

LOS DELITOS ECONOMICOS Y LA ECONOMIA DE MERCADO

Tanto el concepto como el ámbito o extensión del delito económico resultan discutidos, actualmente, desde el punto de vista jurídico y desde la propia óptica política, en atención a que dependen esencialmente del modelo económico vigente en cada país y en cada momento. Por eso, el autor, **José María Stampa Braun**, opta por la acepción restrictiva del delito económico, que circunscribe a la órbita de la libre competencia en la economía de mercado, de la disciplina de mercado en sentido estricto y de la natural formación de los precios como consecuencia de ambos principios actuativos: en definitiva, la disciplina impuesta por el Tratado de Roma de 1960, aceptada sustancialmente en la Constitución española de 1978.

LA política económica de nacionalizaciones y de fiscalidad redistribuidora que está poniendo en práctica la nueva mayoría francesa, ha suscitado, como era previsible, una confrontación apasionada entre los partidarios de la planificación, como modelo económico, y las empresas partidarias de la economía de mercado, de las leyes de la concurrencia y de las reglas del capitalismo. En la práctica, la elección de una u otra vía comporta importantes revisiones de la regulación jurídica en vigor, teniendo en cuenta que la protección del orden público económico, o del orden socio-económico si se prefiere, tendrá que partir de postulados radicalmente distintos, cuando se trate de garantizar al ciudadano sus derechos fundamentales frente a la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado o frente a la posición dominante del Estado sobre los circuitos económicos y financieros, a través del control de la casi totalidad de los depósitos bancarios y de la con-

siguiente distribución política del crédito, para favorecer, por ejemplo, discriminadamente, a determinadas haciendas locales.

Al transformarse el Estado en monopolista de la energía y en el práctico dueño de la siderurgia, de las industrias químicas y aeronáuticas, de equipos eléctricos, etc., liberando —se dice— a la economía de las potencias económicas que la han asfixiado, no cabe duda de que el esquema de protecciones jurídicas del ciudadano, incluida la protección penal, tendrá que sufrir una sustancial transformación.

Tal planteamiento ofrece características singulares de cara al modelo económico que sanciona nuestra Constitución. En su fundamental artículo 38 se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, se proclama que los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, y se concluye que tales garantías y protección se efectuarán «de

acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación». No nos compete profundizar en torno a si esa denominada economía general se refiere al modelo económico de la economía de mercado, en contraposición a la planificación, o si nos hallamos ante un supuesto claro de posible uso alternativo del texto constitucional, válido para ambas posiciones, según las ideologías dominantes. Sí nos corresponde, en cambio, poner de manifiesto que los sistemas de regulación jurídica y de protección jurídico-penal, en un supuesto y en otro, deberán ser sustancialmente distintos. Proclamada, en efecto, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, al Derecho penal corresponderá, siempre con las limitaciones de la intervención mínima, garantizar los derechos fundamentales del consumidor frente al ejercicio de aquella libertad; en el supuesto de que se opte por el modelo de la planificación, el conflicto surgirá con la Administración, en definitiva, lo que no parece que pueda compadecerse con el ordenamiento penal hasta ahora vigente.

En otro orden de cosas, a partir de la promulgación de la Constitución española, ha surgido, por fortuna, en el ámbito que nos ocupa, la necesidad de plantearnos el gran tema de los Estados de Derecho: la regulación jurídica de las garantías para el ejercicio de los derechos fundamentales —o de las libertades fundamentales, si se prefiere— en sus posibles y naturales interferencias.

A la libertad de expresión se contraponen con frecuencia el ejercicio de otros derechos igualmente fundamentales, como el

derecho al honor o a la intimidad personal. A la libertad de empresa, se opone, de hecho, el derecho del consumidor a que los bienes o servicios que aquella genere se adquieran o disfruten sin costos deteriorados por su ejercicio abusivo. En este punto al Derecho penal le corresponde un urgente cometido.

¿Podrá confiarse esa regulación jurídico-penal del orden público económico a las incriminaciones ya existentes en el ordenamiento vigente, sin más que acomodarlas en lo que sea menester a la finalidad referida, o se impondrá la necesidad de una regulación *ex novo* de los denominados delitos económicos? En definitiva, se trata de un planteamiento extrapolado del que viene haciéndose continuamente en orden al necesario encauzamiento de la libertad de expresión: para quienes ello puede conseguirse mediante las protecciones existentes (delitos contra el honor, desacato, etc.), huelga la elaboración específica de disposiciones sobre libelo; para quienes consideran que la protección del orden socio-económico en una economía de mercado está garantizada con los tipos penales tradicionales, completados con muy pocos más, sobra el ambicioso planteamiento del Derecho penal económico o de los delitos económicos. El dilema me parece importante.

Quizás se haya olvidado demasiado pronto que la propuesta constitucional, con independencia de la alternatividad antes expuesta, supone en cierta medida la culminación de un proceso de liberalización económica iniciado en la Ley de Ordenación Económica de 21 de julio de 1959, en la que, con indudable vocación europeísta, se

incluyó, entre otros, el encargo de que se regulase el ejercicio normal de la competencia, mediante una ley que sería promulgada el 20 de julio de 1963 (Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia), orientada a proteger al consumidor contra las prácticas o acuerdos de colusión o contra las prácticas abusivas de posiciones de dominio en el mercado. Años después, en 1974, la regulación por Decreto de la disciplina de mercado vendría a completar en cierta medida la urgencia de protecciones que la libertad de empresa y la libertad de mercado reclamaban: la disciplina jurídica de la competencia y la disciplina jurídica del mercado parece que remediarían suficientemente esas necesidades.

Reducido el objeto de protección a la propuesta constitucional, no creo que resulte arriesgada la postura de mantener, en principio, que los delitos económicos en sentido estricto, dentro del marco de la economía de mercado, deban limitarse a las conductas especialmente intolerables o singularmente disfuncionales en el ámbito de la libertad de empresa, para impedir que los precios de los productos o servicios no sean los que normalmente deberían resultar de la libre competencia, y a las conductas que tengan iguales características en el sector concreto del mercado, para impedir que aquí se altere, además, el derecho al libre acceso al mismo, por una parte, y el derecho del consumidor a la adquisición de productos no manipulados con propósitos de lucro. El capítulo de los delitos económicos adquiriría así proporciones mucho más reducidas que las que nos ofrece el Títu-

lo VIII del Proyecto de Código Penal de 1980.

En verdad, analizando bien el referido título, quizás pueda asegurarse, con escasas reservas mentales, que todo lo demás directamente relacionado con el orden público económico o con el orden socio-económico es mera especificación de las previsiones genéricas sobre defraudaciones y falsedades o sobre el Derecho penal de sociedades y otros derechos penales especiales, difícilmente abarcables por la advocación de ese orden socio-económico.

Reducido el Derecho penal económico a límites aparentemente tan concretos, no por eso disminuirán las dificultades de su tratamiento. Esquemáticamente, estas dificultades se agudizan cuando se trata de describir las conductas dentro de las exigencias del principio de legalidad; cuando se trata de coordinar esas exigencias con la practicabilidad y eficacia de las nuevas incriminaciones y cuando se trata de establecer situaciones de excepción, en conflicto, muchas veces, con las superiores exigencias de la economía en general. De todo ello nos ocuparemos esquemáticamente, para llegar a la conclusión de que, en definitiva, la regulación de estas materias, aparte de exigir un material empírico del que se carece, debería hacerse con independencia de la reforma general del Código Penal, por necesitar la concurrencia de puntos de vista muy heterogéneos y especializados, desde el puro derecho procesal penal hasta la percepción de la selección normal de las conductas o de lo que algunos denominan «segundo Código», que es tanto como con-

cebir la vigencia de las normas penales en función de su verdadera aceptación.

ALTERACION DE PRECIOS Y PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

1. El contenido del Proyecto

La alteración de precios y las prácticas restrictivas de la competencia son dos materias que indudablemente afectan al orden económico establecido por la Constitución. De la experiencia que nos ofrece el Derecho comparado se deduce, a su vez, la necesidad de recurrir a la tutela penal frente a determinados comportamientos especialmente intolerables en este ámbito. La descripción de estos comportamientos constituye, sin embargo, delicada tarea, frecuentemente discutible bajo las estrictas exigencias del principio de legalidad (art. 25, 1 de la Constitución). Esto suele ocurrir casi siempre que, en la configuración de las conductas cuya incriminación se pretende, prima la convicción de que, en la práctica, será muy difícil, si no imposible, que se pruebe la realización de todas sus características típicas, con lo que estamos haciendo referencia a la cuestión político-criminal de la *practicabilidad* (eficacia práctica) de las prescripciones penales en materia económica. El problema de compaginar practicabilidad y eficacia, sin detrimento de ésta o de aquélla, y respetando a su vez el principio de legalidad, supone preocupación primaria en este sector normativo.

En el Proyecto se incrimina, en primer lugar, la alteración de precios, distinguiéndose dos hipótesis básicas: el intento de «*alteración del precio del remate*» por medio de ciertas maquinaciones que se reputan ilícitas (art. 343) y el de «*alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia*», también mediante determinados procedimientos reprochables (artículo 344). Para este último caso se establece una agravante en razón del objeto del ataque (artículo 345, 1) y otra referida a circunstancias del autor y de la comisión (art. 345, 2). Puede discutirse el emplazamiento sistemático, en este lugar, de la solicitud de dádivas o promesas para no tomar parte en una subasta pública (la hipótesis del artículo 343).

2. Protección del precio de subastas

La protección penal del precio de los remates o subastas, conocida ya por el artículo 539 del Código vigente como delito contra la propiedad, en principio, no tiene mucho que ver con la tutela del orden socioeconómico en sentido estricto. Se trata simplemente de hechos realizados «con ocasión» de una determinada situación comercial, respecto a la cual ni siquiera está claro que deba actuar el Derecho penal —principio de mínima intervención—, cuando parece suficiente el recurso a las normas que disciplinan la nulidad de los actos jurídicos para la protección del bien jurídico. En cualquier caso, de lo que estamos seguros es de que el momento consumativo establecido en el artículo 343 no debería identificarse con la «solicitud» de la dádiva (para abste-

nerse) o de la promesa de no tomar parte en una subasta pública. Si se optase, en efecto, por recurrir a la protección penal del precio del remate, el momento del merecimiento de pena debería diferirse hasta la «exigencia» de la dádiva y no al de su mera solicitud y, en tal caso, se demostraría la inutilidad de estas incriminaciones específicas, que son subsumibles en las prescripciones del artículo 190 del Proyecto, es decir en el tipo de las amenazas, y eventualmente en el de las coacciones (art. 192).

De forma incidental, también, pueden hacerse breves observaciones técnicas en orden a la segunda hipótesis del artículo 343. El delito se comete únicamente cuando se emplean ciertos medios «con el fin de alterar el precio del remate». Si analizamos dichos medios observaremos, en primer lugar, que las «amenazas» implican una yuxtaposición con el supuesto genérico del citado artículo 190, por lo que son una referencia superflua y contradictoria. En segundo lugar, las «dádivas» o «promesas», o sea los *beneficios* de alguien que decide alejarse del remate porque le conviene más aceptar lo ofrecido o lo prometido que pujar en él, solamente pueden perjudicar al dueño de la cosa subastada o, en su caso, a los acreedores afectados, y puede también que no sean necesariamente ilícitos merecedores de pena. Piénsese, por ejemplo, en el que paga lo que la cosa vale en realidad y aleja con dádivas o promesas a quienes por su excepcional interés emotivo en el objeto subastado hubiesen licitado y elevado su precio por encima del normal. Aquí el Proyecto vuelve a incidir en la equivocación de

ir más allá de lo recomendable por una buena política criminal, extendiendo la punibilidad hasta hechos que carecen de contenido criminal: la norma penal, en estos casos, debería circunscribirse a los supuestos en que se produzca un efectivo daño patrimonial.

En otro orden de cosas, la atenuación de la pena respecto a las amenazas reguladas en el artículo 190 es sencillamente inexplicable. Asimismo, debe hacerse notar que el «artificio» a que se alude en dicho precepto es un medio que adquiere relevancia penal, en realidad, cuando cae bajo el tipo de la estafa (o de su tentativa), por lo que también es superflua su duplicación en la figura que nos ocupa. El «concierto» para alterar el precio, por último, es otro supuesto que compromete el principio de la intervención mínima: a tales efectos deberían ser suficientes las consecuencias sancionatorias del hecho en el ámbito del Derecho privado.

Reiteramos el carácter marginal de estas observaciones, puesto que partimos de la base de que este tema no tiene nada que ver con la problemática de la protección de los precios de libre competencia, única que afecta al bien jurídico que el Proyecto denomina orden socio-económico. No hemos querido, sin embargo, omitirlas porque ponen de manifiesto, no solamente los confusos planteamientos del Proyecto, sino también su falta de respeto al principio de la *última ratio* de la política social.

3. Protección de los precios resultantes de la libre competencia

Analicemos ahora la materia específica de los tipos penales que protegen los precios resultantes de la *libre competencia* en el mercado.

a) Aspecto político-criminal

Llama la atención, en primer término, la clasificación adoptada por el Proyecto. En efecto, se distingue entre las «*prácticas restrictivas de la competencia*» (sección tercera del cap. II), donde se incluyen la utilización de determinados procedimientos para intentar alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia (arts. 344 y 345), y el prevalerse de la posición dominante en el mercado para impedir o limitar considerablemente la competencia (artículo 346), por un lado, y por otro, los «*delitos relativos a la regulación de mercados*» (sección cuarta del cap. II), donde se agrupan el llamado «acaparamiento» (art. 347), el ofrecimiento de productos cuya sustancia, cantidad o calidad sean de valor inferior a la expresamente manifestada al público (artículo 348) y la imposición de cláusulas abusivas en la contratación de productos o servicios (artículo 349).

La debilidad de semejante criterio clasificatorio se pone en seguida de manifiesto si se tiene en cuenta que solamente se criminalizan como delitos relativos a la regulación de mercados ciertas maniobras destinadas a alterar los precios —aunque sea de manera indirecta—. En cambio, ni siquiera se menciona la violación de prescripciones administrativas (policía de

mercado) que regulan e imponen las condiciones bajo las que debe participarse en el mismo, y que en todo caso deberían haber sido la materia específica de este apartado por constituir una parcela indiscutible del Derecho penal económico y estar intensamente tratados por el Derecho administrativo vigente.

b) La practicabilidad de las disposiciones

El supuesto típico del artículo 349, que es considerado como delito contra la «regulación de mercados» constituye, evidentemente, una de las posibles formas de comisión del delito regulado en el artículo 346, el cual es, sin embargo, un delito «contra la libre competencia» (!). Prueba irrefutable de ello es que la «imposición directa o indirecta de precios de compra o venta u otras condiciones desproporcionadas del negocio» está expresamente mencionada en el artículo 86 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (Tratado de Roma) como forma de abuso de la posición dominante en el mercado. En otras palabras, el Proyecto ha desdoblado en dos delitos diversos e insinuado dos objetos de protección distintos, cuando la relación que existe entre las hipótesis de hecho que sirven de base a los artículos 346 y 349 es la de género a especie.

El artículo 348, en fin, incrimina como supuesto delito relativo a la *regulación del mercado* un comportamiento que, en principio, no es otra cosa que un acto preparatorio o, eventualmente, una tentativa de estafa. Como ya señalamos anteriormente, la vinculación de esa hipótesis de hecho con la prevista en el artículo 257, 1.º del

Proyecto (defraudación) se percibe tanto en la redacción como en el contexto. Dicho de otra manera, resultaría según el Proyecto que determinadas tentativas de estafa contravienen la regulación de mercados. Si esto fuera así, ¿por qué no incluir, también, la estafa consumada en esta sección del capítulo II del Título VIII? Pero, naturalmente, en ese supuesto, el artículo 348 sería tan superfluo como lo es bajo la sistemática adoptada.

Desde el punto de vista sistemático (clasificación) hay, pues, defectos graves. Lo hemos querido poner de manifiesto como prueba significativa de que las bases político-criminales supuestamente inspiradoras del Proyecto no se han analizado con serenidad y madurez suficientes como para ser llevadas a la práctica. Si se incurre en confusiones tan profundas que impiden, incluso, trazar con nitidez las categorías de hechos que se criminalizan es porque nos encontramos ante un modelo respecto al cual no cabe plantearse aceptaciones o disensos, sino el rechazo global hasta que se superen sus propias contradicciones internas, muchas veces tan elementales como las que, con propósito ilustrativo, acabamos de destacar.

4. Análisis de los supuestos que tipifican los artículos 344, 345, 346 y 347 del Proyecto

De lo expuesto se infiere que la materia específica cuyo análisis nos concierne se reduce a los delitos tipificados en los artículos 344, 345, 346 y 347 del Proyecto. Hagámoslo desde una triple perspectiva: *a)* el aspecto político-criminal; *b)* la cuestión

de su practicabilidad, y *c)* la estructura de los tipos penales.

a) Aspecto político-criminal

Desde el punto de vista político-criminal, observamos que el modelo de la figura regulada en el artículo 344 (maquinaciones para alterar los precios) ha sido el artículo 540 del Código Penal vigente, el cual, aun cuando provenga casi literalmente de los artículos 419 y 420 del Código Penal francés, está vinculado muy estrechamente a diversos preceptos administrativos que se dictaron posteriormente, tales como el Artículo 2.º *d)* de la Ley de Orden Público (Ley número 45/1959, de 30 de julio), en el que, de modo genérico, se considera como acto contrario al orden público la alteración o el intento de alteración «de la regularidad de los abastecimientos o de los precios, prevaleciendo abusivamente de las circunstancias»; el artículo 15, 1 *c)* de la Ley 110/1963, de 20 de julio, sobre represión de prácticas restrictivas de la competencia, en el que se hace remisión a la posible responsabilidad penal prevista en los artículos 539 a 541 del Código, y los diversos preceptos definidores de infracciones que se contienen en los artículos 3 a 11 del Decreto 3.632/1974, de 20 de diciembre, sobre disciplina de mercado, que, como veremos luego, no han sido tenidos en cuenta debidamente para conseguir la precisión que tanto se echa de menos en el Proyecto.

Las diferencias entre el artículo 344 del Proyecto y el 540 del Código vigente son de matiz: donde éste se refiere a «noticias falsas o tendenciosas», aquí se limita a las «noticias falsas»,

sustituyendo, asimismo, la referencia a las «maquinaciones» por la de «medio malicioso». Se agrega, eso sí, entre las formas comisivas el «abuso de una situación de necesidad», que bien podría haberse remitido al delito de usura, como se hace en el artículo 302 *a)* del Código Penal alemán, por ejemplo.

Tan simples retoques no permiten augurar efectos político-criminales positivos. La protección de los precios en un sistema económico de libertad de mercado y de libre competencia, que es exigencia reclamada, precisamente, por la sanción constitucional de estas libertades, difícilmente habrá ganado en eficacia mediante la cosmética a que se ha sometido el artículo 540, encubridora, tal vez, de la íntima convicción de que tan complejas y delicadas cuestiones habrían requerido una colaboración ordenada de diversas especialidades y la revisión previa de la regulación administrativa de la disciplina de mercado, con saldos cuyo significado no podemos siquiera plantearnos aquí. Lo que sí aparece muy claro es que el Proyecto ha desconocido tales regulaciones y, por supuesto, cualquier dato que permitiese su homologación. Para eso no valía la pena justificar la reforma por exigencias constitucionales, cuando parece que, en la mentalidad de aquél, el modelo económico no hubiera sufrido alteración alguna. Por supuesto que la observación es válida prácticamente en relación al título VIII en su conjunto.

Peor es todavía, en este orden de cosas, que se haya desdiseñado la cuestión político-criminal de la *falta de aplicación práctica* de la figura a que venimos refiriéndonos, que ha sido

constatada no sólo por la doctrina española, sino también por la experiencia de los diversos países cuyos ordenamientos penales se han inspirado, en esta materia, como el nuestro, en el modelo francés: así en la propia Francia, en Bélgica (art. 311 del *Code Pénal*), en Luxemburgo (art. 311 del Código Penal) e incluso en Italia (art. 501 del *Codice Penale*, que no difiere sustancialmente de aquel modelo) y en Holanda (art. 344 del *Weltboek van Strafrecht*). En realidad, tales resultados son expresión de la escasa vigencia efectiva que suele acompañar a las disposiciones penales vinculadas a situaciones históricas muy concretas: en este caso, a la miseria producida por las guerras revolucionarias francesas, que es lo que motivó la promulgación del artículo 419 del Código Penal francés. Desde entonces nadie podrá negar que la transformación de la vida económica ha sido radical.

De todos modos, hay que tener en cuenta que, curiosamente, nuestros códigos penales se han apartado de su modelo inspirador, en un punto que ha resultado decisivo para la determinación de las actividades decisivamente influyentes en la formación de los precios, no toleradas por el Derecho moderno: la denominada *réunion* o *coalition*, es decir, los acuerdos entre empresas para regular aquéllos según su conveniencia. Como esta omisión no ha sido subsanada por el artículo 344 del Proyecto, quiere decirse que se ha olvidado la regulación penal del aspecto *más importante* de la criminalidad económica contemporánea, en esta materia, aspecto cuya sutil presentación en la realidad comercial suele producir una gran dificul-

tad persecutoria, con notable incidencia en la cifra negra de esta delincuencia. Criminológicamente, las formas de comisión que se penalizan en el Proyecto y en el Derecho vigente, quizás *hayan dejado de existir* porque, como lo indica su origen histórico, presuponían una organización del mercado con relaciones económicas mucho más simples y elementales que las actuales, generalmente mucho más complejas y desarrolladas. En el artículo 344 del Proyecto siguen insertándose medios comisivos cuya cercanía con la estafa o la usura («empleando engaño», «abusando de una situación de necesidad», «omitiendo información que debiera proporcionarse») pone de manifiesto que la imagen inspiradora del tipo han sido las relaciones comerciales *individuales*, difícilmente concebibles como objeto de una política criminal orientada hacia la represión de la delincuencia propia de las sociedades industriales.

A esta argumentación podría objetarse que los «acuerdos» para la regulación de los precios del mercado caerían, en cualquier caso, bajo la prescripción del artículo 346 del Proyecto, donde se regula el abuso de posiciones de dominio en el mercado. Pero este punto de vista, que podría sostenerse prescindiendo totalmente de los precedentes que han determinado el desarrollo del Derecho europeo de la competencia, implicaría el apartamiento casi total de los conceptos hoy *dominantes* en la materia, no justificado que sepamos por ningún razonamiento decisivo: la alusión simplista a la «conveniencia», que aparece en la Exposición de Motivos (apartado IV, e), no es argumento suficiente.

Decimos que, adoptándose ese no razonado criterio se daría contra la corriente conceptual dominante, dado que los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma regulan, respectivamente, como conceptos diversos, los «acuerdos y coaliciones prohibidas» (art. 85) y el «abuso de la posición en el mercado» (art. 86), resultando muy claro que esta última forma *no* alcanza, precisamente, a los acuerdos y coaliciones. Tal diferencia conceptual, que se ha desarrollado no sólo en la teoría, sino también en la práctica del Consejo y de la Comisión de la Comunidad Económica Europea impediría, en principio, la interpretación extensiva del artículo 346 del Proyecto (de cuya dudosa compatibilidad con el principio de legalidad nos ocuparemos más tarde), en el sentido de que tal precepto subsanase la omisión que hemos advertido en el 344, abarcando la hipótesis que éste ha olvidado. El consenso científico y la práctica contrarios no permitirían augurar a esta «solución de necesidad» el menor éxito.

Resumiendo: el artículo 344 contiene un precepto cuyo fundamento político-criminal no corresponde a la evolución actual de las relaciones económicas; y los defectos técnicos de la sección tercera del capítulo II impedirán que esta deficiencia —que es también una importante deficiencia del Derecho vigente— pudiera resolverse por vía de interpretación. No es aconsejable que la reforma penal sancione conscientemente un «nuevo Derecho» que adolezca de los mismos defectos que el actual.

b) *La practicabilidad de las disposiciones*

Desde el punto de vista de su *eficacia práctica* cabe afirmar que, cualquiera que sean los presupuestos teóricos, a este modelo le esperan iguales dificultades que las ya detectadas en España y en todos los países adscritos al mismo. Evidentemente, la prueba del delito dependerá, sobre todo, de la comprobación de la dirección de la voluntad del autor en la realización de unas acciones cuyo significado jurídico-penal exterior no es unívoco. Por otra parte, la mera realización de la acción, exteriormente considerada, determinará la necesidad de que se verifique un pronóstico causal sobre la eventual incidencia del comportamiento en «los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia», es decir, un pronóstico causal *doblemente hipotético*: cuál habría sido el precio resultante en el caso de que la acción no se hubiera ejecutado, y cuál haya podido ser la capacidad de la acción para impedir que el precio «natural» llegara a imponerse. La posibilidad de aislar este último nexo causal, por otra parte, para apoyar en él la imputación jurídico-penal del hecho, requeriría poder afirmar que el autor pudo conocer y tomar en consideración los demás factores que contribuyen a la formación del precio en el mercado, lo cual solamente resultaría posible en el micromercado de una aldea, pero no en el mercado nacional, cada vez más internacionalizado.

El legislador debería considerar siempre los inconvenientes que acarrea conferir a los Tribunales tareas prácticamente imposibles, ya que la única consecuencia que de ello se deriva

es la inaplicabilidad de preceptos como el que nos ocupa.

c) *Objeciones a las estructuras típicas*

Con lo que acaba de decirse, se hacen patentes las objeciones que suscita la *estructura de estos tipos penales*.

Empieza por ser muy dudosa la compatibilidad entre los tipos penales cuya estructura se basa en un juicio causal doblemente hipotético, y la necesidad de una precisa determinación de los comportamientos amenazados con pena contenida en la Constitución.

La exigencia del doble juicio causal hipotético obligaría, si no se quiere neutralizar la aplicabilidad de esta norma, a considerar este delito como de peligro abstracto, lo que en principio no es técnicamente recomendable cuando se trata de una incriminación cuyo centro de gravedad está en el propósito que anima la actuación del autor («intentar alterar los precios»). Aquí, por lo tanto, no se incrimina la peligrosidad abstracta del medio empleado, sino que es el fin lo que determinaría, en verdad, tal peligrosidad. De esta manera, el Proyecto ha descuidado, por encima de los límites admisibles, nada menos que la determinación del aspecto exterior del hecho, que sigue siendo el fundamento del Derecho penal y el freno a peligrosos subjetivismos.

Ciertamente que no habría objeciones constitucionales para la confección de un tipo de peligro abstracto en esta materia; pero, técnicamente, si el legislador ha optado por tal solución, hubiera debido, siendo coherente, no condicionar la puni-

bilidad a un elemento subjetivo que va más allá del dolo (!): porque esa finalidad específica del autor ni quita ni pone nada a la peligrosidad abstracta del comportamiento.

d) *La evolución comparada de los modelos en esta materia*

La evolución del Derecho penal en esta concreta parcela del Derecho penal económico es muy ilustrativa, por lo que una breve referencia a la misma nos proporcionará valiosos criterios para juzgar sobre la oportunidad del modelo del Proyecto o, dicho de otra manera, para evaluar la decisión de *no innovar* que se deduce de su texto.

El propio país creador del modelo, Francia, sirve de ejemplo para nuestros fines. Los tipos penales del viejo *Code Pénal* han sido *completados* mediante una regulación especial que tiende, en primer término, al control de la concurrencia en sentido moderno: se trata de las Ordenanzas número 45/1.483 y 45/1.484, de 30 de junio de 1945, y el Decreto de 9 de agosto de 1953, que introdujo reformas de importancia en la primera.

En su redacción actual (luego de las reformas introducidas por la Ley número 63-628, de 2 de julio de 1963, y la Ordenanza 67-835, de 28 de septiembre de 1969), se establecen, por un lado, los *acuerdos y coaliciones prohibidas en general* y, por otro, la posibilidad administrativa o legal de *excluir* ciertos convenios de esta naturaleza, cuando se demuestre que «producirán un aseguramiento del desarrollo del progreso técnico, especialmente por medio de una mayor producción» (art. 53 bis). La

autoridad administrativa de control tiene la posibilidad de ofrecer un *réglement amiable* o el envío de las actuaciones al Fiscal. La *Commission Technique des entents et des positions dominantes* explica detalladamente su actividad en este sentido, y el sistema ha sido considerado en Francia como un estimable refuerzo preventivo general en razón del rigor de las amenazas penales.

También *Bélgica* y *Holanda* han adoptado sistemas que prevén pena criminal para las empresas que no cesan en prácticas, respecto a las cuales la autoridad del contralor les ha ordenado abstenerse.

Aquí cabe mencionar también la Ordenanza número 17 del Consejo de la Comunidad Económica Europea que, en su artículo 3.º, autoriza a la Comisión a dictar «órdenes de cesar» cuando a petición de parte (Estados miembros o personas) compruebe acciones lesivas a las prohibiciones de los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma. Asimismo se establece allí un registro de acuerdos y decisiones (arts. 4.º, según la reforma de la Ordenanza número 2.822/71 del Consejo, y 5.º). El artículo 15 de la Ordenanza 17 prevé sanciones pecuniarias *administrativas* para la violación de las «órdenes de cesar», la obligación de registrar y de informar a la Comisión.

No es posible ahora explayarse más sobre estos modelos. Tampoco se trata de recomendar que se los adopte sin más en ley española. Lo que se quiere significar con su exposición es que la naturaleza específica de los hechos que se pretenden evitar ha hecho preferible en los países europeos recurrir a un

sistema que presenta muchas más facetas que las disposiciones penales clásicas: en estos sistemas se entrecruzan los órdenes administrativos y judiciales de aplicación, infracciones que comportan penas del Derecho criminal con otras que no, sistemas de registro de acuerdos sobre precios, complicados sistemas y procedimientos de autorizaciones, etc. La materia excede en mucho el reducido marco de la confección de un tipo penal normal. Dicho de otra manera: un argumento más en favor de una reforma temporalmente escalonada de la *parte especial* del Derecho penal vigente. No se olvide que la Ley 110/63, sobre prácticas restrictivas de la competencia, está confeccionada en base a un modelo de control del mercado que es sustancialmente distinto del que está por detrás de las disposiciones del Proyecto. En otras palabras, la Ley 110/63 —con todos sus defectos— se adecua a los modelos europeos comunitarios, mientras que el Proyecto permanece, como el Código vigente, en los tiempos de la Revolución Francesa. Ignoramos qué razones hayan aconsejado el paso atrás.

5. El abuso de la posición dominante en el mercado y la constitucionalidad de su fórmula en el Proyecto

Diversas son las cuestiones que plantea el artículo 346 del Proyecto, único prácticamente que es una verdadera novedad. Se trata de una disposición que introduce una figura ya contenida en el artículo 86 del Tratado de Roma y en los ordenamientos nacionales europeos y que constituye, en general, una

expresión del moderno Derecho penal económico, es decir, de post-guerra. Como hemos visto, de esta manera se incrimina el «abuso de una posición de dominio en el mercado para impedir o limitar considerablemente la competencia». El merecimiento de pena, en general, de este comportamiento está fuera de discusión. Se funda en una concepción según la cual la concentración de poder económico, en sí misma, no es insostenible mientras no se abuse del poder que ella brinda en el mercado.

Ya hemos señalado la superposición de esta hipótesis con la del artículo 349 del Proyecto. Ahora queremos hacer referencia al problema *constitucional* que a nuestro juicio plantea la actual redacción de este artículo. En efecto, a diferencia del artículo 86 del Tratado de Roma, el artículo 349 no especifica hechos cuya realización pueda dar lugar a la infracción de la prohibición básica contenida en el mismo. Pero, tanto en uno como en otro caso, en el Tratado de Roma menos y en el Proyecto más, la técnica utilizada es difícilmente compatible con las exigencias del principio de legalidad. La fórmula del artículo 349 constituye una cláusula general de inmensa elasticidad, consistente en una *enunciación vacía*, a la que el Juez debe dar contenido para luego evaluar si en razón del contenido dado a la misma, el comportamiento concreto que se juzga impide o limita considerablemente la competencia. Ya a los efectos de dar un contenido a la fórmula del comportamiento abusivo, los tribunales se encontrarán ante dificultades casi insuperables para establecer si el precio fijado por el que goza

de la posición dominante es adecuado o no, y no digamos para determinar cuándo existe efectivamente esa posición dominante. Sobre la base de tan indefinidos conceptos legales, deberá pasarse luego al análisis de si la limitación es *considerable*, apreciación para la que la elaboración de criterios orientadores resulta extremadamente difícil, y el grado de inseguridad jurídica que ello comporta paralelo a la amplísima posibilidad de manipulación de la fórmula legal. Si con respecto al artículo 344 hemos hablado de un «doble nexo causal hipotético», aquí se pone de manifiesto una «doble hipótesis de puras concreciones judiciales». Si esta disposición llegase a sancionarse, nos atrevemos a vaticinar que no pasará el examen a que puede verse sometida ante el Tribunal Constitucional.

6. Proposiciones alternativas

Nos proponemos sugerir las siguientes:

a) *Penalización de acuerdos prohibidos*

El problema legislativo no se resolvería por la simple amenaza penal de los comportamientos descritos en los artículos 1.º y 2.º de la Ley 110/63, porque estos textos tienen una amplitud que los hace inadecuados para las necesidades del Derecho penal e incompatibles con sus exigencias constitucionales.

En este sentido el futuro Derecho podría adoptar el siguiente texto para referirse a las violaciones punibles del artículo 1.º de la Ley 110/63:

«Art. 343.—Los que mediante acuerdos, convenios o decisiones concertadas li-

miten la competencia estableciendo precios, restringiendo la producción, repartiéndose mercados o fijando zonas de influencia que sean idóneas para modificar los precios de productos o servicios, en forma perjudicial para los consumidores, serán castigados con prisión de 6 meses a 3 años.»

Se criminalizan, de esta manera, comportamientos que, fuera de toda duda, tienen capacidad para modificar, en perjuicio de los consumidores, el nivel de precios según la experiencia legislativa general (cárteles de precios, de cantidades de producción, territoriales, etc.). La descripción del comportamiento prohibido es, a nuestro juicio, clara; se trata de acuerdos cuya puesta en práctica sería capaz de modificar los precios en perjuicio de los consumidores o usuarios. En consecuencia, se trata de un delito de peligro concreto, doloso. Las prácticas excluidas y exceptuables (arts. 4.º y 5.º de la Ley 110/63) no son antijurídicas por aplicación de las reglas generales de la justificación.

b) *Penalización del abuso prohibido de posición dominante en el mercado*

El procedimiento a seguir en los casos de «abuso de una posición de dominio en la totalidad o parte del mercado» no está suficientemente claro en la Ley 110/63. El Tribunal de Defensa de la Competencia ha entendido que su competencia se funda en tales casos en el artículo 13.1.a de la Ley. La solución aceptable dada por el Tribunal a este problema permite que en la penalización del «abuso de posición dominante» se pueda lograr una regulación penal compatible con el principio

de legalidad. De todos modos el fin político criminal depende fundamentalmente de la eficacia con que actúen las autoridades de vigilancia y controles (Servicio de Defensa de la Competencia, arts. 20 y siguientes de la Ley 110/63). La circunstancia de que sólo hayan llegado al Tribunal de Defensa de la Competencia *tres* casos de infracción del artículo 2.º de la Ley 110/63 no debe entenderse en principio, según dijimos, como síntoma de la poca frecuencia de la comisión del delito, sino más bien como una señal de la ineficacia de los controles primarios, dado que es de suponer una considerable cifra negra. Sirvan de datos de referencia las cifras publicadas en Alemania, donde la Oficina Federal de Cárteles (*Bundeskartellamt*) intervino hasta finales de 1975 en 811 casos, de los cuales 261 tuvieron lugar entre 1973 y 1975. Si bien sólo en cuatro casos se había llegado en esa fecha a decisión de la Oficina, es importante tener en cuenta el alto efecto disuasorio de la intervención de la misma, pues 102 casos fueron sobreesidos por la renuncia voluntaria de los imputados a continuar con la práctica considerada abusiva. La vigilancia sobre estas prácticas es completada por las investigaciones de las oficinas de los Länder (Estados federados) que, en el mismo período, iniciaron 1.095 procedimientos (637 correspondientes a los años 1973 a 1975), de los que 113 se sobreesieron por renuncia voluntaria a la práctica abusiva por parte de los acusados.

La criminalización de los comportamientos abusivos prohibidos por el artículo 2.º de la Ley 110/63, no es en absoluto sencilla si se quiere respetar la exi-

gencia de concreción de las acciones punibles que se derivan del principio de legalidad. La oferta de mercancías por debajo del precio sostenible para otros concurrentes, el cierre del acceso para otros concurrentes a ciertos medios de propaganda, la imposición de determinadas condiciones para la compra o venta, las vías de hecho para la exclusión de empresas competidoras o el sistema de rebajas discriminatorias, son comportamientos que estarían en principio ya previstos por los artículos 2.º y 3.º de la Ley 110/63, a pesar de la confusa clasificación con que su texto distribuye los supuestos a que hace referencia. Pero lo cierto es que ni el artículo 2.º ni el 3.º tienen una concreción suficiente como para ser presupuesto de una pena criminal. Alguno de los casos que el artículo 3.º considera como posibles formas de comisión del abuso de la posición de dominio en el mercado tienen una redacción excesivamente amplia, como el inciso d), que prohíbe «desarrollar una política comercial que tienda, por competencia desleal, a la eliminación de los competidores».

Se trata, por lo tanto, de penalizar determinados comportamientos, tipificando hechos que revisten una gravedad considerable, pero cuyos elementos esenciales se sustraen a una descripción exhaustiva y precisa como impone el principio de legalidad.

Esta problemática es ya conocida en otros Derechos y es por ello por lo que numerosas leyes extranjeras han recurrido a una concreción previa del comportamiento prohibido por parte de las autoridades de control, conformando el supuesto del

hecho típico sobre la base del incumplimiento de la prohibición concreta decretada por aquéllas de una práctica específica. En cierto sentido, este sistema está, de alguna manera, incluido en la Ley 110/63, artículo 15.a), que atribuye al Tribunal de Defensa de la Competencia la facultad de «dirigir una intimación a los autores de las prácticas para que cesen en ellas, apercibiéndoles de que, en caso de incumplimiento, incurrirán en las responsabilidades establecidas en el artículo 27, número 1» de la Ley. Pero este artículo 27 remite a la pena del artículo 237 del Código Penal, que sanciona la resistencia o desobediencia a la autoridad o a sus agentes con las penas de arresto mayor (o sea con privación de libertad de un mes y un día a seis meses, artículo 30 del Código Penal) y multa de 20.000 a 100.000 pesetas. Si se compara la amenaza penal con la del parágrafo 171 del Proyecto Alternativo alemán, se percibirá de inmediato una diferencia notable: la pena que ahí se propone es de privación de libertad de hasta 3 años (!). La pena de multa de hasta 100.000 pesetas resulta ridícula si se tiene en cuenta las magnitudes que alcanzan las ganancias que pueden producir este tipo de prácticas. La situación no es mejor si se aplica el Decreto 3.632/1974, en el que se desarrolla, a su vez, el Decretoley 6/1974 en materia de *Disciplina de Mercado* (muchas de cuyas disposiciones contemplan infracciones que se superponen con las de la Ley 110/63), pues la practicabilidad de los criterios para posibilitar la aplicación de tales disposiciones es en realidad nula, lo mismo que la prueba de los extremos que aquéllas requieren para comprobar la infracción o su gravedad.

Desde el punto de vista que venimos proponiendo, la penalización debe dirigirse, por lo tanto, a impedir la repetición o la continuación del comportamiento que la autoridad haya declarado abusivo de la posición en el mercado, y no a la realización de prácticas consideradas abusivas por el legislador, pero todavía no declaradas tales por la autoridad. Además, es preciso que se establezca el círculo de autores para impedir que se produzca el fenómeno de «difusión de la responsabilidad» que es característico en las empresas que tienen un alto grado de burocratización y complejo mecanismo de decisiones. Finalmente, la disposición penal debe contemplar un tipo de omisión que se fundamente en la imposición de un deber específico de impedir la continuación o reiteración de las prácticas prohibidas por la autoridad. Una cuestión que requiere asimismo ser considerada aquí es la referente a la incriminación del delito culposos, dado el sistema de *numerus clausus* que con acierto introduce el artículo 18 del Proyecto. En nuestra opinión, la eficacia político-criminal de esta especie de incriminaciones dependerá en gran medida de la penalización de la comisión u omisión infringiendo el cuidado exigido en el tráfico.

Condensando todas estas consideraciones debería sancionarse un texto como el que sigue:

«Art. 344.—(1) Los titulares, presidentes, directores, gerentes, administradores o representantes de una empresa que continúe o reitere una práctica declarada por la autoridad correspondiente abusiva de su posición dominante en el mercado, serán sancionados con prisión de uno a tres años.

(2) En la misma pena incurrirán los titulares, presidentes, directores, gerentes, administradores o representantes de una empresa que no impidiesen la continuación o reiteración de la práctica declarada abusiva por la autoridad correspondiente.

(3) A los efectos de la punibilidad de los hechos previstos en los párrafos (1) y (2) es suficiente con que el autor hubiere actuado culpablemente.»

El supuesto de hecho típico no requiere hacer mención de las consecuencias sociales y económicas gravosas derivadas de la práctica abusiva, que haya motivado la declaración de la autoridad, porque éstas son ya un presupuesto de tal declaración, según lo prescribe el artículo 2.º 1 de la Ley 110/63, cuando prohíbe las prácticas abusivas «injustificadamente lesivas para la economía nacional, los intereses de los consumidores o la actuación de los restantes competidores».

c) *Penalización de abusos que no requieren resolución de la autoridad*

Hay casos de abuso que, por sus características especiales exigen una tipificación diversa de la analizada en el apartado anterior. Se trata, en primer lugar, del supuesto ya contemplado en la Ley 110/63, en el artículo 3.º inc. d), conocido en la teoría como *boycott*. La fórmula contenida en la disposición mencionada es, de todos modos, excesivamente amplia como para servir de presupuesto a una amenaza penal.

En el caso del *boycott* económico se trata de la exclusión del mercado de un sujeto competidor, lo que puede tener lu-

gar por medio de prácticas discriminatorias o por el empleo de medios coactivos. La teoría y la legislación han contemplado estos supuestos de abuso y recomiendan tratarlos con independencia de los casos que requieren intervención de la autoridad administrativa para declarar abusiva la práctica en cuestión.

Lo que importa, desde nuestro punto de vista, es la tipificación del *boycott* como forma económica de exclusión, pues otras formas de exclusión coactiva del mercado caerían bajo las previsiones del delito de amenazas (art. 189 del Proyecto) o coacciones (art. 192 del Proyecto). Por lo tanto el artículo 345 debería adoptar el siguiente texto:

«Art. 345.—El titular, presidente, director, gerente, administrador o representante de una empresa que, abusando de su posición en el mercado, imponga a otros que solamente compren o que vendan a determinadas empresas será sancionado con prisión de 6 meses a 2 años o multa de 6 a 24 meses.»

Otras prácticas discriminatorias diferentes del *boycott* son susceptibles de tipificación, ya que también tienden a impedir la participación en el mercado. La prohibición de *discriminación* tiene su origen en el Derecho internacional público y su contenido se polariza en el tratamiento desigual de otras empresas o personas y se halla recogido en el artículo 3.e) de la Ley 110/63. Asimismo, la acción de impedir el acceso al mercado a otros sujetos competidores por medios económicos reprobables, puede considerarse igualmente incluida en la prohibición del artículo 3.e) de la Ley 110/63. Ambos

tipos de comportamiento se encuentran implícitos en las prohibiciones del artículo 3.º del Decreto 3.232/74 sobre Disciplina del mercado.

El artículo 346 del Proyecto podría quedar redactado así:

«Art. 346.—El titular, presidente, director, gerente, administrador o representante de una empresa dominante en el mercado que trate de forma manifiestamente desigual a una empresa respecto a otras de similares características, en operaciones comerciales de la misma especie, será sancionado con prisión de 6 meses a 2 años o multa de 6 a 24 meses.

En la misma pena incurrirán las personas mencionadas en el párrafo anterior cuando, para excluir a otro del mercado, mantuviesen en forma continuada precios por debajo de sus costos de producción.»

De esta manera la penalización de las prohibiciones fundamentales de la Ley 110/63 encontrarían en el Derecho penal una forma adecuada a las exigencias de los principios constitucionales.

d) *Penalización del soborno comercial*

Sin embargo, estas prohibiciones parecen no agotar el catálogo que requiere un mercado que aspire al mayor grado de transparencia posible. El Proyecto Alternativo alemán incluye además supuestos que tienden a garantizar un trato honesto de las empresas entre sí. La sanción del soborno en el tráfico económico (parágrafo 176) resulta ser un complemento necesario de las regulaciones relativas a la libre competencia.

El soborno, que es conocido bajo el nombre de cohecho, como delito especial de los funcionarios públicos, debe encontrar en el ámbito empresarial una figura paralela que proteja frente a comportamientos deshonrados de empleados y representantes de las empresas. La perseguibilidad de estos hechos no es, sin embargo, nada fácil. En este sentido, los autores del Proyecto Alternativo reconocen que «una protección penal eficaz sólo podrá conseguirse cuando el supuesto de hecho de la ley penal sea completado por medidas adicionales». El paralelismo con el cohecho brindará a este tipo penal una estructura similar a la de aquél, ofreciendo ciertas dificultades la correcta caracterización del sujeto activo o pasivo del soborno, según los casos.

Se quiere proteger fundamentalmente la confianza que los empresarios depositan en sus propios dependientes, empleados y representantes que, debido a la complejidad de la organización empresarial moderna, gozan de un amplio margen, dentro del cual pueden hacer valer su influencia. Pero también se quiere garantizar el trato honesto por parte de las empresas dedicadas a prestar servicios de asesoramiento comercial, tales como estudios de mercado o tests de calidad, utilizados como fundamento de decisiones de singular importancia en la vida empresarial.

El texto que, desde nuestro punto de vista, resultaría adecuado es el siguiente:

«Art. 347.—El que ofreciere, prometiére u otorgare una ventaja patrimonial al titular, empleado o representante de una empresa dedicada al asesoramiento técnico a otros

comerciantes, con el fin de que emitan maliciosamente sus dictámenes o informes en su propio provecho o en el de un tercero, será sancionado con prisión de seis meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses.

En las mismas penas incurrirá el que realizare el hecho antes descrito en relación a empleados o representantes de una empresa cualquiera, con el fin de que le procuren, a él o a un tercero, ventajas ilícitas en negociaciones sobre mercaderías o servicios.»

«Art. 348.—Serán sancionados con las penas previstas en el artículo anterior los titulares, empleados o representantes de una empresa dedicada al asesoramiento técnico a otros comerciantes, que acepten o se hagan prometer ventajas patrimoniales para emitir maliciosamente dictámenes o informes en beneficio de otro. En las mismas penas incurrirá el que realizare el hecho antes descrito para procurar a otro ventajas ilícitas en negociaciones sobre mercaderías o servicios.»

e) *Penalización de comportamientos engañosos en licitaciones y concursos públicos*

Los casos en que el comportamiento engañoso carezca de la contrapartida de una disposición patrimonial lesiva del engañado, no constituyen estafa consumada y, sin embargo, como lo hemos puesto de manifiesto en reiteradas oportunidades, esa conducta debe ser merecedora de pena. En materia de licitaciones y concursos públicos suelen presentarse comportamientos desleales frente al que convoca el concurso o la

licitación (sea un particular o la Administración) o a los otros sujetos competidores, de cuyo carácter penal hoy en día nadie duda. En ambos casos se trata de hechos que afectan de forma grave al principio de la libre competencia.

El primer supuesto es el que se ha dado en llamar «*influencia desleal en una licitación*» y que consiste en el acuerdo de varios licitadores para elevar el precio de las ofertas de forma que el precio resultante sea en realidad ficticio, lo que constituye una práctica que desnaturaliza la propia esencia de la licitación, que es conseguir un precio de competencia. La proliferación de este tipo de acuerdos prohibidos cubre el 10 por 100 de la actividad desplegada por la Oficina Federal de Cárteles alemana.

La sanción específica de tales acuerdos excluyentes de la competencia es necesaria, pues no se trata de un supuesto subsumible bajo el tipo del artículo 343, propuesto más arriba, teniendo en cuenta que aquí poco importa la capacidad de modificación de los precios del mercado respecto de los consumidores.

Por otra parte, deberíamos aceptar la propuesta del Proyecto Alternativo alemán en lo referente al engaño para alejar a un eventual competidor de una licitación o concurso público: en su parágrafo 175 prevé, además, la comisión de este hecho por otros medios que nos parecen ajenos a la cuestión.

Tampoco somos de la opinión de incriminar en forma autónoma el alejamiento de otros competidores por medio de amenazas, pues semejante conducta constituye un supuesto de

amenazas o de coacciones (artículos 189 y siguientes del Proyecto).

El texto que se propone para el artículo correspondiente es el que sigue:

«Art. 349. — El que mediante engaño determine a otro a no tomar parte en un concurso público o licitación para el otorgamiento de contratos de suministro de mercancías, o servicios u obras o que, en caso de que éste participare, lo engañe sobre las condiciones o requisitos de la participación con el fin de inducirlo a retirarse del concurso o licitación, será sancionado con prisión de 3 meses a 2 años o multa de 6 a 24 meses.»

Se trata de una disposición que afectará principalmente, aunque no exclusivamente, a los dedicados a prestar asesoramiento a las empresas y que repercute, como se vio, sobre la libre competencia. En este sentido es un complemento importante del tipo que hemos propuesto para el artículo 347 del Proyecto.

7. Consideraciones finales

Cualquiera que sea el criterio legislativo que en el futuro se adopte, conviene tener muy presente que nos hallamos ante cuestiones de carácter no exclusivamente normativo o jurídico. La regulación de toda esta materia no sólo depende de que se adopte una buena técnica legislativa, sino sobre todo de determinadas circunstancias fácticas sin las cuales las leyes no tendrán la menor eficacia. Posiblemente sea éste uno de los ámbitos en que más se advierte la presencia del llamado «segundo código» (*second code*)

o de los denominados «mecanismos de selección», según los cuales, de los hechos ocurridos en una determinada sociedad y que son punibles según las normas penales abstractamente consideradas, solamente se persiguen, sin embargo, aquellos que los órganos de control social seleccionan en base a criterios por lo general no escritos y muchas veces tampoco conscientes.

En principio, la tendencia a imponer penas criminales por la violación de las normas que regulan la libre competencia, es la dominante en el Derecho comparado. En este sentido, en los Estados Unidos se discute únicamente si la reacción adecuada debe lograrse mediante la imposición de penas pecuniarias (multas) o mediante la aplicación de penas cortas de privación de libertad. Asimismo, en Alemania se opina que hoy no puede ponerse seriamente en duda el carácter punible de los comportamientos especialmente graves en materia de libre competencia. Se señala fundamentalmente el enorme perjuicio que estas prácticas irrogan a los consumidores y usuarios de forma indiscriminada, teniendo en cuenta que los «precios concertados» son siempre superiores a los del mercado, y que en la conciencia pública tales hechos son merecedores de persecución criminal.

Sin embargo, la dificultad de circunscribir esta materia a descripciones penales cuyos supuestos de hecho contengan los elementos que realmente fundamentan el reproche social, sigue siendo muy difícil de superar. La idea general que frecuentemente se percibe en el Derecho comparado es la de procurar que se distingan los «acuerdos

útiles» de los «acuerdos socialmente dañosos», excluyendo aquéllos de la reacción penal, por el denominado «principio de oportunidad» o invocando reglas de conveniencia (*rule of reason*). Se cuestiona así la propia finalidad del Derecho penal en este ámbito: ¿acaso debe conferirse a la *utilidad económica* un efecto justificante general, o se admite, por el contrario, la primacía del fin político-social de garantizar el ejercicio de la libertad? Si no se quieren admitir o tolerar consecuencias sociales dañosas por el solo hecho de su conveniencia económica, habrá entonces que orientar el rumbo hacia la tutela de la libertad individual como objeto de protección de singular importancia (*).

(*) En la redacción de este artículo he seguido fundamentalmente el Informe redactado para el Instituto de Estudios Económicos, en colaboración con el profesor Bacigalupo. Las proposiciones alternativas que ahora se formulan, que no figuran en dicho Informe, también han sido elaboradas en colaboración.