

# ECONOMIA DE MERCADO Y DERECHO PENAL(\*)

La preocupación por los delitos económicos se remonta en Alemania a muy lejanos tiempos, dando, como fruto la importante Ley económica de 1954 que ha sido sustituida en la actualidad por la Primera Ley de reformas para la lucha contra la delincuencia económica de 1976.

El Prof. **Klaus Tiedemann** ha tenido participación importante en la reforma legislativa al ser uno de los más destacados redactores del capítulo de «Delitos contra la Economía» del Proyecto Alternativo alemán. La influencia que este Proyecto ha tenido en el actual Proyecto español de Código Penal de 1980 ha sido reconocida por nuestra doctrina, lo que explica el interés que para nosotros tiene este trabajo de **Tiedemann**, en el que se examina el modo en que el Derecho penal económico opera frente al principio constitucional de la economía de mercado.

## I. Accesoriad e independencia de los tipos penales económicos y la determinación de sus reglas

**1.** El Derecho penal y el orden económico se encuentran —pese a la relatividad que caracteriza a ambas instituciones— básicamente en una relación de independencia relativa: a diferencia de una corriente de la vieja literatura alemana del Derecho económico, cabe afirmar en la actualidad que el Derecho penal no tiene la misión de conformar el orden económico; por el contrario, únicamente ratifica un orden extrapenal y colabora de esta manera a su efectividad. Precisamente el Derecho penal resulta ser secundario y accesorio en el ámbito de la economía. Los mandatos y las prohibiciones del orden económico están contenidos en el Derecho económico. Las reglas de Derecho económico son el punto en el que engarzan la punibili-

dad y la sanción. En general, el Derecho penal resulta ser, de esta manera, sólo una parte no independiente del intervencionismo estatal en el ámbito económico.

2. De todos modos, no pocas veces, este punto de partida se relativiza tanto en lo teórico como en lo práctico. Un tipo penal tan clásico como el de la estafa, o como el de la competencia desleal —reconocido por la mayoría de todos los órdenes jurídicos—, se caracteriza por agregar a los mandatos y prohibiciones del Derecho económico una protección general frente al engaño y a la orientación fraudulenta de la clientela. Que la existencia de la prohibición del engaño ya se encuentra contenida en el Derecho mercantil o en el económico, es una cuestión de la que puede dudarse, tal y como lo muestran los intentos —hasta ahora vanos— de introducir en el Derecho de la Comunidad Económica Europea un principio

de honestidad con referencia a las subvenciones (1). De todas formas en la cuestión de la prohibición del engaño y de la orientación fraudulenta de la clientela se trata, como ocurre con respecto a la prohibición de la utilización de la fuerza y de la amenaza, de estándares elementales referidos a la no utilización de ciertos medios, estándares que se encuentran en el Código Penal a causa de su contenido primitivo desde el punto de vista del mínimo ético económico que los hace independientes del concreto sistema económico y del orden jurídico específico de que se trate. Aproximadamente lo mismo rige, sin embargo, también para los nuevos tipos penales como la corrupción de empleados de empresas y la revelación o espionaje de secretos económicos, y aún para el caso del Derecho penal concursal, que procura asegurar el mantenimiento del patrimonio del deudor con independencia de lo propio del Derecho concursal, conteniendo a estos fines sus propios mandatos y prohibiciones, que sólo son en parte deberes jurídico-mercantiles, como, por ejemplo, la llevanza de libros y la realización de balances.

3. Allí donde el Derecho penal excepcionalmente se refiere de forma inmediata a reglas del Derecho económico mediante sus propios tipos penales, la accesoriad y secundariedad de éste cede en favor de una autonomía y una propia función reguladora del Derecho penal, con independencia de que esta técnica legislativa, que tiene sus raíces, por lo general, en la división de competencias de los órganos nacionales de legislación y los Ministerios, nos parezca o no digna de aprobación. En este sen-

tido podríamos citar, por ejemplo, el Código Penal de Colombia, puesto en vigor en 1981, que sanciona al conductor de un vehículo que circula sin seguro contra accidentes. Incluso aquellos que no compartan la idea clásica de Binding de distinguir entre la norma extrapenal y la ratificación penal de la misma, estarán de acuerdo en que la introducción en el Código Penal del deber de concertar un seguro para participar en el tráfico automovilístico no es precisamente ideal desde el punto de vista de la política legislativa.

4. A pesar de lo que a primera vista pudiera sugerir el sorprendente ejemplo colombiano, no se trata de una rara excepción. Por el contrario, los órdenes económicos tienden, como consecuencia de sus rasgos planificadores, a proteger claramente, mediante tipos penales que incriminan acciones de agio (por ejemplo, art. 229 del Código Penal colombiano) y de elevación de precios (por ejemplo, art. 230 del Código Penal colombiano), con el objeto de brindar a la población un abastecimiento suficiente a través de la garantía creada para la circulación de mercancías (directamente del valor del dinero). En esta función, la elevación de precios presupone, por su parte, una determinación extrapenal de los mismos que debe llevar a cabo el legislador o la autoridad —en tanto el legislador no se remita a criterios generales de desproporción o de abuso—. En una economía de mercado sin fijación estatal de los precios, por el contrario, no se dan normalmente acciones de agio, dado que en una economía de mercado funcionando no existe ninguna razón

para retraer la oferta de mercancías.

5. Los códigos penales de los países latinos, sobre todo, muestran la tendencia a introducir tipos penales que, a su vez, incorporan reglas económicas, es decir, extrapenales. Para demostrarlo es suficiente recordar la prohibición de cárteles en numerosos códigos penales (2), lo que precisamente pone de manifiesto que la técnica legislativa mencionada fracasa a menudo en la práctica. Tanto en Italia como en España y Sudamérica, pero también en Bélgica y Luxemburgo, rara vez se lleva a cabo un procedimiento por infracción de un tipo penal cometida por coaliciones prohibidas de empresas o por la alteración de precios mediante estas coaliciones, aunque este hecho pudiera tener su causa en la falta de conocimientos económicos y experiencia de la misma naturaleza de que puedan adolecer los fiscales y los tribunales, o bien que pueda explicarse a través de interpretaciones extraordinariamente difíciles de tipos penales de gran amplitud o, finalmente, porque no se da la aceptación necesaria de decisiones jurídico-penales por los factores económicos. La laboriosa distinción que se ha desarrollado entre cárteles «buenos» y «malos» (es decir, dañosos) en la jurisprudencia francesa correspondiente al artículo 419, número 2 del *Code Pénal*, muestra suficientemente que el trazado de los límites entre la prohibición y la excepción, entre comportamientos socialmente dañosos y socialmente beneficiosos o bien socialmente soportables en el ámbito económico, resulta mejor y tiene más éxito a través de una legislación extrapenal, que de todos modos

debe coincidir en su contenido con la eventual protección penal del Código represivo (y viceversa).

6. El punto de vista que *prima facie* parece tener una naturaleza sólo técnico formal, en virtud del cual se regula un hecho social dentro o fuera del Código Penal, sobredetermina por lo tanto la exigencia del Estado de Derecho de conformar la regla de la manera más precisa posible y, dado que la determinación en general está condicionada también por una cierta prolijidad, resultará que una regla referente a un hecho económico estará tanto más determinada cuanto más se aleje del Código Penal y ocupe lugar en el Derecho penal especial. La economía de mercado requiere una determinación óptima, dado que la calculabilidad de los riesgos jurídicos adquiere especial importancia allí donde el empresario privado debe obrar sobre la base de su propio riesgo financiero y personal. Esto se corresponde con el hecho, verificado en la experiencia, de que los órdenes económicos planificados muestran en general una determinación de los tipos penales menos estricta. De todos modos, la regulación de la protección penal en el Código Penal no significa necesariamente que el tipo penal sería más indeterminado que el correspondiente al Derecho penal especial: también en el Derecho penal especial la protección penal remite por lo general a normas más amplias, contenidas por regla general en la misma ley. En consecuencia, no cabe afirmar que el nuevo Derecho penal del medio ambiente haya sufrido mermas en su determinación al ser incorporado en 1980 al Código Penal.

## II. Concepto y principios conformadores del Derecho penal económico en la República Federal Alemana

7. En la nueva configuración (parcial) del Derecho penal económico que tiene lugar mediante la primera ley de lucha contra la criminalidad económica (1976), el legislador alemán no ha adoptado reflexiones teóricas referentes al concepto de Derecho penal económico o de delito económico. Su punto de partida fue, por el contrario, la idea de alto contenido *práctico* referente a la insuficiencia del tipo general de la estafa (parágrafo 263 del Código Penal alemán) en relación a la lucha contra nuevas formas de delincuencia económica o por lo menos en referencia a su masificación.

Dado que el legislador alemán, de todos modos, al renovar el Derecho penal económico material, había introducido ya con anterioridad una especialización de las fiscalías y los tribunales provinciales, procedió ahora a su unificación, lo que era necesario en razón del principio constitucional del juez legal, por lo que, al establecer la competencia de las cámaras penales económicas en la ley, se vio obligado a fijar qué hechos punibles debían considerarse como delitos económicos. El parágrafo 74.c), inciso primero de la Ley de constitución de tribunales (GVG), se sirve del principio de la enumeración en conexión con una cláusula general: los cinco primeros incisos de este precepto señalan una serie de tipos penales que deben considerarse según la descripción legal como delitos económicos y sobre todo referidos a *delitos especiales*, es decir,

que tienen la particularidad de fundamentar el círculo de autores de los mismos mediante una cierta coincidencia con el punto de vista criminológico sobre la criminalidad económica. Se trata de la estafa de subvenciones, la estafa de crédito, la quiebra, el favorecimiento de acreedores o de deudores; hechos punibles de la Ley contra la competencia desleal (en especial propaganda desorientadora, corrupción de empleados de empresas privadas, revelación de secretos económicos), hechos punibles de la Ley de sociedades por acciones, de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, de la Ley de cooperativas y de la Ley sobre exhibición de cuentas de determinadas empresas o consorcios; hechos punibles de la Ley de Bancos, depósitos bolsas y créditos, así como también de la Ley de vigilancia de seguros; hechos punibles contrarios a la Ley penal económica de 1954, a la Ley de comercio exterior, a las Leyes de divisas y al Derecho al monopolio financiero impositivo y aduanero (así como hechos punibles provenientes de otras leyes a las que se aplica el Derecho penal impositivo); hechos punibles de la Ley de vinos y del Derecho alimentario. Adicionalmente el parágrafo 74.c), inciso sexto (GVG), caracteriza algunos delitos patrimoniales (estafa, defraudación, usura, corrupción) como hechos punibles económicos, «en la medida en que para juzgarlos se requieran conocimientos especiales de la vida económica». Este criterio apoyado en razones de *criminalística* resulta ser extraordinariamente amplio e inseguro y, por lo tanto, objetable desde el punto de vista constitucional, pues la intervención de los tribunales sólo puede establecerse, na-

turalmente, después de la comisión del hecho. La practicabilidad de este criterio ha sido juzgada de forma variada y, en general, se le ha considerado dudoso. El criterio da lugar a cuestiones enojosas también en la práctica, fundamentalmente cuando los jueces carecen de los conocimientos económicos que requiere el caso particular.

8. También merece mención dentro de este contexto una definición legislativa tácita de los hechos punibles económicos: el parágrafo 30 del *Abgabenordnung* admite el levantamiento del secreto fiscal cuando se persiguen o deben perseguirse hechos punibles económicos que, por su forma de comisión o la magnitud del daño causado, son adecuados para perturbar considerablemente el orden económico o la confianza de la generalidad en la transparencia del tráfico mercantil o en el trabajo reglamentario de las autoridades o de las instituciones públicas.

9. Por lo tanto, si el legislador alemán no parte de un concepto unitario del delito económico, cabe prestar atención, en razón de que hasta ahora las reformas del Derecho penal alemán solamente han sido parciales, a la sistemática y la fundamentación del Proyecto Alternativo, ya que este Proyecto podría haber influido, por lo menos parcialmente, en el Proyecto español de 1980. Los «hechos punibles contra la economía» del Proyecto Alternativo (3), publicado al comienzo de 1977, se refieren, en primer término, a los hechos punibles contra la competencia y los consumidores (limitaciones de la competencia, inclusive el boicot y las estrategias coactivas, corrupción

de empleados, publicidad engañosa y engaños en la concertación de contratos), a los que se agregan los hechos punibles contra empresas (sabotajes, revelación de secretos económicos, difamación en el tráfico económico, lesión del derecho al nombre comercial (*Firmenrechtverletzung*) y abuso de las facultades jurídico sociales); contiene asimismo un título sobre hechos punibles contra los medios de pago y la economía crediticia (abuso de cheque, abuso de tarjeta de crédito y de tarjeta de cheque, abuso de letras de cambio, fraudes de crédito, aportación de datos incorrectos en prospectos y de consejos de asesoramiento incorrectos respecto a la inversión de capitales); también regula en particular los delitos bursátiles (utilización abusiva de información del *insider*, influencia engañosa en el curso de valores bursátiles); asimismo contiene una nueva redacción de los delitos concursales y de los delitos que se cometen en el ámbito de la presentación mercantil de cuentas (falsificación de balances, etc.), así como de los hechos punibles contra las finanzas públicas (estafa impositiva, fraudes en la obtención de subvenciones); en un apéndice, el Proyecto Alternativo (AE) contiene indicaciones referentes a zonas marginales que no pertenecen en sentido estricto al Derecho penal económico, pero que probablemente requieren regulación penal (delitos de computación, intervenciones que afectan los derechos de autor y de invención, estafa de seguro, usura y cuestiones particulares referentes a una nueva configuración de la defraudación -*Untreue*). En la fundamentación del AE (4) se expresa que éste ha partido, en coincidencia

con el punto de vista mayoritario de la ciencia del Derecho penal, de que el delito económico «se caracteriza por el hecho de que no sólo atenta contra intereses individuales, sino contra bienes sociales supraindividuales del suceso económico, así como por el abuso de los instrumentos de la vida económica actual que son imprescindibles para su funcionamiento». Ejemplos referentes a la primera categoría son las infracciones del Derecho de monopolios, las infracciones fiscales, los fraudes en la obtención de subvenciones, etc., mientras que el abuso de balances, letras de cambios, cheques, etc., sirven para ejemplificar la segunda categoría».

10. En la *conformación* del Derecho penal económico que acaba de describirse, el legislador alemán ha utilizado preponderantemente —y en contra de la resistencia opuesta por la economía alemana— la figura de los *delitos de peligro abstracto*. Esto rige tanto para los tipos penales de obtención fraudulenta de crédito o de subvenciones introducidos por la primera Ley de lucha contra la criminalidad económica de 1976, como también con respecto a la incorporación al Código Penal del Derecho penal del medio ambiente. No cabe afirmar otra cosa de la nueva regulación —fuera del Código Penal— de los delitos fiscales en la *Abgabenordnung* de 1977, ni de la nueva redacción y complementación de los tipos penales de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1981. Por lo demás, los tipos penales que ofrecen desde 1976 una nueva redacción, como la usura y los delitos concursales, se basan fundamentalmente en la figura

de los delitos de peligro abstractos.

La circunstancia de que esta conformación del Derecho penal económico, apoyado en los delitos de peligro abstracto, constituya una considerable restricción de la libertad del empresario, resulta indiscutible y es alegada constantemente por los opositores de la reforma, entre los cuales naturalmente no se suele hacer mención de que las leyes económicas del Derecho penal especial, concretamente del Derecho penal de sociedades, de la competencia, y fiscal, se basan desde hace décadas en los delitos de peligro abstracto y se aplican de la misma manera. También se silencia a menudo que para los delitos de peligro abstracto del Derecho penal especial es suficiente, por regla general, con la comisión culposa. En vista de la amplitud del concepto de empresa utilizado en el Derecho de la competencia, tampoco puede sostenerse seriamente que se trate aquí —en el Derecho penal especial— de una culpa específicamente profesional.

11. Con respecto a la cuestión de si la incriminación basada en el peligro abstracto choca contra el principio constitucional de la *proporcionalidad*, cabe significar que el delito de peligro abstracto abarca una acción típica de riesgo que, por regla general, conduce al resultado. La prohibición de la ejecución de ciertas acciones corresponde a la idea de que el Derecho no puede prohibir la producción de un resultado dañoso sino solamente la realización de acciones peligrosas. Por otra parte, la prohibición jurídico penal constituye, especialmente en *relación al Derecho penal administrativo*,

una intervención que a menudo resulta menos grave. La regulación jurídico administrativa —como la prohibición legal salvo autorizaciones y deber de comunicación y verificación, etc.— someten la actividad global del empresario a la fiscalización estatal, mientras que la prohibición jurídico penal —como la de engañar en la solicitud de crédito o de subvención— solamente alcanza al sector socialmente indeseable de esa actividad. Un Derecho penal limitado a controlar mediante la creación de tipos penales y la persecución de hechos punibles puede ser, por lo tanto, más liberal que una legislación administrativa aunque no disponga de penas criminales.

### **III. La protección jurídico penal de la economía de mercado en la República Federal alemana**

12. Con respecto a las relaciones de contenido del Derecho penal con la economía de mercado, cabe partir de la afirmación según la cual la economía de mercado significa libertad de la economía y del sujeto económico con respecto a la coacción estatal. Los límites jurídico-penales de esta libertad están dados, entonces, por el abuso de ella. Si es acertado decir que una concurrencia capaz de funcionar de acuerdo con sus reglas elimina y neutraliza la concentración de poder económico, surge con claridad que el Derecho penal tiene genuinamente la función de garantizar la competencia y la lucha contra el abuso de poder. Sin embargo, el concepto de abuso es, tanto política como jurídicamente, muy indeterminado y por ese motivo no puede

ser adecuado para una concreción legislativa por parte del Derecho penal. Por otra parte, los tipos penales de las coacciones y la extorsión, así como la defraudación y el hurto, resultan ser demasiado primitivos para resolver los problemas reales y los conflictos de intereses que surgen en la vida económica. El tipo general de la estafa resulta ser, además, en todos los órdenes jurídicos, extraordinariamente complicado como para tomar en cuenta todas las dificultades de prueba que tiene el Derecho penal económico. El tipo de la defraudación del Derecho penal alemán es, en verdad, adecuado para todas aquellas relaciones de confianza a las que se refiere, pero no tiene correspondencia en numerosos ordenamientos jurídicos extranjeros, e incluso está cargado de muchas dificultades en el Derecho penal alemán que exige contra el autor la prueba de la conciencia de la contrariedad al deber de su acción. Es mejor, en consecuencia —inclusive en el ámbito de la defraudación—, pensar en tipos penales especiales que valoren las situaciones de intereses más frecuentes de la vida económica, y a la vez la lesividad social, en forma independiente, los cuales no deberían dificultar de manera extraordinaria la prueba, sino por el contrario facilitarla a través de una redacción especial del tipo penal. El Proyecto Alternativo intenta llevar a la práctica estos principios, como ya hemos dicho en el punto 9, y por eso estima la existencia de delitos económicos especialmente allí donde se da el abuso de instituciones e instrumentos de la vida económica pero, por supuesto, también en el abuso de las posiciones de poder, en el ámbito de la competencia.

13. En la República Federal Alemana (como en la mayoría de los otros Estados) no hay una economía de mercado totalmente libre y limitada exclusivamente por el abuso de la libertad en el mercado. Si la economía de mercado se vincula actualmente a un marco jurídico que la ordena, la economía «social» de mercado que se practica en la República Federal contempla los aspectos de las partes del mercado más débiles socialmente dentro del orden jurídico económico —antes aún de llegar al concepto de abuso—. El acontecimiento económico queda de esta manera enmarcado socialmente, lo que significa que la política económica se completa mediante una política social, sobre todo en la medida en que determinados sectores de la población no llegan como consumidores al mercado o carecen de medios suficientes para poder hacerlo. Esto debería de significar una tendencia hacia la protección penal reforzada de los sectores más débiles del mercado. En la realidad de los códigos penales y de las legislaciones penales especiales resulta, sin embargo, difícil en la República Federal Alemana identificar estos elementos. Por el contrario, la protección jurídico penal del consumidor, del trabajador, del que toma un crédito, del paciente, etc., apenas si se diferenciaría en su configuración de la que existe en otros países con una distinta concepción económica. La decisión fundamental —inclusive en lo referente a las dificultades— de una valoración correcta y de la correspondiente delimitación de intereses se encuentran también fuera del Derecho penal (Derecho de la competencia, del trabajo, de los productos alimenticios, de la regu-

lación del crédito, del Derecho médico, etc.). El contenido socio-estatal del nuevo orden de la economía de mercado en el Derecho penal alemán encuentra su expresión ante todo en la protección contra la usura, mientras que el nuevo tipo penal referido al abuso en materia de subvenciones (*infra*, 16) no afecta precisamente a las subvenciones de proyección social.

14. El legislador alemán busca en particular, en la *protección del orden de la competencia*, puntos de vista que sirvan a la utilidad económica general (o sea, a la no lesividad) de un comportamiento, tratando de alcanzar la acción en sí misma contraria a la prohibición, sancionando a través de la figura jurídica de las contravenciones administrativas (*Ordnungswidrigkeiten*), especialmente las contravenciones a la prohibición de prácticas de concentración (cárteles), de discriminación económica (por ejemplo, negativa a vender, boicot), de ofertar por debajo de los costes, que son perseguidas según el principio de oportunidad —y no de legalidad— por las autoridades administrativas de la Federación y de los Ländern. De todos modos, el principio de oportunidad está sujeto, en la práctica, en no raras ocasiones, a malos entendidos y al abuso de las autoridades en la ejecución de una política industrial de cooperación, en la medida en que se llega al acuerdo con el afectado, o bien mediante la amenaza de una multa administrativa se crea una situación político-económica deseable, de la misma manera que se elimina una indeseable. En verdad, la persecución de las contravenciones de las ordenanzas antimonopolio debería de tener lugar según el

«arbitrio de las autoridades de persecución» (parágrafo 47, inciso uno, de la Ley de Contravenciones Administrativas), únicamente allí donde la infracción de las reglas de la competencia de acuerdo con su duración, efecto y culpabilidad del autor resultaran de menor gravedad: cuando se trate de infracciones graves, especialmente en los casos de acuerdos de precios de larga duración y acciones concertadas para la licitación, de bloqueos de suministros o de exigencias de boicot que tengan como consecuencia la eliminación económica del sujeto, etcétera, no debe quedar espacio para el arbitrio de las autoridades ni para la cooperación de los afectados. Por lo tanto, resulta también acertado que la comisión de expertos para la lucha contra la criminalidad económica designada por el Ministerio Federal de Justicia haya recomendado elevar de la condición de contravención administrativa a la de hecho punible a las infracciones graves contra la legislación antimonopolio, excluyendo de esta manera el arbitrio de las autoridades administrativas en relación a su persecución. La preocupación del Ministerio de Economía frente a esta introducción de la Justicia penal y, sobre todo, de la influencia en la economía del urbanismo han impedido hasta ahora que se sancione con pena criminal los acuerdos que desnaturalizan una licitación pública y que se basan en engaños muy cercanos a la estafa, tal y como ocurre por ejemplo en países como Austria, Suecia e Italia, que no ven con malos ojos la formación de cárteles, y como era el caso del Derecho penal prusiano hasta los años treinta de este siglo.

15. Entre las críticas de los políticos económicos alemanes contra la criminalización parcial del Derecho de la competencia y contra la consecuencia que está en ella implícita de conversión de la competencia de la categoría de mero instrumento de orden a la de bien jurídico protegido del Derecho penal, merece señalarse aquí que el Derecho penal y el principio procesal de legalidad, es decir la obligatoriedad del Estado de perseguir todo hecho punible, podría introducir en el Derecho de la competencia y en la vigilancia estatal sobre el funcionamiento de la misma, un rigorismo que no estaría de acuerdo con la ambivalencia económica de numerosas infracciones de la competencia. Por otra parte, la Ley alemana regula las medidas contra las limitaciones de la competencia en forma expresa y detallada, estableciendo qué excepciones existen y en qué forma es posible aplicarlas para eliminar la antijuricidad de una infracción del Derecho antimonopolio. La Ley alemana sigue incluso la idea de las prohibiciones *per se* de las prácticas limitadoras de la competencia, y el peso de estas infracciones no resulta ser en la práctica, en ningún caso, menor que el de los hechos punibles sancionados fuera de las leyes económicas, según la *Abgabenordnung* o según la Ley contra la competencia desleal. Globalmente, las objeciones políticas contra una criminalización parcial del Derecho alemán de la competencia no se dirigen a una protección de la economía de mercado, sino a su reemplazo por puntos de vista difícilmente controlables basados en un pragmatismo político económico: una protección consecuente de la economía de mercado, es decir,

del acontecimiento económico dirigido por el instrumento de la competencia, requeriría, como en los Estados Unidos y Canadá y como es también el caso de Japón y Francia, de una real punición criminal, sobre todo para las limitaciones graves de la competencia. Resulta injusto y sistemáticamente injustificable, que la economía exterior y el tráfico de divisas, la legislación sobre impuestos y la lealtad de la propaganda privada sean tratadas ante la opinión pública como bienes jurídicos penalmente protegidos, mientras las limitaciones artificiales de la competencia quedan en el nivel de las meras contravenciones administrativas. La circunstancia de que los sistemas económicos, individualmente considerados, se sirvan de diversos medios para imponerse, en razón de la relatividad de los sistemas sociales y de los bienes jurídicos penalmente protegidos, no es un argumento contra la protección jurídico penal sino todo lo contrario.

16. A menudo se percibe la idea de que los tipos penales del Derecho penal económico podrían conducir a una paralización de la iniciativa privada económica, por lo que se afirma que los nuevos tipos penales en el ámbito de la economía y también fuera del Derecho de la competencia, es decir, del ámbito de protección propio de la economía de mercado, devienen un problema fundamental de política general. En este sentido, por ejemplo, hubo que constituir una comisión interministerial poco antes de sancionarse la disposición correspondiente al tipo penal de la estafa de subvenciones (parágrafo 264, StGB) en el año 1976 para discutir si este tipo penal no podría tener

un efecto paralizante —y esto aunque estuviera comprobado, según las investigaciones empíricas, que las subvenciones estatales (inclusive en la forma de subsidios para la inversión) tienen efecto promotor de la inversión sólo a partir de otros muchos factores, por lo que en realidad apenas si podrían producir el efecto económico deseado. Antes de la introducción del mencionado tipo penal se sostuvo también la idea de excluir de su ámbito de aplicación a los territorios lindantes con la República Democrática alemana, considerados dignos de promoción económica, para evitar el pánico que podría producirse entre los empresarios afincados en un territorio considerado económicamente débil. Todo esto no sólo constituye una exageración grosera de la prevención general jurídico-penal, sino que ilumina también la base de estas especulaciones: según éstas, una cierta medida de engaño, un retoque «cosmético» de los balances dentro de ciertos límites no sería dañino para la economía sino, por el contrario, estimulante. Afortunadamente estas reflexiones, que en realidad sólo podrían ser acertadas en casos baladíes, han sido superadas rápidamente.

17. Mientras el tipo penal de la estafa de subvenciones que acabamos de mencionar procura en forma directa la protección de la economía social de mercado, es decir, de la actividad directriz y promotora del Estado en el ámbito político económico, lo característico para la protección de los sujetos del mercado resulta ser la usura y el Derecho penal de la quiebra. Este ámbito parcial del Derecho penal protege a los acreedores y deudores, en tanto sujetos del

mercado, contra daños patrimoniales, de la misma manera que el Derecho del trabajo lo hace en relación al trabajador frente a los daños que éste pudiera sufrir en su salud. Según el punto de vista alemán de la economía (social) de mercado, la relación de rendimiento y compensación debe de ser básicamente libre, incluso en el mercado de capitales y de la vivienda. Una fijación legal de las más altas tasas de interés permitidas no se encuentra, por lo tanto, en la legislación alemana, y la última sentencia que la Corte del Tribunal Federal (BGH) (5) ha dictado en la materia ha rechazado expresamente el punto de vista sostenido por el Tribunal Superior del Estado (OLG) de Stuttgart, que pretendía introducir un límite superior objetivo para los intereses (100 por 100 sobre los intereses habituales del mercado) para contratos de crédito a plazos y contratos de pagos parciales. Esto corresponde a la situación creada por la reforma legislativa del año 1976 que eliminó la referencia a la tasa «habitual» de interés en el parágrafo 302.a) del StGB, con lo que se dio lugar al principio de la individualización, es decir, la consideración del total de las circunstancias del caso concreto para determinar la tasa «adecuada» de los intereses. Naturalmente que esta reforma no es más que una de las reformas que han quedado sobre el papel. Tanto la fiscalía como los tribunales se orientan en la práctica, como ocurre en otros Estados que también siguen el orden de la economía de mercado (por ejemplo, Suiza), a las tasas de intereses habituales, a los costos y a los criterios firmes similares que no coinciden necesariamente con los precios del mercado o con los precios

competitivos. Por este motivo hemos recomendado hace ya diez años en nuestro dictamen para el 49 Deutschen Juristentag (6) una concreción de los criterios de la economía de mercado respecto de las tasas habituales de interés a través de un límite superior (que podría configurarse según la técnica de la regla-ejemplo), así como una concreción mediante puntos de vista deducidos de los costos. De todas formas, los criterios decisivos de la práctica, reflejan claramente las dificultades que ya hemos mencionado al principio y las necesidades de concretar legislativa o judicialmente el concepto general de abuso o de adecuación. También en el Derecho alemán antimonopólico se recurre a una remisión a los precios de mercado extranjeros y a los precios de mercado nacional vigentes con anterioridad cuando se trata de la investigación del precio competitivo hipotético y se carece de concurrencia o bien ésta no funciona. Sobre la base de este inseguro criterio no se ha llegado todavía a una condena a multa administrativa en ningún caso particular. La circunstancia de que el problema de la regulación jurídica de la usura provoque problemas y dificultades especiales adicionales, como consecuencia de las tendencias inflacionarias de numerosos sistemas de economía de mercado que se observan en la actualidad, merece ser aquí claramente destacado.

18. Mientras el Derecho penal de la usura caracteriza los límites del abuso en el intercambio de prestaciones, el Derecho penal concursal actual toma en cuenta el hecho de que los procesos y ejecuciones coactivas de la competencia pueden llevar

a la eliminación de un competidor del mercado sin que el competidor sea alcanzado por una sanción penal. Todos los órdenes jurídicos modernos parten, por lo tanto, del principio según el cual la mera producción del concurso, incapacidad de pagos o cesación de pagos como tales, no son punibles. Sin embargo, es posible que acciones culpablemente reprochables acompañen a la producción del concurso o bien sean la causa del mismo, con lo cual estas «acciones de bancarrota» resultan punibles de la misma manera que el mal desempeño de la gerencia en un sistema de economía planificada. Una característica especial del nuevo Derecho penal concursal alemán (desde 1976) consiste en que, junto a la enumeración de numerosas acciones de bancarrota (por ejemplo la sustracción de bienes de la masa), se establece una cláusula general referida a las demás acciones mediante las que el autor «de una manera que no se corresponde con las exigencias del orden económico y que lo transgreden gravemente disminuye su haber patrimonial, oculta la situación real de sus negocios o la disimula» (parágrafo 283.1, n.º 8 del StGB). Hasta ahora resulta tan poco claro el problema de la amplitud que esta cláusula general tiene en la práctica como su compatibilidad con el principio constitucional de la determinación del tipo penal. Lo único que resulta seguro es que, como criterio para determinar qué acciones son gravemente contrarias a la economía, sólo puede recurrirse al sistema actual de la economía de mercado a pesar de que éste, según la opinión dominante de la jurisprudencia alemana y de la teoría

jurídica, no está garantizado por la Constitución.

19. En un sistema de economía de mercado adquiere, finalmente, significación la creación de medios financieros a partir de fuentes privadas de capital. Mientras en un orden de economía planificada sólo se tiende a la meta fijada por el plan y se crean los medios monetarios necesarios para ello, el competidor privado está constreñido a la riqueza de su imaginación para obtener créditos destinados a tomar parte en la financiación de la empresa. El que otorga un crédito tendrá a menudo —y especialmente en sistemas con tendencias inflacionarias o de poca estabilidad— interés en invertir su dinero en bienes de capital. La protección jurídico penal del mercado privado de capital y del mercado de crédito tiene una importancia decisiva, por lo tanto, en el sistema de la economía de mercado, sobre todo cuando —como ocurre en el tiempo que va desde la Segunda Guerra Mundial— las empresas sólo disponen por lo general de una suma relativamente pequeña de capital propio. En particular, la protección necesaria de este ámbito se lleva a cabo a través del Derecho penal de las sociedades comerciales, del Derecho penal bursátil y de los tipos penales contra la estafa de crédito (ver parágrafo 275.b) del StGB) y fraudes en las inversiones de capital (ver Proyecto de la segunda Ley de lucha contra la delincuencia económica). Las dos últimas materias se regulan fuera del Código Penal, en el Derecho penal especial, en razón de su estrecha vinculación con la fundación y los presupuestos para la autorización establecidos por el Derecho de

sociedades y por el Derecho bursátil, aunque sobre todo el deber jurídico penal que incumbe a la Administración de presentarse en tiempo en concurso (cuando se dan ciertas condiciones) es en el Derecho alemán un principio de las sociedades de responsabilidad limitada.

#### IV. Breve consideración del Proyecto español

20. El Título VIII del Proyecto español ha escogido — como también lo ha hecho el Código Penal colombiano que ya hemos mencionado — la denominación de «Delitos contra el orden socio-económico» y evita de una manera digna de encomio la discusión teórica sostenida desde hace décadas sobre una delimitación exacta de los ámbitos económico, financiero y social con sus correspondientes delitos. Las últimas reuniones dedicadas al capítulo sobre los delitos económicos en el Proyecto de Código Penal tipo muestran en forma penetrante lo poco fructífero que resulta discutir si el Derecho penal de la usura y el concursal, el contrabando y la estafa de crédito, son realmente partes del Derecho penal económico en sentido estricto o si se trata sólo de la protección de intereses individuales, o sea que no constituyen, según su forma de comisión, delitos propios de inteligencia en sentido criminológico.

21. También parece adecuado haber agrupado a los delitos económicos en un capítulo especial del Código Penal. En este sentido, es igualmente digno de especial encomio el haber incluido también el Derecho penal de sociedades (aunque con la designación poco feliz de delitos financieros), asimismo el or-

den y la división interna de este capítulo parece requerir una revisión.

22. Con las reservas naturales propias de un observador extranjero, puede sugerirse, sin embargo, una crítica particular dirigida a la estructura de los tipos penales:

— Los tipos subjetivos y los elementos del tipo contenidos en el artículo 331 y en el artículo 363, así como en los artículos 343 y 344 del Proyecto español son demasiado difíciles de probar, por lo que dichos tipos penales corren el riesgo de no ser aplicados. Especialmente en materia de Derecho antimonopólico y de la protección jurídico penal de los inversores, los tipos penales deberán ser fuertemente objetivados.

— La cantidad del perjuicio en la insolvencia (art. 330) pero, sobre todo, el precio hipotético de mercado en el artículo 344 del Proyecto, son extraordinariamente difíciles de determinar en la práctica, razón por la cual el importante y amplio artículo 344 debería ser redactado de otra manera.

— Asimismo resultan ser ampliamente indeterminados los tipos penales referidos a las empresas dominantes del mercado de los artículos 346 y 349. De todos modos, la jurisprudencia alemana y la de la Comunidad Económica Europea señalan que la «limitación relevante de la competencia» (art. 346 del Proyecto) puede ser comprobada en la práctica. Por el contrario, el concepto de abuso en el artículo 349 debería concretarse, por lo menos, mediante ejemplos legislativos.

#### NOTAS

(\*) Traducción de Enrique Bacigalupo y Miguel Bajo Fernández.

(1) Cfr. TIEDEMANN, en *Leipziger Kommentar*, 10. Aufl., § 264 Rdnr. 90 mit Nachweisen.

(2) Cfr. artículo 419, Code pénal (Francia); artículo 501, Codice penale (Italia); artículo 540, Código penal (España); artículo 311, Code pénal (Bélgica); artículo 311, Código penal de Luxemburgo.

(3) *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, Besonderer Teil: Straftaten gegen die Wirtschaft, 1977.

(4) *Loc. cit.*, pág. 19.

(5) BGH Sentencia del 12 de marzo de 1981, III ZR 92/79, publicada en *NJW*, 1981, pág. 1206, y *JZ*, 1981, pág. 344.

(6) Gutachten 49. DJT Bd. I (1972) s. C 42, 43, 61.