D.P.*, 1980, págs. 478 y ss.; PIQUÉ VIDAL, "La protección penal de los accionistas" en *El Proyecto de Código Penal*, cit., págs. 167 y ss.

²¹ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, parte especial*, 3ª ed., (tercera reimpresión de la 2ª ed., con Anexos de actualización legislativa). Sevilla, 1980, págs. 221 y ss., siguiendo, como en general la doctrina española, la magistral concepción de la estafa propia que en su día propuso ANTÓN ONECA, voz *Estafa*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo IX (1958), págs. 57 y ss.

Es difícil, por tanto, considerar que la nueva regulación de los delitos financieros que propone el Proyecto cubra realmente lagunas de punibilidad que se hayan puesto de manifiesto ya anteriormente por la doctrina y la jurisprudencia. Pero si así fuera, seguiría sin comprenderse muy bien por qué esta materia tiene que ser tratada en un título distinto al título en el que se tipifican las estafas, apropiaciones indebidas, etc., de las que, en todo caso, los delitos financieros serían subespecialidades. La incidencia en el ámbito socioeconómico no sería, desde luego, motivo suficiente para este tratamiento separado. En primer lugar, porque no siempre en los delitos financieros de la pequeña y mediana empresa se ve afectado algo más que un derecho patrimonial. En segundo lugar, porque el derecho de sociedades, por muy importante que sea para la vida económica de un país, sigue siendo un derecho privado patrimonial, como lo demuestra su situación en el ámbito del derecho mercantil. Y en tercer lugar, porque la regulación que propone el Proyecto está prevista fundamentalmente para los delitos financieros que se dan frecuentemente en el ámbito de la pequeña y mediana empresa (cfr. por ejemplo, arts. 363 y 366), y no para aquellos abusos más característicos de las grandes empresas, especialmente bancarias. Así, por ejemplo, en el art. 368 se castiga la utilización indebida por parte de los administradores del capital o de los beneficios sociales en perjuicio de los socios, pero no de otras personas, como depositarios, cuentacorrentistas, etc., que en el ámbito de la actividad bancaria son los que resultan normalmente perjudicados²².

Es muy curioso, además, que se haya hecho la regulación sin pensar mucho, o al menos así lo parece, en la legislación mercantil que regula el derecho de sociedades. Con ello se corre el peligro de entrar en contradicción con ella, con la consiguiente inaplicabilidad de la regulación penal, que quedaría ya desde el principio relegada y desprestigiada. Así, por ejemplo, el art. 363 castiga a los que “se valieren de una sociedad mercantil... para —entre otras cosas—

²² En el mismo sentido GÓMEZ BENÍTEZ, *ob. cit.*, págs. 477 y 484. Esta laguna no se produce, en cambio, con el actual delito de apropiación indebida. Así, p. ej., la antes citada S. T. S., 23 junio 1973, no tuvo inconveniente en apreciar este delito en la conducta del presidente del Consejo de Administración de un Banco, del que era a su vez único accionista, que utilizó indebidamente el capital social en perjuicio de los cuentacorrentistas e impositores. Esta postura jurisprudencial sigue siendo válida, aun en aquellos casos en los que los fondos de garantía creados especialmente al efecto garanticen la devolución de su dinero a los cuentacorrentistas e impositores de las instituciones bancarias en crisis: en primer lugar, porque estos fondos de garantía se crean muchas veces *ex post* una vez provocada la crisis, para evitar grandes perjuicios económicos a una gran masa de personas, generalmente humildes, y el consiguiente deterioro del prestigio de las entidades bancarias; en segundo lugar, porque la devolución no siempre es total y, en todo caso, la demora en el cobro, el cese de los intereses, etc., representa siempre un perjuicio económicamente relevante; y, en tercer lugar, porque, en todo caso, se produzca o no el perjuicio patrimonial, en el art. 535 caben también las formas imperfectas de ejecución y una de las formas de conducta típica en él incluidas es el uso irregular de los fondos depositados o dados para su administración, cuando dicha utilización excede los límites de lo que corresponde a los títulos de depósito y administración y se hace con ánimo de lucro. Algo similar ocurre con el Fondo de Garantía Salarial en materia de crisis fraudulentas de empresas prevista en el art. 499 bis del vigente Código Penal (cfr. PÉREZ PÉREZ, *La protección legal de los trabajadores en los supuestos de insolvencia del empleador*, Barcelona, 1980). Lo cual no quiere decir naturalmente que dichos seguros no tengan efecto sobre la responsabilidad civil.

eludir el cumplimiento de sus débitos personales”. Un precepto de este tipo, estrictamente interpretado, debería conducir sin más a la punición de todos los que formen parte de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, ya que pertenece a la esencia de estas sociedades el que el socio trate precisamente, por intermedio de ellas, de eludir sus responsabilidades personales de carácter patrimonial, limitando su responsabilidad al patrimonio social. Evidentemente aquí se está pensando en otra cosa: en que la creación de una sociedad tenga por objeto la comisión de algún fraude, delito fiscal, etc.; pero entonces para la punición bastaría con los preceptos de las asociaciones ilegales o con los de los delitos que se cometerían al amparo de la sociedad. Otro caso similar tenemos en el art. 367, que con su redacción literal (“aparentar haber desembolsado el capital social suscrito”) da a entender que los socios tienen obligación de desembolsar en todo caso el capital social suscrito, lo que no siempre es obligatorio. Así, por ejemplo, en las sociedades anónimas solo hay obligación de desembolsar una parte del capital suscrito (el 25%). Tampoco es tan fácil de precisar el segundo inciso del artículo (“entregas ficticias o simulación o inflación de aportaciones”), ya que junto a las aportaciones dinerarias la Ley de Sociedades Anónimas admite las “no dinerarias”, *in natura* y las “accesorias”, y establece además en su art. 32 un régimen de revisión de las mismas (piénsese, por ejemplo, en las revalorizaciones por plusvalías). En el art. 367 se habla también de “adoptar acuerdos sociales por una mayoría ficticia en contra de los intereses de la generalidad de los socios”, sin tener en cuenta que muchas veces una minoría de socios tiene la mayoría del capital y que para el orden socioeconómico más importante que los intereses de la generalidad de los socios es el interés u objetivo social²³.

Pero todos estos defectos, con ser tan graves, no son, sin embargo, los más importantes. Hay otros que realmente hacen dudar de que la finalidad políticocriminal del Proyecto en esta materia sea la de proceder severamente contra los delitos financieros. El principal y más chocante obstáculo que para llevar a cabo esta finalidad políticocriminal surge es el de la discordancia valorativa que resulta de la comparación de los marcos penales que tienen asignados estos delitos financieros con los marcos penales de las estafas, apropiación indebida, falsedades documentales, etc., en las que tales delitos, según antes se ha dicho, podrían subsumirse en principio. Lo lógico hubiera sido que el tratamiento autónomo de los delitos financieros que propone el Proyecto tuviera la finalidad de agravar la pena de estos delitos frente a la de las estafas, apropiación indebida y falsedades documentales. Ello se justificaría porque a la lesión patrimonial concreta que producen se añade el perjuicio al orden socioeconómico que el Proyecto como nuevo bien jurídico quiere proteger en estos delitos. Paradójicamente, sin embargo, y aunque cueste creerlo, los delitos financieros del capítulo VI del título VIII, incluso en aquellos supuestos en los que inequívoca-

²³ En el mismo sentido GÓMEZ BENÍTEZ, *ob. cit.*, pág. 483. Sobre el objeto social, cfr. BROSETA PONT, “Determinación e indeterminación del objeto social en la ley y en los estatutos de la sociedad anónima”, en *Revista de Derecho Notarial*, 1970; cfr. también GARRIGUES-URÍA, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. 1, 3ª ed., Madrid, 1976, págs. 241 y ss.

mente se tipifican estafas, apropiaciones indebidas y falsedades documentales, resultan más levemente penados que estos delitos. Confróntense, por ejemplo, las penas que tienen asignadas las estafas y la apropiación indebida en el Proyecto (arts. 256, 257 y 258), que pueden llegar hasta los seis años de prisión, y que normalmente oscilan entre seis meses y cuatro años, además de las multas que en cada caso correspondan, con las penas de los delitos financieros, que oscilan entre los seis meses y los dos o tres años de prisión, y además de las multas correspondientes. Verdaderamente es difícil comprender los criterios valorativos y politicocriminales seguidos por el legislador en esta materia, salvo que se opte por la consideración, ciertamente sorprendente en un Estado social y democrático de derecho, de que las defraudaciones y falsedades patrimoniales son más leves cuando se producen en el ámbito socioeconómico²⁴.

Pero estas contradicciones llegan ya a convertirse en alucinantes cuando dentro del mismo título, aunque en otro capítulo, el V, y en un mundo teóricamente más humano que el de los delitos financieros, el de las relaciones laborales, se castiga con pena de prisión de seis meses a tres años y multa al empresario que, habiendo efectuado el descuento de las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a las aportaciones de los trabajadores, no las consignare dentro del plazo establecido. Este mismo supuesto viene siendo considerado actualmente, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como un delito de apropiación indebida subsumible en el art. 535 del vigente Código Penal²⁵. Y pre-

²⁴ A pesar de todo lo dicho en el texto, todavía podría argumentarse en favor de la creación de los delitos financieros tal como se plantea en el Proyecto de Código Penal, que estos delitos se construyen como delitos de riesgo o de consumación anticipada y de ahí la mayor benignidad de las penas respecto a los delitos patrimoniales de resultado en los que la pena del delito consumado exige la producción de un perjuicio real y efectivo (así la objeción formulada en la discusión seguida a esta ponencia por el fiscal Conde Pumpido). Pero este argumento no es convincente ni desde el punto de vista politicocriminal, ni desde el punto de vista dogmático. Desde el punto de vista politicocriminal, porque los delitos financieros que se tipifican en el Proyecto son siempre más graves y causan mayor alarma que el delito patrimonial consumado aisladamente considerado, ya que, aunque los tipos de algunos delitos financieros no exigen la producción de un perjuicio efectivo, de hecho, en la práctica solo se perseguirán, cuando se produzca este perjuicio que generalmente alcanza a un mayor número de personas. Desde el punto de vista dogmático, habría que admitir que, para evitar esta menor punición del delito financiero, la solución radicaría en admitir un concurso (*de delitos*) entre el delito financiero de riesgo y el delito patrimonial de resultado. Pero con ello se olvidan, a mi juicio, tres cosas: primera, que en el Proyecto de Código Penal no todos los delitos financieros se configuran como delitos de riesgo, sino que en algunos de ellos se alude también al perjuicio (así los arts. 366 y 368), con lo que la más elemental técnica jurídica impide valorar la producción de ese perjuicio, que es elemento del delito financiero de que se trata, por un delito distinto; segunda, que los delitos patrimoniales pueden castigarse también en sus formas imperfectas de ejecución y en algunos actos preparatorios, con lo que se cubre el mismo campo de riesgo patrimonial que se cubre por los delitos financieros; tercera, que la especial relación existente entre los delitos de riesgo y los delitos de lesión no siempre permite el concurso de delitos entre ellos, sino el de leyes, con lo que, en definitiva, el único delito aplicable sería el patrimonial lesivo. Todo ello, sin perjuicio de insistir una vez más en que algunos de estos delitos financieros constituyen una falsedad documental que ya de por sí es punible conforme al tipo de falsedad correspondiente, con una pena superior, además del concurso de delitos que puede darse con el delito patrimonial que venga en consideración (generalmente estafa). Cfr. también la comunicación de DESANTES y otros a estas Jornadas. En el sentido del texto recientemente cfr. HUERTA TUCILDO, ob. cit., pág. 478.

²⁵ Cfr. MORILLAS CUEVA, "El problema de la calificación jurídicopenal del incumplimiento empresarial en materia de altas y cotización de la cuota obrera en la Seguridad Social", en *Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos*, Escuela Social de Granada, volumen VIII-IX, 1979-80.

cisamente por este delito se ha presentado recientemente querrela criminal contra algunos dirigentes del organismo R.T.V.E. que no habían ingresado las correspondientes cuotas descontadas a los obreros. Evidentemente no hay en esta materia ninguna laguna de punibilidad que corregir ni ninguna razón politicocriminal que aconseje una reforma de esta situación. Y, sin embargo, el Proyecto la lleva a cabo. Pero, paradójicamente, y una vez más, no para agravar las penas actuales, ni siquiera para agravar las penas que tiene la apropiación indebida en el Proyecto, sino para castigar este hecho con una pena más leve. El orden socioeconómico bajo cuya rúbrica se sitúa este delito, sin duda porque puede afectar a una gran masa de trabajadores y, en todo caso, a la Seguridad Social, que se financia con las aportaciones de todos, se convierte una vez más inexplicablemente en motivo de atenuación.

Y este trato de favor hacia el empresario, verdadero cerebro de la economía de mercado, se convierte en flagrante injusticia, cuando el art. 360 castiga con las penas del artículo anterior al que defrauda la Seguridad Social, eludiendo el pago total o parcial de las cotizaciones debidas a aquella *en cuantía igual o superior a dos millones de pesetas*, mientras que el art. 361 castiga prácticamente con la misma pena de prisión al que fraudulentamente obtenga prestaciones de desempleo u otras de la Seguridad Social indebidas o superiores a las que le correspondan o prolongue maliciosamente el disfrute de las mismas, *siempre que el importe de la defraudación exceda de quince mil pesetas*. Y por si todo esto fuera poco, se incluyen también en este capítulo, es decir, dentro de los delitos cometidos con ocasión de las relaciones laborales, y dentro del título VIII, es decir, dentro de los delitos contra el orden socioeconómico, los actuales delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo²⁶. Lo que, ideológicamente interpretado, no deja de ser una confirmación de la tesis marxista que considera que el trabajo, la fuerza de trabajo, es una mercancía más dentro del modo de producción del sistema capitalista²⁷.

b) Tampoco merece mejor opinión el capítulo IV, dedicado a "las infracciones relativas al tráfico de medios de pago y de crédito" que trata en dos secciones independientes la letra de cambio vacía y el cheque en descubierto, respectivamente. En definitiva, como la propia rúbrica del capítulo indica, se trata de proteger el tráfico de estos medios de pago y de crédito, es decir, la eficacia del título-valor como tal, antes que los derechos patrimoniales que en ellos se incorporan; por lo tanto, un valor que podríamos llamar socioeconómico, antes que patrimonial individual. Pero precisamente en esto radica lo que,

²⁶ Cfr. JOVE JANE-MORALES PRATS, "La protección penal del trabajo ante el debate legislativo", en *Revista Técnico Laboral*, núm. 6, octubre-noviembre-diciembre 1980; RODRÍGUEZ RAMOS, "La protección del orbe laboral en el Proyecto de Código Penal de 1980", en *La ley*, año II, núm. 205, viernes 17 julio 1981.

²⁷ La misma tesis se encuentra en la enmienda a la totalidad del título VIII en el Anteproyecto de Código Penal, presentada en el seno de la Sección IV de la Comisión de Codificación por el profesor TORIO LÓPEZ, no publicada posteriormente. A este trabajo del profesor TORIO se deben muchas de las ideas expuestas en mi ponencia. Sobre la ideología de la protección penal del trabajo, cfr. ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Madrid, 1981, págs. 13 y ss.

a mi juicio, es insostenible como solución técnica y política al problema del abuso y manipulación de estos instrumentos tan importantes para el tráfico jurídico y económico. Ya en relación con el actual delito de cheque en descubierto se ha puesto repetidas veces de manifiesto por la doctrina y por la jurisprudencia, y así lo recoge además expresamente el párrafo último del art. 563 bis b), que si el cheque se libra sin fondos, se bloquea la provisión o se negocia sin cobertura, como medio engañoso para conseguir un lucro patrimonial ilícito, lo que existe es una estafa especialmente prevista en el art. 529, 1° del Código Penal vigente. Cuando no es así, parece que este tipo de hechos debería quedar al margen de la sanción penal, como un ilícito civil a tratar con sanciones civiles también²⁸. Y la mejor prueba en favor de esta tesis la ofrece la excusa absolutoria que tanto el art. 563 bis b), 3, del Código Penal vigente, como el 354, 5° del Proyecto ofrecen al librador y al tomador que, en sus respectivos casos, hicieren efectivo el talón o cheque dentro de un plazo determinado, siempre que se trate de este delito y no de una estafa, en cuyo caso no es aplicable la mencionada excusa. No se podía decir con mayor claridad que el actual delito de cheque en descubierto, y el mismo delito que se configura en el Proyecto, lo que en el fondo están castigando es el incumplimiento de una obligación civil, restableciendo la antigua prisión de deudas y, lo que es peor, favoreciendo, con el uso de la querrela penal como chantaje, la exigibilidad del cumplimiento de obligaciones nulas o con causa inmoral.

Estas críticas son todavía más aplicables al nuevo delito de letra de cambio vacía que figura en el art. 353 del Proyecto, dado el carácter abstracto de este título-valor. También aquí se hace la salvedad de que el artículo no será aplicable si el hecho constituye delito de estafa, y se dispone la exención de pena si la letra fuera pagada voluntariamente (no se dice por quién) llegado el día del vencimiento o en vía de regreso, con lo que una vez más queda claro que, por muy supraindividual que sea el bien jurídico protegido, la satisfacción del derecho subjetivo individual es lo que verdaderamente importa. Pero es que además la punición de la letra de cambio vacía, tal como está redactada en el Proyecto, carece de sentido, ya que el art. 178, 2 del Código de Comercio prohíbe a los bancos descontar letras "sin la garantía de dos firmas de responsabilidad", y el art. 353 del Proyecto excluye de su ámbito precisamente la letra vacía aceptada. ¿Dónde está, pues, la materia de prohibición constitutiva del delito de la letra vacía? Si un banco descuenta una letra no aceptada, debe asumir los riesgos que de tal acto se deriven y no pedir la intervención del derecho penal, salvo que haya sido víctima de una falsedad o estafa²⁹.

²⁸ Cfr. por todos, MUÑOZ CONDE, *Parte especial*, cit., pág. 258.

²⁹ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, "El Proyecto de Código Penal y el art. 38 de la Constitución" en *La Reforma Penal y Penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, págs. 459 y ss., quien, sin embargo, se muestra partidario de la tipificación expresa de tales hechos (cfr. también BAJO FERNÁNDEZ, "La llamada letra de colusión y el delito de estafa", en *R.D.P.*, 1978). A favor de la tesis mantenida en el texto, cfr. la excelente comunicación de TORÍO, a estas Jornadas, que pone de manifiesto la contradicción existente cuando se protege con los medios del derecho penal y como un atentado al orden socioeconómico un crédito amorfo, arbitrario, que muchas veces solo sirve para financiar actividades que nada tienen que ver con el orden socioeconómico, como un Eros-Center, una Casa de Bingo, etc. (Esta comunicación ha sido publicada en *Estudios Penales y Criminológicos*, V, Santiago de Compostela, 1981). Cfr. también CASALS COLLECCARRERA, "La letra vacía", en *El Proyecto de Código Penal*, cit., págs. 183 y ss.

Con ello estamos de nuevo como al principio: la protección penal de los intereses patrimoniales individuales sigue siendo la idea rectora de la regulación del Proyecto en esta materia, y no la de proteger un evanescente orden socioeconómico, salvo que se entienda como tal los intereses muy concretos de las instituciones de crédito, bancarias especialmente, que quieren con el derecho penal robustecer la eficacia de los medios e instrumentos de que se sirven en sus operaciones. Pero en este caso sí que debería pasarse al título VIII, y como contrapartida a su capítulo IV, el delito de usura, especialmente frecuente en este sector de la actividad económica y que casi siempre se encubre con la creación de estos medios de pago y de créditos anómalos³⁰. Curiosamente, el delito de usura sigue en el Proyecto entre los delitos patrimoniales (arts. 271 y 272), con una configuración muy similar a la actual.

c) Las insolvencias punibles, en cambio, sí se introducen en el título VIII del Proyecto, constituyendo su capítulo I, pero con una regulación objetable tanto desde el punto de vista dogmático, como del politicocriminal. Junto al delito de alzamiento de bienes, que es la única modalidad de insolvencia punible merecedora de tratamiento autónomo³¹, se añaden las formas dolosa y culpable de la quiebra y el concurso de acreedores, que serán objeto de regulación unitaria en la futura Ley Concursal, y determinados fraudes relacionados con la suspensión de pagos, figura que también desaparece en la futura Ley Concursal. Ya solo por eso merece el Proyecto críticas, al no coordinar sus preceptos en esta materia con los de la futura Ley Concursal, que puede dejar obsoleta la regulación que propone el Proyecto. Pero incluso en relación con la regulación mercantil vigente deja el Proyecto de Código Penal bastante que desear en esta materia. Sabido es que la suspensión de pagos es una institución anómala que surgió en su configuración actual para evitar la declaración de quiebra de una determinada institución bancaria. Su deficiente regulación ha motivado que muchas veces se haya recurrido a ella para evitar declaraciones de quiebras realmente fraudulentas o para obligar a los acreedores a aceptar convenios ante los hechos consumados de la pérdida de sus posibilidades de cobrar. Una buena forma de evitar estos abusos es ciertamente la de conseguir una mejor regulación mercantil que la actualmente vigente en esta materia. Pero desde el punto de vista jurídicopenal, tales abusos se pueden sancionar perfectamente con los preceptos relativos a las estafas, apropiaciones indebidas, falsedades documentales, etc., que son las calificaciones que merecen los supuestos previstos en los arts. 332 y 333 del Proyecto de Código Penal ("agrarar la situación de insolvencia" e "incumplimiento del convenio con los acreedores").

En general, el problema politicocriminal que plantean las insolvencias, sobre todo las fraudulentas, no se resuelve con la creación de nuevas figuras

³⁰ Cfr. LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, Barcelona, 1967, y la comunicación del mismo autor a estas Jornadas (publicada en *A.D.P.*, 1981); cfr. también HUERTA TOCILDO, *ob. cit.*, pág. 477.

³¹ Cfr. MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, Barcelona, 1971; QUINTERO OLIVERAS, *El alzamiento de bienes*, Barcelona, 1973.

delictivas, ni tampoco con la remodelación de las ya existentes, porque, con excepción del alzamiento de bienes, que tiene autonomía propia, todas ellas encierran en su seno delitos patrimoniales, falsedades documentales, etc., que pueden ser perfectamente castigadas sin tener que esperar a la calificación de la insolvencia, y mucho menos al cumplimiento de los mandatos para proceder y demás condiciones objetivas de perseguibilidad. Si se hiciera esto, en lugar de dilatar la persecución penal a la espera de que finalicen los procesos ejecutivos universales, con todo lo que ello da lugar a componendas y pactos entre los acreedores y el deudor, no habría necesidad de tipificar expresamente el delito de quiebra y se le daría mayor eficacia a la sanción de los delitos patrimoniales que con su motivo u ocasión se dan. No es este, sin embargo, el criterio que sigue el Proyecto, que, guiado por una finalidad agravatoria evidente, dispone en su art. 331, 3 que "en todo caso, los delitos singulares cometidos por el deudor, o persona que haya actuado en su nombre, en la administración del negocio o patrimonio, podrán perseguirse sin esperar a la calificación de la quiebra o concurso y con independencia de las penas que puedan imponerse por estos". Este último párrafo pone en tela de juicio el sistema tradicional de punición de las quiebras y concursos punibles, pues no solo permite castigar por estos delitos, sino también por otros que se dan con su comisión y que precisamente sirven para calificar estas insolvencias (cfr. art. 890 del Código de Comercio y art. 524 del Código Penal), lesionando el principio *ne bis in idem* y la excepción de cosa juzgada que afecta al hecho cometido y no a una determinada calificación jurídica³². Si a ello se añade que otra modalidad de insolvencia, la crisis fraudulenta de la empresa en perjuicio de los trabajadores, puede ser castigada, según el art. 356, 4 del Proyecto, "sin perjuicio de castigar, en su caso, la insolvencia punible", obtendremos una imagen del Proyecto en esta materia de insolvencias punibles realmente escalofriante, solo comparable a otros momentos históricos anteriores a la codificación en los que la dureza de la sanción penal para con los quebrados era tal que los propios jueces tenían escrúpulos para aplicarla y que, como decía LARDIZÁBAL, "hasta ahora no se ha visto en el patíbulo, como manda la ley, a uno de estos tramposos; y no es porque con el rigor de la pena se haya disminuido el número de ellos"³³.

No es, pues, con el rigor de la ley penal (a nivel de conminación penal en los tipos delictivos, que no en su aplicación práctica) como van a prevenirse las modalidades más graves de insolvencia, entre otras cosas, porque ese rigor es ya excesivo en la legislación penal vigente y no ha dado, pese a ello, muchos frutos. Pero, en todo caso, en esta ocasión no puede hacerse, desde luego, al Proyecto la objeción que hacíamos a la regulación de otros grupos de delitos, especialmente los financieros, pues es evidente que en esta materia el paso del título de los delitos patrimoniales al de los delitos contra el orden socioeconómico

no ha determinado una actitud legislativa menos severa. El Proyecto es, sin duda, comparativamente con otros delitos, muy severo con las insolvencias punibles, demostrando con ello que en este caso no solo ha ponderado el perjuicio patrimonial, la lesión del derecho de crédito de los acreedores, sino también el daño a intereses económicos supraindividuales. Con ello se establece, sin embargo, un nuevo método para valorar estos delitos que puede ofrecer no pocas dudas y vacilaciones al intérprete y al juzgador al quedar el derecho de crédito diluido en un orden socioeconómico que de algún modo debe ser también afectado por la acción del deudor. Es difícil comprender cómo un alzamiento de bienes de poca cuantía o un concurso frente a unos pocos acreedores pueda perturbar el orden socioeconómico, como concepto superior comprensivo del derecho de crédito. La idea de ver en toda insolvencia punible un ataque a la economía nacional ha sido rechazada desde hace tiempo por la doctrina especializada, tanto nacional como extranjera³⁴. Y en el mismo Proyecto solo figura como un factor contingente para tener en cuenta en la determinación de la pena de la quiebra y el concurso punibles. No es, por tanto, un extremo tan importante como para determinar la impunidad del deudor insolvente, si con su conducta no pone en peligro concreto el orden socioeconómico. La nueva ubicación sistemática de las insolvencias punibles no tiene, por tanto, justificación dogmática ni políticocriminal y es, ideológicamente considerada, producto de un voluntarismo jurídico ingenuo.

En resumen: el análisis de los grupos de delitos citados nos demuestra que una parte importante del título VIII del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal sigue respondiendo, en sus líneas esenciales, a la forma tradicional de tutela penal de los intereses y derechos subjetivos individuales patrimoniales. Su repercusión en un ámbito económico superior es puramente contingente y, en todo caso, no siempre debe ser determinante de una distinta valoración a nivel de conminación penal. Su inclusión en el título VIII es, pues, ideológica, en el sentido de voluntarista y de falsa transformación de la realidad, y solo puede justificarse con un entendimiento tan amplio del orden socioeconómico que prácticamente no sirve para nada. La finalidad políticocriminal pretendida: corregir determinados defectos de la regulación tradicional de los delitos de estafa, apropiación indebida, insolvencias punibles, etc., podría conseguirse igualmente con la reforma de estos delitos dentro del título dedicado a los delitos contra el patrimonio³⁵.

³⁴ Cfr. LANDROVE DIAZ, *Las quiebras punibles*, Barcelona, 1970, pág. 126; MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., pág. 45. Cfr. VILADAS JANÉ, *Los delitos de quiebra, norma jurídica y realidad social*, Barcelona, 1980 (tesis doctoral, ejemplar mecanografiado).

³⁵ Como se ha hecho en el derecho penal alemán con la 1ª ley para la lucha contra la criminalidad económica (I. Wi.K.G.) de 29-7-1976 que ha introducido dos nuevos preceptos penales sobre estafa de subvenciones (§ 264) y estafa de crédito (§ 265a), configurando estas nuevas modalidades de estafa como delitos de peligro, para cuyo castigo basta con que se dé la acción engañosa, sin que sea necesario demostrar la existencia de un daño patrimonial. Igualmente esta ley ha reintroducido en el StGB los delitos concursales (§§ 283-283d), con una mejor regulación que la que antes tenían en la K.O. Y finalmente, ha refundido los antiguos delitos de usura en un único precepto (párr. 302a), que incluye la usura de crédito, la arrendaticia y el aprovechamiento usurario de otras prestaciones. Sobre esta reforma globalmente cfr. OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte*, Berlín, 1977, págs. 282 y ss.

³² Cfr. MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento*, cit., págs. 76 y ss.; el mismo, "Autonomía del delito de alzamiento de bienes y su relación con otros afines", en *C.P.C.*, núm. 2, 1977, págs. 37 y ss. (también en *R.J.Cat.*, 1977); el mismo "Responsabilidad penal de los órganos...", cit.

³³ LARDIZÁBAL, *Discurso sobre las penas*, Madrid, 1782, pág. 48.

5. De esta crítica negativa a la inclusión sistemática de los grupos de delitos ya examinados en el título VIII, o a la creación de otros nuevos, no debe desprenderse ya apriorísticamente una crítica negativa a todo el título, y mucho menos que los mismos argumentos utilizados en la crítica anterior sean igualmente válidos para la crítica a otros delitos que igualmente se regulan en dicho título.

Precisamente el título VIII comienza a justificarse cuando se incluyen en él delitos de contenido económico que no responden en absoluto a la tradicional concepción patrimonial individualista de los delitos contra el patrimonio. Sucede esto, sobre todo, con los delitos económicos en sentido estricto, es decir, con aquellos que protegen la intervención del Estado en la economía; pero también con los delitos que se producen en el ámbito de la competencia.

Si respecto a los primeros no cabe duda que deben ser objeto de un tratamiento especial que por sí solo justificaría la creación de un nuevo título, no sucede, en cambio, lo mismo con los segundos. La concepción tradicional de la propiedad industrial y de la propiedad intelectual como propiedades especiales (cfr. arts. 428 y 429 del Código Civil) había llevado a la creación de leyes especiales en la medida en que el desarrollo económico y jurídico iba exigiendo una mejor regulación de este tipo de propiedades (cfr. ley de 1879 sobre propiedad intelectual, ley de 1902 y Estatuto de la Propiedad Industrial, etc.). Ello tuvo como consecuencia que la regulación penal de los ataques delictivos a estas propiedades se llevara a cabo de una forma vaga e imprecisa a través de normas penales en blanco (cfr. art. 534 del Código Penal), que en absoluto se adaptaban a la necesidad tuteladora y a la importancia social y económica de estos derechos. El derecho de la competencia, el *Wettbewerbrecht* de los alemanes, surgió precisamente para abarcar en él no solo a la tradicional propiedad industrial y otros derechos de los empresarios competidores, sino también el de otros participantes en la economía de mercado: los consumidores y público en general³⁶. Las insuficiencias de la regulación tradicional de la propiedad industrial se mostraban precisamente en la falta de protección de este segundo círculo de personas, cuya importancia para la economía de mercado era evidente. La economía de mercado se había entendido como un derecho de los empresarios, pero se había ignorado totalmente al público consumidor de las mercancías y servicios prestados por aquellos. Los derechos de los consumidores y usuarios no son, desde luego, exclusivamente de naturaleza patrimonial y, en todo caso, tienen un aspecto social más importante que el puramente individual patrimonial. Este aspecto social se reconoce en el art. 51 de la Constitución, que obliga a los poderes públicos a la defensa de los consumidores y de los legítimos intereses económicos de los mismos. Ciertamente es un derecho de difícil conceptualización jurídica (de "intereses difusos" habla la doctrina italiana), pero que, en todo caso, no se identifica con los intereses patrimoniales individuales.

³⁶ Cfr. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., vol. II, pág. 33.

Creo, pues, que la inclusión de la protección penal de estos derechos en el capítulo II del título VIII está justificada en la medida que se trata de derechos más amplios que los simplemente patrimoniales. La regulación jurídica concreta que se propone no me parece, en cambio, tan correcta. En algunos casos supone una hipertrofia del derecho penal y una lesión del principio de intervención mínima, al penalizar como delito lo que no debería ser más que una infracción administrativa. En otros, confirma el orden económico empírico, al partir en los delitos relativos a la formación de precios y a la regulación de mercados de unas hipótesis que en absoluto se verifican en la realidad. Veamos algunos ejemplos.

a) En el art. 337 se equiparan la falsificación de las denominaciones de procedencia y la de las denominaciones de origen legalmente protegidas, a pesar de la distinta trascendencia y del diferente trato que reciben una y otra en el Estatuto de la Propiedad Industrial y en el Estatuto de la Viña y del Vino.

En el art. 339, 1º se castiga una simple infracción formal: usar la expresión "registrado", u otra análoga, sin haber obtenido el correspondiente certificado de propiedad industrial. La expresión "registrado" en los productos comerciales solo demuestra que el fabricante dice que ha pagado los derechos económicos que implica el registro, pero no que el producto sea mejor o tenga determinadas cualidades. La sanción administrativa es, por tanto, suficiente.

En el art. 339, 3º y 4º, se castiga, incluso con penas agravadas en el número 3º, a los que expendan objetos de comercio, sustituyendo o eliminando el nombre de su fabricante o la marca, sin tener en cuenta que ello es una práctica habitual entre los fabricantes, que muchas veces, por razones de prestigio, abundancia de mercancías, etc., y sin que ello implique ningún tipo de fraude, elimina o sustituye por una imaginaria su nombre o la marca en el producto. El precepto solo debería penalizar la sustitución de la marca o el nombre del fabricante verdadero por la marca o nombre de otro, tal como hace expresamente el art. 281 del vigente Código Penal.

Estos excesos punitivos, debidos sin duda a la dificultad de señalar las diferencias entre ilícito penal y administrativo, se compaginan mal con las leves penas, solo pecuniarias, del delito publicitario más afín, en la configuración que tiene en el art. 342 del Proyecto, a las formas imperfectas de ejecución de la estafa que a un auténtico delito contra los intereses de los consumidores. No existe, en cambio, un tipo especial destinado a sancionar expresamente los fraudes alimentarios, de tan relevante importancia cualitativa y cuantitativa, y ello es tanto más deplorable cuanto que no siempre es posible incriminar estos hechos por los preceptos de la estafa o por los contenidos en el Proyecto en relación con la propiedad industrial³⁷.

³⁷ El "fraude de la colza" y otros fraudes e intoxicaciones alimentarias ocurridas recientemente están mostrando, con su secuela de muertes y lesiones graves de los consumidores, hasta qué punto el fraude alimentario es hoy un problema que excede del ámbito puramente económico, aunque en él tenga sus raíces criminológicas, para situarse de lleno en otros intereses más importantes y directamente afectados por los fraudes, como la salud y la vida de los consumidores. Sobre el carácter pluridimensional de los fraudes alimentarios, cfr. OCTAVIO DE TOLEDO, "Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en derecho penal", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 55, Madrid, 1977, págs. 55 y ss. De un modo general, cfr. SGUBBI, "Tutela penale di interessi difusii" en *La Questione Criminale*, núm. 1, 1975, págs. 439 y ss. Recientemente se ha remitido a las Cortes un Proyecto de Ley Orgánica de Reforma Parcial

b) Desde el punto de vista del consumidor y de los principios más puros de la economía de mercado deja bastante que desear la regulación del Proyecto en relación con la alteración de precios, las prácticas restrictivas de la competencia y la regulación de mercados en general. El Proyecto parte en esta materia de la idea típicamente liberal de la libre competencia y concurrencia como la fórmula ideal para la formación de precios justos y garantizar, por tanto, los intereses de los consumidores. En este sentido se daría una correspondencia perfecta entre los arts. 38 y 51 de la Constitución: la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38) sería la mejor garantía para la seguridad, la salud y los intereses económicos de los consumidores y usuarios (art. 51). Incluso del art. 344 del Proyecto (equivalente al art. 540 del vigente Código Penal) habla de "precios que habrían de resultar de la libre concurrencia".

A este respecto conviene recordar que una libre concurrencia en el sentido clásico de la palabra, entendida como competencia perfecta, atonicidad del mercado, transparencia del mismo, homogeneidad de los bienes, libre entrada en el mercado, equilibrio entre oferta y demanda, etc., hace ya mucho tiempo que ha dejado de existir. En su lugar existe, en el mejor de los casos, una libre concurrencia relativa, funcional, en la que se deja escaso margen a la iniciativa privada situada entre la intervención del Estado, por un lado, y la de los grandes grupos de presión (*trust*, monopolios, oligopolios), por otro³⁸.

Es difícil compaginar esta realidad económica con las normas del Proyecto en esta materia. Sin ir más lejos, el art. 348 castiga a "los comerciantes que ofrecieran en el mercado productos cuya sustancia, cantidad o calidad sean de valor inferior a la expresamente manifestada al público". La expresión "valor inferior" es ciertamente equívoca, pues lógicamente en una economía en la que juega el principio del beneficio, el valor de costo es normalmente inferior al valor de venta, que es fijado por el comerciante en función de diferentes variables y, en última instancia, de la libertad de iniciativa que le reconoce el sistema de la economía del mercado. Solo cuando la diferencia entre uno y otro sea excesiva o haya mediado fraude podrá admitirse la intervención de los preceptos civiles protectores del comprador y los del derecho penal relativos a la estafa, a los que indirectamente alude el art. 348 del Proyecto ("salvo que el hecho constituyere delito más grave") ¿Qué sentido tiene entonces el art. 348 en una economía de mercado?

del Código Penal que prevé la introducción de un precepto que sería el art. 344 Bis b), que castigaría con las penas de prisión menor y multa (tipo doloso) o arresto mayor y multa (tipo imprudente) al productor, distribuidor o comerciante que ofreciera en el mercado productos alimenticios omitiendo o alterando los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad, composición o cualquier otra de análoga significación.

³⁸ Cfr. QUINTERO OLIVARES, "Maquinaciones para alterar el precio de las cosas", en *N.E.J.S.*, xv, págs. 884 y ss.; GARCÍA PABLOS, "Sobre la figura del delito de maquinaciones para alterar los precios (naturales) de las cosas", en *C.P.C.*, núm. 14, 1981, págs. 224 y ss.

También plantean problemas de compatibilidad con la realidad económica los preceptos del Proyecto en los que se sanciona el hecho de "prevalecerse de una posición de dominio en el mercado" (arts. 346 y 349). Como ya señaló MARX, si algo caracteriza el sistema económico capitalista es la progresiva concentración del poder económico en pocas manos a costa de la pequeña y mediana empresa, que, por lo demás, el pensador alemán consideró como el ejército industrial de reserva que conduciría a la destrucción del propio sistema³⁹. Pues bien, en este sistema de dominantes y dominados el consumidor ocupa un puesto entre estos últimos y no tiene más remedio que aceptar las decisiones adoptadas en el ámbito de la producción por los otros. La protección penal del consumidor en estos preceptos deviene prácticamente ilusoria y, en todo caso, es indirecta, condicionada por la reglamentación de la competencia entre los empresarios⁴⁰. Ello explica la escasa utilización de las pocas normas existentes en la materia (arts. 539 y 540 del Código Penal, Ley de Práctica Restrictiva de la Competencia de 1963 y Decreto de Disciplina de Mercado de 1974), cuyo contenido esencial ha sido recogido convenientemente sistematizado, en el Proyecto de Código Penal. Por lo demás, tampoco el tipo de penas previsto para estos comportamientos, multa de seis, o de doce a veinticuatro fines de semana, y de medidas, prohibición de realizar las actividades comerciales de que se trate por un máximo de cinco años o de otorgar nuevos contratos por un máximo de tres años en casos muy graves o de habitualidad, va a intimidar mucho a los autores de tales hechos, quienes, en todo caso, aceptarán el riesgo de ser condenados por un factor más de repercusión en los costos⁴¹.

6. Queda por último por examinar otro gran grupo de delitos que responden a la idea, antes señalada, de proteger la intervención del Estado en la

³⁹ Como es sabido, para MARX el sistema capitalista se caracteriza por una acentuación progresiva de la concentración de rentas que conduce a la destrucción del propio sistema. La idea se encuentra ya en el *Manifiesto del Partido Comunista* (cfr. MARX, ENGELS, *Manifest der Kommunistischen Partei*, Dietz Verlag, Berlín, 1978, págs. 54 y 56). Sobre la situación de la pequeña y mediana empresa en España, cfr. TAMAMES, *Estructura*, cit., vol. 1, pág. 376.

⁴⁰ Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO, *ob. cit.*, págs. 118 y ss.; SGUIBBI, *ob. cit.*, págs. 454 y ss. Ya decía ADAM SMITH en *La riqueza de las naciones* que "raras veces se reúnen las gentes que ejercen el mismo negocio, ni siquiera por diversión o entretenimiento, pero, cuando lo hacen, la conversación suele terminar en una confabulación contra el público o en algún acuerdo para elevar los precios", citado por SAMUELSON, *ob. cit.*, pág. 918. Cfr. además las comunicaciones de los profesores BOIX y BACIGALUPO a estas Jornadas.

⁴¹ Este carácter de gaje del oficio, de riesgo a correr, perfectamente calculado y desplazado hacia el coste del producto, que puede tener la condena penal es especialmente evidente, cuando la sanción es solo de tipo pecuniario. Pero, incluso cuando la pena es privativa de libertad, los mecanismos, subculturales, las impurezas procesales (retardos maliciosos en la administración de justicia, sobornos del personal administrativo, interferencias oficiosas de personas influyentes, etc.) y la concesión arbitraria de beneficios como la condena condicional, permisos de salida, cumplimiento en establecimientos penitenciarios abiertos, indulto particular, etc., convierten la sanción penal en una burla de sí misma. Por lo demás la conminación penal contenida en los específicos tipos delictivos del derecho penal económico por sí sola carece de virtualidad preventiva general, si no va acompañada del rápido descubrimiento de los delitos y la aplicación efectiva de las penas previstas para ellos. Cfr. a este respecto las comunicaciones a estas Jornadas de los profesores BERISTAIN y QUINTERO OLIVARES. Cfr. también ROXIN, *Iniciación al derecho penal de hoy*, trad. Luzón Peña y Muñoz Conde, Sevilla, 1981, pág. 39.

vida económica y que, como tales, no responden a los principios tradicionales de la tutela penal de los intereses patrimoniales individuales ni a los de la economía de mercado en sentido puro. Son estos delitos los que constituyen el derecho penal económico en sentido estricto, entendido como conjunto de normas penales que protegen la intervención del Estado en la economía. Su origen histórico y su carácter coyuntural determinaron, en muchos casos, su situación extramuros del vigente Código Penal y su regulación en una legislación penal especial, no siempre respetuosa con los principios penales. Por eso, aun reconociendo su carácter cambiante y coyuntural, considero positiva su inclusión en el Proyecto de Código Penal; aunque tampoco me parece mal su regulación en leyes penales especiales, siempre que ello no suponga una derogación de los principios informadores en un Estado democrático de derecho del ejercicio del poder punitivo del Estado. Lo importante, en todo caso, es señalar que el derecho penal no puede permanecer al margen de la intervención del Estado en la economía. Salvados los principios de intervención mínima y de intervención legalizada del poder punitivo del Estado, me parece perfectamente plausible la idea de hacer intervenir el derecho penal para proteger la acción estatal en la economía. Ello confirma la tendencia antes citada en los sistemas económicos neocapitalistas de la intervención creciente del Estado en la economía, intervención que es absolutamente normal en los países del sistema socialista. Por lo demás, tal intervención encuentra apoyo en los arts. 38, inciso segundo, 128, 2º, y 131, 1 de la Constitución.

En este apartado de delitos contra el orden económico en sentido estricto pueden situarse los capítulos VII ("De los delitos contra la Hacienda Pública"), VIII ("De los delitos relativos al control de cambios") y IX ("De los delitos de contrabando") del título VIII del Proyecto de Código Penal. No así, por las razones a las que luego aludiré, los capítulos X y XI del mismo título.

Si algo justifica la intervención del Estado en la economía es precisamente el orden coercitivo, cuya regulación se encomienda a la Hacienda Pública, que aparece como bien jurídico protegido en el delito fiscal y en la estafa y utilización indebida de subvenciones, tipificadas en los arts. 370 y 371 del Proyecto de Código Penal. El art. 370 mejora notablemente el actual 319 del vigente Código Penal, aunque siga exigiendo la existencia de una cuantía mínima (tres millones), a partir de la cual entre la defraudación fiscal en el ámbito jurídicopenal⁴². Una importante novedad representa el art. 371, en el que, si-

⁴² La bibliografía aparecida tras la introducción del delito fiscal es muy amplia, cfr. ARGILES y GARCÉS DE MARSILLA, "El nuevo delito fiscal", en *Crónica tributaria*, número 25; BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico*, cit.; BACIGALUPO, "El delito fiscal en España", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, número 56, 1979; CÓRDOBA RODA, "El delito fiscal", en *Revista Española de Derecho Financiero*, núms. 15-16, 1977; FERNÁNDEZ BRETANO, "El delito fiscal", en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, 1978; GONZÁLEZ GARCÍA, "El delito fiscal en la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal", en *Revista a. cit.*; QUINTERO OLIVARES, "El nuevo delito fiscal", en *Revista a. cit.*; RODRÍGUEZ MOURULLO, "El nuevo delito fiscal", en *Revista Española de Derecho Financiero*, núms. 15-16, 1978; SERRANO GÓMEZ, *Fraude tributario*, Madrid, 1977; Varios: *Medidas urgentes de reforma fiscal*, vol. 1, Madrid, 1977; y además las comunicaciones a estas Jornadas de los profesores CASABO y FERNÁNDEZ ALBOR.

guiendo el modelo del § 264 StGB, se tipifica la estafa y la utilización indebida de subvenciones públicas. La necesidad de tipificar autónomamente tales hechos era y es evidente desde el punto de vista dogmático, porque no siempre pueden aplicárseles los preceptos de la estafa, bien por falta de daño patrimonial, bien por dificultad de prueba del ánimo de lucro. La necesidad políticocriminal de su incriminación es también evidente, porque la subvención es la forma más frecuente de incidencia de los entes públicos en la economía, y es preciso robustecer su protección jurídica. La situación de este precepto entre los delitos contra la Hacienda Pública, y por tanto, contra el orden económico en sentido estricto, se justifica, porque el bien jurídico protegido directamente es la facultad del Estado de intervenir en la economía, fomentando determinados aspectos de la misma y no simplemente un elemento patrimonial. Por eso debería limitarse su ámbito de acción a las subvenciones a empresas y actividades económicas, dejando fuera las actividades culturales, artísticas, etc.⁴³.

Menos afortunada es la redacción de los delitos relativos al control de cambios (capítulo VIII) y de contrabando (capítulo IX). El carácter coyuntural de estos delitos, que ha motivado siempre su regulación en leyes especiales, hace imprescindible la utilización de la técnica de la norma penal en blanco, dándole a la correspondiente autorización administrativa una fundamental importancia en la constitución del supuesto de hecho de estos delitos. Con ello se corre el peligro de convertirlos en puras infracciones formales, en delitos de peligro abstracto para la economía nacional, cuya única diferencia con las infracciones administrativas en la misma materia sería la puramente cuantitativa (dos millones en los delitos relativos al control de cambios, un millón en los delitos de contrabando), oscureciendo el bien jurídico "economía nacional" o convirtiéndolo en un bien de secundaria importancia en la configuración de los delitos⁴⁴. La existencia de la Ley sobre Régimen Jurídico del Control de Cambios de 1979 y la inminente aprobación de una Ley de Contrabando me eximen de mayor comentario sobre esta materia⁴⁵.

Con la regulación de estos delitos termina prácticamente lo que, dentro del título VIII del Proyecto, puede considerarse como delitos contra el orden económico en sentido estricto y, por lo tanto, justificar un título específicamente dedicado a esta materia. Faltan en él, sin embargo, todavía otros delitos que sin duda tienen el mismo bien jurídico protegido: los delitos de daños y sabotaje de las empresas públicas, la desobediencia a las órdenes del gobierno que afecten a la economía nacional, la especulación y el acaparamiento, la utiliza-

⁴³ Quizás esta idea no sea del todo compatible con la regulación que propone el Proyecto, no coincidente con la estafa de subvenciones del derecho penal alemán, cuyo carácter patrimonial es más inequívoco, cfr. OTTO, *ob. cit.*, pág. 284. Cfr. también TIEDEMANN, *Subventionskriminalität in der Bundesrepublik*, 1974.

⁴⁴ Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, *ob. cit.*, págs. 490 y ss.; también la comunicación del profesor OLIVA a estas Jornadas.

⁴⁵ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, "El desaparecido Juzgado de Delitos Monetarios", en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 128, 1977; BAJO FERNÁNDEZ, "Observaciones para una futura reforma de la Ley de Delitos Monetarios", en *A.D.P.*, 1977; el mismo, en *La reforma penal y penitenciaria*, cit., págs. 461 y ss.

ción indebida de datos, la criminalidad por computadoras, etc., deficientemente tipificados o no tipificados en absoluto en otros lugares del Proyecto. Sobran, en cambio, los delitos tipificados en los dos últimos capítulos del título VIII del Proyecto: el delito contra la ordenación urbanística (capítulo X)⁴⁶ y los juegos ilícitos (capítulo XI). La inclusión de estos delitos en el título VIII solo se justificaría con un entendimiento tan amplio del orden socioeconómico que no solo excedería del concepto estricto de orden económico, sino incluso del amplio que lo considera como un concepto superior omnicompreensivo de todas las reglas básicas con arreglo a las cuales aparece en un momento dado organizada la estructura y el sistema económico de una sociedad⁴⁷. Pero un entendimiento tan amplio del orden económico apenas serviría para nada y justificaría la inclusión en el título VIII de cualquier tipo de delito, incluso de los más alejados del ámbito de la economía.

7. Con ello hemos llegado al final de nuestra ponencia. Si del examen de la finalidad policriminal y de los aspectos dogmáticos fundamentales de la mayoría de los delitos contenidos en el título VIII del Proyecto no hemos podido deducir un criterio básico rector que pueda justificar su agrupación sistemática en un solo título; si tampoco ha quedado muy claro que la mayoría de los delitos agrupados en el título VIII representan realmente una novedad respecto a lo existente; si, en general, la técnica legislativa empleada en el título VIII es deficiente y plantea graves problemas interpretativos, es evidente que la opinión que merece dicho título no es totalmente favorable.

A estas alturas conviene plantearse si el título VIII no va a cumplir en la práctica, en la medida en que llegue a aprobarse el Proyecto y en esta materia no varíe esencialmente, una función real distinta a la que oficialmente se le asigna en la Exposición de Motivos. Porque puede ocurrir que el intento de reconducir toda esta materia a un tratamiento unitario adolezca de los mismos defectos que otros intentos similares, no menos bienintencionados, de regular la realidad al margen de la realidad misma, con lo que el divorcio entre forma y contenido conduce a que la forma sea pura declaración teórica, sin el menor valor práctico en la transformación de la realidad, y el contenido, en cambio, permanezca inalterado. Que esta no ha sido la voluntad de los redactores del Proyecto parece evidente; pero tampoco es menos evidente la función ideológica que las normas jurídicas cumplen cuando, por las razones que sean, no sirven para proteger aquello que dicen proteger y sí, en cambio, protegen otros intereses ocultos tras el complicado entramado de una regulación jurídica.

El orden socioeconómico al que el Proyecto se refiere no es un orden idílico, sino conflictivo; es un orden que se caracteriza por unos principios: el de la propiedad privada y el de la libertad económica⁴⁸, que son los principios funda-

mentales del orden capitalista, de la economía de mercado. Cualquier intento de regular este orden cumple una función ideológica de legitimación moral del sistema. Cualquier intento de cambiarlo, sin cambiar al mismo tiempo la estructura que lo condiciona, está destinado al fracaso. Entre estos dos extremos se tiene que mover cualquier intento reformista en esta materia. Cómo evitar caer en uno u otro extremo no es tarea fácil, por no decir imposible. Si de la regulación de los delitos contra la propiedad en los códigos penales decimonónicos pudo decir ANATOLE FRANCE que la ley penal lo mismo prohíbe robar pan a los pobres que a los ricos; de la regulación que propone el Proyecto en su título VIII podría llegar a decirse, si los condicionamientos políticos, sociales y económicos de la praxis no cambian, aquella otra no menos famosa de DANIEL DREW: "La ley penal es como una telaraña; está hecha para las moscas y otras clases de insectos pequeños, pero no les corta el paso a los abejorros grandes"⁴⁹.

No quiero, sin embargo, que estas frases sirvan de excusa o pretexto a aquellos que quieren mantener a toda costa la actual situación, o incluso volver a situaciones económicas y políticas ya superadas. El derecho penal debe cambiar en la medida en que la sociedad a la que sirve también cambie. Y es lógico que a una sociedad configurada democráticamente corresponda también un derecho penal capaz de proteger penalmente sus instituciones democráticas. Por eso debe apoyarse el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal en todo lo que signifique, o pueda significar, progreso y cambio democrático, y rechazarse cuando implique frenar una transformación democrática de la sociedad o cuando el cambio solo sea un cambio de palabras y no de realidad. Para aquellos que consideramos que el derecho penal es solo la superestructura represiva de todo un sistema de control social puesto al servicio de un entramado de intereses económicos, políticos y sociales, está claro que solo la transformación democrática de estos intereses determinará un cambio del sistema total⁵⁰. El derecho penal tiene en este proceso de cambio una función muy modesta: procurar no entorpecerlo con normas disfuncionales al mismo y preparar el terreno para que la solución a los conflictos económicos y sociales no sea solo una cuestión de un derecho penal mejor, sino también y sobre todo, como dijo alguna vez RADBRUCH, de algo mejor que el derecho penal⁵¹.

⁴⁹ Citado por PEARCE, *Los crímenes de los poderosos*, Méjico, 1980, pág. 120.

⁵⁰ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., prólogo.

⁵¹ RADBRUCH, "Der Erziehungsgedanke im Strafwesen", en *Der Mensch im Recht*, 1957, pág. 57. No se me oculta que, como me indicó en la discusión de esta ponencia el profesor GIMBERNAT ORDEIG, esta frase de RADBRUCH puede tener también una lectura reaccionaria en el sentido de que indirectamente se está pidiendo el mantenimiento de la situación actual, mientras no venga algo mejor que el derecho penal, con lo que todas las reformas y mejoras quedarían postpuestas indefinidamente hasta que llegaría ese día. No es esta la lectura a la que me refiero y, por supuesto, tampoco creo que fuera esta la intención de RADBRUCH. Lo que quiero poner con ella de relieve es algo que está presente en todo mi discurso y que espero haya quedado claro: que la "huida al Derecho Penal" sirve solo como pretexto para aplacar "malas conciencias" o para que la sociedad se evada de sus tareas de configuración políticsocial (cfr. ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal*, trad. de Luzón Peña, Madrid, 1977, pág. 45; MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., pág. 57). No hay, por tanto, más remedio que volver a insistir aquí en la necesidad de una dogmática crítica, o, si se quiere, de una teoría "crítica" del derecho penal en general y del derecho penal económico en particular en el sentido que ya he propuesto en otras ocasiones (cfr. MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., págs. 183 y ss.). Un resumen de este punto de vista puede verse en MUÑOZ CONDE, *Pour une science critique du droit pénal*, comunicación del I Symposium Internacional de Jóvenes Penalistas, celebrado en Varna (Bulgaria), 1977 (la versión española ha aparecido en *Doctrina penal*, año 2, enero-marzo 1979, núm. 5, págs. 33 y ss.; hay también traducción al portugués de Ester Kosovski, publicada en *Revista de Direito Penal*, núm. 24, janeiro-decembro 1977, págs. 93 y ss.). Me satisface poder comprobar ahora que estas ideas coinciden esencialmente con la teoría "crítica" del derecho económico ("Kritische" Wirtschaftsrechtstheorie) que propone NAHAMOWITZ, *ob. cit.*, págs. 55 y ss.