

Miguel BAJO FERNANDEZ
Profesor Agregado de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA ESPAÑOLA Y EL
DERECHO PENAL

Conferencia pronunciada el día 11 de marzo de 1983

Separata de REPERCUSIONES DE LA CONSTITUCIÓN EN EL
DERECHO PENAL. SEMANA DE DERECHO PENAL EN ME-
MORIA DEL PROFESOR JULIÁN PEREDA, S. J., Bilbao, Univer-
sidad de Deusto, 1983.

Miguel BAJO FERNANDEZ
Profesor Agregado de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA ESPAÑOLA Y EL
DERECHO PENAL

Conferencia pronunciada el día 11 de marzo de 1983

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. La Constitución económica
- III. El modelo económico constitucional
- IV. Marco constitucional del Derecho penal económico. Objeto de protección jurídico penal.
 - 1. La economía nacional
 - 2. El orden económico
 - 3. La propiedad
 - 4. Libertad de competencia
 - 5. Intereses de los trabajadores
 - 6. Otros intereses

I. Introducción

El estudio del art. 38 de la Constitución ¹ (y sus preceptos concordantes) desde la perspectiva criminal se explica por la importancia que ha cobrado en estas últimas décadas el llamado Derecho penal económico.

Es imprescindible conocer a fondo la "Constitución económica" para saber en qué parámetros debe necesariamente moverse el Derecho penal económico cuando éste se encuentra, en nuestro país, en una fase crucial de su desarrollo. En las páginas que siguen vamos a intentar conocer a fondo a través del Derecho Constitucional económico, el modo económico que la Constitución consagra y los intereses que el constituyente reconoce y ampara y que, por ello, han de convertirse en objetos de protección jurídica en el desarrollo normativo. En este momento resulta imprescindible la tarea que me propongo al comentar el art. 38 y concordantes de la Constitución española de 1978, por la importancia adquirida por el Derecho penal económico sobre todo desde que el Proyecto de Código penal de 1980 dedicó un título a los delitos económicos.

II. La Constitución económica

El art. 38 es uno de los preceptos claves para la comprensión de la llamada "Constitución económica" o "Derecho económico constitucional".

1. *Art. 38* de la Constitución española: "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan

La expresión "Constitución económica" o "Derecho económico constitucional" es relativamente reciente porque las Constituciones liberales del siglo XIX no contenían más que escasas referencias al derecho de propiedad, dejando el resto de la vida económica al juego natural de las fuerzas del mercado. Es la Constitución de Weimar de 1919 quien introduce en el ámbito constitucional una serie de disposiciones relativas al orden económico fruto del concierto político entre liberales y socialistas. Con el estudio por parte de la doctrina alemana de los aspectos económicos de la Constitución de Weimar, nace el llamado Derecho constitucional económico, expresión ya consagrada y de común uso entre nuestros constitucionalistas².

Por Derecho económico constitucional se entiende "las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden y el proceso económico"³.

Al Derecho constitucional español le cabe la gloria de poder señalar como de importancia especial en esta materia dos Constituciones españolas: la de la segunda república de 1931⁴ y la de la actual democracia de 1978. En ambas, como tendremos ocasión de comprobar, se contienen disposiciones económicas de carácter avanzado que o bien han influido en otras Constituciones (así se dice que la española de 1931 influyó en la italiana de 1947) o entraña posibilidades de utilización política interesantes, para una posible transición social y económica. ; *'''''''' ;

y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación".

2. Vid. M. GARCÍA PELAYO, *Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución*, en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, edición preparada por M. Ramírez, Zaragoza, 1979, pp. 29 y ss.; I. M. DE LOJENDIO, *Derecho constitucional económico*, en *Constitución y Economía (La ordenación del sistema económico en las Constituciones Occidentales)*, textos de las ponencias presentadas en la mesa redonda celebrada en Madrid los días 29 y 30 de junio de 1977, coordinada por L. Sánchez Agesta, Madrid, 1977, pp. 81 y ss.; R. GARCÍA COTARELO, *El régimen económico-social de la Constitución española*, en *Lecturas sobre la Constitución española*, t. I, coordinación de T. R. Fernández Rodríguez, UNED, Madrid, 1978, pp. 69 y ss.; J. I. FONT GALAN, *Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978*, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 152, Madrid, 1979, pp. 205 y ss.

3. M. GARCÍA PELAYO, ob. cit., p. 31.

4. Su art. 44 consagraba la posibilidad de socialización de la propiedad y la intervención de empresas por exigencias de la economía nacional.

Mientras la Constitución de 1931 se movía en las mismas coordenadas de la de Weimar de 1919⁵, pretendiendo corregir las disfuncionalidades de un sistema económico liberal ya inadecuado a las nuevas realidades socio económicas, la actual Constitución se encuadra en la problemática económica de la posguerra, junto con la Constitución italiana de 1947 y la Ley Fundamental de Bonn de 1949⁶, y, al lado de la Constitución portuguesa de 1976⁷, en un contexto económico mundial de crisis donde las reformas keynesianas del sistema liberal (con su preocupación por el pleno empleo, intervención del Estado como factor de producción y consumo, política fiscal de distribución de rentas, aumento de la capacidad salarial y de consumo, etc.) ya no sirven.

Esas normas básicas del Derecho constitucional económico y que conforman la Constitución económica, rigen, fundamentalmente, la ordenación de la propiedad y del trabajo, y la forma de extensión de la intervención estatal⁸. Pues bien, el art. 38 de la Constitución española es la pieza clave del Derecho constitucional económico en cuanto que reconoce como derecho fundamental (con las consecuencias pertinentes en orden a lo establecido en los arts. 53 y concordantes) la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, con los límites que se deriven de las exigencias de la economía general y de la planificación. Es decir, encierra las expresiones claves que sirven para determinar las características fundamentales del sistema económico.

III. El modelo económico constitucional

Si lo dispuesto en el art. 38 y los preceptos concordantes, constituye o no un auténtico modelo económico constitucionalmente previsto, es algo realmente discutido en la doctrina.

Para un entendimiento acertado de lo que la Constitución ha previsto en orden a los aspectos económicos del ordenamiento jurídico, conviene tener presente la importancia del llamado "consenso" en la elaboración de la misma. Si tenemos en cuenta que la tarea de Go-

5. En el art. 156 de esta última se admitía la posibilidad de socialización o intervención de empresas.

6. Su art. 15 admite la posibilidad de socialización de los recursos naturales y los medios de producción.

7. Su art. 80 consagra el principio de la apropiación colectiva de los principales medios de producción y de los recursos naturales.

8. Así lo entendía Beckerath en 1932, quien es considerado padre del Derecho constitucional económico. Vid. J. M. DE LOJENDIO, ob. cit., p. 82.

bierno en un país moderno es prácticamente en su totalidad una tarea económica hasta el punto de que la actividad económica puede confundirse con la actividad política, podemos tomar conciencia de la importancia de dicho "consenso" político en la Constitución económica española.

El "consenso" político ha dado como resultado una Constitución ambigua en materia económica como ha reconocido unánimemente la doctrina⁹, lo que explica que los representantes de los partidos de la izquierda afirmaran en su día que la Constitución no era obstáculo para la aplicación de sus programas económicos; y explica que el art. 38 de la Constitución haya tenido el éxito de ser aprobado por 287 votos a favor, cinco abstenciones y un sólo voto en contra¹⁰. No es el momento de valorar aquí si esta fórmula de compromiso entre los partidos en las Cortes constituyentes, es un método positivo o no. Pero sí interesa tener presente que en materia económica todas las constituciones son fruto de pactos de diversa índole. Así, la Ley Fundamental de Bonn de 1949, es fruto de un esfuerzo por conseguir la aprobación de todos los partidos democráticos, de modo que hubo que salvar la oposición posible de un partido socialista (SPD), que en aquel entonces propugnaba la estatización de los medios de producción y rechazaba decididamente el concepto de economía social de mercado¹¹. Del mismo modo, la Constitución española de 1931 fue fruto de una transacción que, según apuntó Jiménez de Asúa en su obra "Proceso histórico de la Constitución de la República española", publicada en Madrid en 1932, probó el alto sentido de concordia de que dio muestras el partido socialista¹². Y lo mismo puede decirse de la Constitución de Weimar de 1919, producto de una transacción entre intereses conservadores y socialistas, o la italiana de 1947 que tenía que contentar a todas las fuerzas políticas.

No hay que considerar, pues, el consenso con el que ha sido elaborada la Constitución económica española de 1978, como una par-

9. O. ALZAGA, *La Constitución española de 1978, (Comentario sistemático)*, Madrid, 1978, p. 306; R. GARCÍA COTARELO, ob. cit., pp. 74-75; J. I. FONT, ob. cit., p. 212; L. M. CAZORLA PRIETO, en *Comentarios a la Constitución de D. Garrido Falla*, Madrid, 1980, pp. 467-468. El "consenso" ha producido también cierto retorcismo, ya que "la relación entre el contenido literario y las ideas operativas es, en realidad, muy baja", señala V. VALLE SANCHEZ, *Reflexiones sobre los aspectos económicos en el Anteproyecto de Constitución*, en *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, CEC, Madrid, 1978, p. 291.

10. Datos tomados de J. I. FONT, ob. cit., p. 212, nota.

11. Cfr. O. ALZAGA, ob. cit., p. 306.

12. Citado por I. M. DE LOJENDIO, ob. cit., p. 89.

ticularidad única. Y, aunque ciertamente, las condiciones son siempre distintas según se trate de una Constitución de posguerra o no, o según los condicionamientos históricos del momento, creo, sin embargo, exagerado pensar que "el consenso ha implicado un acuerdo entre las fuerzas políticas que combatieron —sin éxito— al antiguo régimen, y las fuerzas políticas que heredaron los aparatos del Estado de ese antiguo régimen, sin haber sido excluidas jamás del poder", y que esto explicaría la diferencia con las Constituciones italiana y alemana de posguerra, donde no había fuerza política que representara al régimen político anterior¹³. Quizás un análisis histórico, que no estoy en condiciones de hacer, podía demostrar que ni las fuerzas políticas predominantes de la posguerra en Italia o Alemania estaban tan ajenas a los regímenes políticos anteriores, ni las fuerzas políticas que ganaron las elecciones en España en 1977 eran tan ajenas al combate contra el régimen franquista.

En definitiva, la materia económica ha sido regulada en nuestra Constitución de un modo ambiguo y esta ambigüedad es fruto del llamado "consenso". La doctrina ha pretendido desvelar ese relativismo económico de la Constitución o interpretar las consecuencias que deben derivarse de su plurivalencia. Veamos algunos de los resultados:

1.-r-Es lógico que quienes han creído ver en la Constitución española la consagración de un modelo económico, hayan dibujado más fácilmente el modelo neocapitalista de la economía de mercado, no en vano España se encuentra inserta e integrada en la realidad actual del capitalismo occidental del final de los años setenta¹⁴.

En este sentido, O. Alzaga entiende que nuestra Constitución de 1978 se pronuncia de modo más equívoco que la mayor parte de las constituciones occidentales vigentes a favor de una "economía de mercado" propiamente dicha, es decir, a favor de una economía libre o de mercado. El argumento fundamental para esta tesis estriba en la consagración del derecho a la libertad de empresa en el art. 38, es decir, en un precepto que vincula a todos los poderes públicos (art. 53,1), que reconoce un derecho amparado por el recurso de inconstitucionalidad (art. 161,1,a), y que exige para su reforma el mecanismo reforzado que prevé el art. 168. Por otra parte, aunque cierto es

13. R. GARCÍA COTARELO, ob. cit, pp. 74-75.

14. M. MO'RISI, *Aspectos esenciales de la relación entre Estado y Economía en una Constitución de la crisis*, en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático dirigido por los Profesores Pedrieri y García de Enterría*, Madrid, 1981, p. 378.

que hay referencias a un sistema de economía dirigida, sin embargo —sigue Alzaga—, la planificación sólo resulta contenida en el art. 38 mediante la fórmula adverbial "en su caso", lo que vendría a indicar que los planes económicos no están constitucionalizados, dependiendo su realización de la política económica de cada Gobierno¹⁵.

En la misma línea, Font Galán, entiende que nuestra Constitución se ha pronunciado por un modelo concreto: la competencia económica imperfecta, entendiendo por tal aquella en que se den los siguientes rasgos "a) libertad de acceso al mercado y multiplicidad de empresarios; b) falta de homogeneidad de los productos y servicios y carácter sustituible de los mismos; c) presencia en cada mercado de los denominados poderes económicos o de mercado que controlan o manipulan, directa o indirectamente, la oferta, la demanda y los precios; d) tendencia a la concentración de grandes empresas que crean situaciones monopolísticas; e) intervención del Estado en la economía, tanto para regular la vida económica de los distintos sectores y mercados como para desarrollar directamente actividades económicas; f) existencia de un cierto grado de competitividad entre las empresas"¹⁶. Es un sistema, pues, en el que conviven la libertad de competencia y ciertos poderes intervencionistas.

Font Galán reconoce que "la libertad de empresa" consagrada en el art. 38 de la Constitución ha de ser conjugada con un sinfín de preceptos limitadores en donde se acomoda con las exigencias de la economía general y la planificación (art. 38 y art. 131,1), subordinación de la riqueza del país al interés general (art. 128,1), reconocimiento de la iniciativa pública bajo el principio del monopolio o intervención de empresas (art. 128,2), la defensa de los consumidores (art. 51), la promoción del progreso social y económico (art. 40,1), y con los objetivos de un "orden económico y social justo" (Preámbulo), un Estado social y democrático de Derecho (art. 1), promoción de la igualdad real y efectiva del individuo y los grupos y la participación de todos los ciudadanos en la vida económica (art. 9,2), la función social de la propiedad y la herencia (art. 33) y la participación de los trabajadores en la empresa fomentando las cooperativas (art. 129,2)¹⁷.

Pero, pese al reconocimiento de todas estas limitaciones, Font entiende que es de claridad meridiana que nuestra Constitución re-

15. O. ALZAGA, ob. cit., pp. 307-308.

16. J. I. FONT GALÁN, ob. cit., p. 238 y nota.

17. J. T. FONT, ob. cit., pp. 209 y ss.

conoce como principio básico el de la libertad de empresa limitada por una función social (exigencias de la economía general y, en su caso la planificación). El "contenido esencial" de ese derecho a la libertad de empresa vincula a todos los poderes públicos (art. 53,1), lo cual quiere decir —continúa Font— que toda ley que se oponga a ese "contenido esencial" puede atacarse mediante el recurso de inconstitucionalidad al amparo de los arts. 53,1 y 162,a), y la reforma de este derecho fundamental queda reforzada por el sistema especial del art. 168.

En consecuencia, la planificación de la actividad económica, que según el art. 131,1, corresponde al Estado, nunca podrá ser vinculante, sino solamente indicativa si se quiere respetar el derecho fundamental del art. 38.

En definitiva, el modelo económico de nuestra Constitución sería el de la competencia económica tanto del sector o iniciativa privada (art. 38), como del sector o iniciativa pública (art. 128,2), si bien hay un orden jerarquizado por cuanto la libertad de empresa está ubicada en el art. 38 con las garantías que el art. 53 y concordantes conceden a los derechos fundamentales de la Constitución¹⁸.

2.—Otro sector doctrinal interpreta, más bien, que nuestra Constitución económica carece de modelo y se mueve en unos parámetros de suma ambigüedad. Así, García Cotarelo entiende que "nuestro texto constitucional no responde con claridad a la cuestión de qué modelo económico y social se pretende alcanzar, sino que, más bien, plantea una disyuntiva transitiva desde la economía de mercado hacia una economía socialista planificada que, evidentemente, podrá ser algo más que la llamada "economía social de mercado", en el camino del régimen mixto"¹⁹. Se trata de una tesis cercana a la mantenida por la famosa sentencia del 1 de Julio de 1954 del Tribunal Constitucional Federal Alemán respecto a la llamada "constitución económica".

En todo caso, los argumentos de García Cotarelo no acaban de explicar la posición dominante que la Constitución ha otorgado al derecho fundamental de la libertad de empresa²⁰. Para este autor, las

18. J. I. FONT, ob. cit., pp. 222 y ss y *passim*.

19. R. GARCÍA COTARELO, ob. cit., p. 83.

20. Según M. MORISI, ob. cit., pp. 388-389, los arts. 53 y 128,2 colocan en plano de igualdad la acción económica privada y la pública, pero no explica qué sentido tiene el papel preeminente otorgado en la Constitución al art. 38.

razones que determinan la negativa respecto de un posible modelo económico basado en la libertad de empresa dentro del marco de una economía de mercado, giran en torno a las contradicciones entre este principio del art. 38 y el Estado social y democrático de Derecho del art. 1, o la decidida intervención estatal que se consagra en la regulación de la expropiación forzosa del art. 33,3, permitida en función del interés público que, a su vez, ha de ser interpretado conforme a los principios (art. 40,1 y 2) de distribución equitativa de la renta, pleno empleo, formación y readaptación profesional, seguridad e higiene en el trabajo, descanso necesario, etc.; contradicción también con el reconocimiento de la iniciativa, pública bajo los principios del monopolio y de la intervención de empresas (art. 128,2) o la planificación del art. 131²¹.

A mi juicio, todas estas razones pueden ser demostrativas de la ambigüedad del texto constitucional producto de la necesidad del "consenso" en materia económica, pero no acaban de explicar por qué el art. 38 otorga a la libertad de empresa dentro del marco de la economía de mercado papel tan sumamente preponderante sobre el resto de los principios económicos.

Entre quienes piensan que la constitución económica española es privada tiene un valor muy relativo. Basta con pensar en la diferencial, sólo cabe la vía explicativa, más o menos convincente, de García Pelayo, quien pretende hacer un análisis semántico de las expresiones "libertad de empresa" y "economía de mercado".

La línea argumental de García Pelayo, en el sentido de relativizar los conceptos o principios cercanos al modelo económico neocapitalista, comienza por el derecho de propiedad privada reconocido en el art. 33,1 y que opera como condición para el ejercicio de la libertad de empresa del art. 38. Para este autor, el reconocimiento de este derecho carece de valor a la hora de precisar el modelo económico de nuestra Constitución, no sólo por la función social que se le atribuye y las limitaciones que se deducen del conjunto de la constitución económica, sino también porque el concepto de propiedad de contenido entre la propiedad privada pasiva (la de los propietarios de acciones con escaso poder o control efectivo de la sociedad) y la propiedad privada activa (la de quienes tienen el control de la sociedad y escaso interés accionario); la diferencia que existe entre la gran empresa y la gestionada por el propietario o la unidad familiar;

21. R. GARCÍA COTARELO, ob. cit, pp. 78-79.

las empresas autogestionadas por los trabajadores y las cooperativas sin afán de lucro a que se refiere el art. 129 de la Constitución, Todos son supuestos de propiedad privada en el ejercicio de la libertad de empresas²².

En cuanto al derecho de la libertad de empresa, García Pelayo no discute su posición privilegiada desde el punto de vista constitucional en función del art. 53 y concordantes, sino que trata sólo de mostrar la ambivalencia de su significado, ya que encierra, al menos, dos significados: a) como "derecho subjetivo —incluido entre los derechos fundamentales— a participar libremente por aportación de recursos privados en la fundación, mantenimiento y reproducción de empresas económicas" o b) como "facultad de cada empresa —con independencia de su *status* social o jurídico— para decidir sobre sus objetivos y establecer su propia planificación en función de sus recursos, de las demandas actuales y potenciales del mercado y de otras variables a considerar". Así pues, libertad de empresa no opone el sector público al privado, sino "la autonomía de decisión y planificación a la 'economía de mando' (Lenin, Grossman) o de planificación centralizada e imperativa en que las empresas son simples ejecutantes de las decisiones tomadas por el centro planificador en vez de orientarse por las relaciones de mercado"²³.

En atención a estas consideraciones, es evidente que la categoría de derecho fundamental otorgada a la libertad de empresa, no significa necesariamente la consagración del modelo neocapitalista, ya que puede entenderse dicha libertad de empresa de un modo distinto al de simple oposición entre iniciativa privada y pública.

Lo mismo ocurre con la expresión "economía de mercado" que, según el art. 38, constituye el marco del principio de la libertad de empresa. La oposición entre economía de mercado y economía planificada, equiparando aquélla al sistema capitalista y ésta al socialista, es demasiado simplista, ya que "aún dentro del sistema capitalista el concepto de economía de mercado tiene varias versiones y economía de mercado y socialismos han dejado de ser términos antagónicos tanto en la teoría como en la praxis"²⁴. Dentro del propio sistema capitalista se suele aplicar la misma denominación de economía de mercado a modelos muy dispares, que van desde el liberal clásico en que el Estado se limitaba a crear un orden jurídico básico en donde

22. M. GARCÍA PELAYO, ob. cit., pp. 32 y ss.

23. M. GARCÍA PELAYO, ob. cit., p. 39.

24. M. GARCÍA PELAYO, ob. cit., p. 40.

se desarrollaban libremente las fuerzas económicas, hasta el Estado moderno planificador que controla y dirige la actividad espontánea de los mecanismos económicos en los sectores de libre decisión. De ahí que se hayan acercado los extremos llegando a considerarse a la planificación y al mercado como dos mecanismos reguladores complementarios del orden económico.

Pues bien, en atención a ello García Pelayo entiende que se pueden distinguir cuatro sistemas de mercado tomando en consideración las formas de control sobre la producción (el consumidor o el Estado) y las dos formas de propiedad (pública y privada): 1) Soberanía del consumidor y empresa privada (Europa occidental y Norteamérica). 2) Soberanía del planificador y empresa privada (países en que el Gobierno es principal consumidor de la empresa privada, a la que tasa o subsidia). 3) Soberanía de consumidor con empresa pública (Yugoeslavia y, en cierto modo, Hungría). 4) Soberanía del planificador y empresa pública (URSS y Europa oriental)²⁵.

Así pues, el marco en que se ha de desarrollar la libertad de empresa y que el art. 38 denomina "economía de mercado", tampoco obliga necesariamente a considerar consagrado en la Constitución económica española el modelo neocapitalista.

3.—La posición de García-Pelayo, sumamente sugerente, debería de conducir necesariamente a defender la neutralidad de la Constitución económica española. Y, ciertamente, opera de modo neutral en la medida en que posibilita, en principio, la aplicación de cualquier programa político económico. Estoy de acuerdo con los autores acabados de citar en el sentido de que la Constitución española, tal y como ya habían comentado los representantes de los partidos políticos de 1978, no consagra ningún modelo económico concreto.

Ahora bien, esta plurivalencia de la Constitución económica española tiene dos fronteras determinadas por la realidad socioeconómica en cuyas coordenadas la Constitución es elaborada, y por cierta preeminencia concedida a la libertad económica.

En efecto, la Constitución no ha nacido desvinculada de la realidad, sino dentro de un determinado contexto social, político y económico. En la medida en que no se ha modificado radicalmente dicho contexto y la Constitución no ha impedido su evolución y continuidad, es evidente que nuestra Constitución económica es neutral,

25. M. GARCÍA PELAYO, ob. cit., p. 45. 164

pero complaciente con un sistema que podemos caracterizar de neocapitalista, "un sistema sustentado sobre la economía de mercado, aunque con fuertes componentes oligopolistas, cuyos actores principales son las empresas privadas, pero en el que el Estado no sólo tiene la función de regulador jurídico, administrativo y económico del sistema, sino que simultáneamente tiene a su cargo una función social... para cuya realización procede a redistribuir una parte importante del producto nacional en forma de prestaciones, lo que contribuye a aumentar la demanda de bienes y servicios" ²⁶.

Con anterioridad a la entrada en vigor de nuestra Constitución, la doctrina se había pronunciado sobre la conveniencia de que consagrara un sistema de economía mixta, donde convivieran la iniciativa pública y privada, el libre mercado y la planificación, "definido por el funcionamiento del mercado con una intervención correctora y progresivamente creciente del sector público" ²⁷. Este sistema de economía mixta ha sido defendido también, aunque quizás no expresamente, por quienes preconizaron más bien un sistema de "economía social de mercado" siguiendo la nomenclatura sentada por la Ley Fundamental de Bonn²⁸. Pues bien, en realidad cuando se están refiriendo al sistema de economía mixta o de economía social de mercado, no se está reconociendo la existencia de un modelo económico en la Constitución, sino más bien negando, en cualquier caso, el modelo liberal. Es decir, se está reconociendo el primer límite a la neutralidad constitucional de que hablábamos. La Constitución no renuncia a la función social de las libertades económicas reconocidas, ni a los intereses generales como limitadores de las iniciativas privadas en el campo económico.

Hoy no es equivocado decir que el sistema económico abandonado a la libertad natural de los individuos, tiene que ser definitiva-

26. Descripción del sistema económico vigente en el país cuando fue elaborada la Constitución, según M. GARCÍA PELAYO, ob. cit., p. 50.

27. V. VALLE SANCHEZ, ob. cit., p. 288. En el sentido del texto también J. F. DUQUE, *Iniciativa privada y empresa*, en *Constitución y Economía (La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales)*, cit., pp. 58-59.

28. Así L. M. CAZORLA PRIETO, *El marco económico en el Anteproyecto constitucional: intervencionismo y planificación*, en *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, CEC, Madrid, 1978, p. 247i, para quien "no se bloquea la posibilidad de otro sistema" (p. 257); y C. MARTÍNEZ ESTERUELAS, *El principio de libre iniciativa económica privada en el Anteproyecto de Constitución*, en *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, CEC, Madrid, 1978, p. 298.

mente abandonado. No en vano se han producido en el siglo XX las dos guerras mundiales, las dictaduras socialistas y fascistas, la terminación del colonialismo y la entrada en acción del tercer mundo, la inflación desbordada, las restricciones energéticas y el prodigioso avance de la técnica, el consumo y el aumento de la población mundial²⁹.

La Constitución refleja claramente cuanto venimos diciendo³⁰, como se deduce de la tensión, necesitada de constante equilibrio, entre el art. 38, donde se reconoce la libertad de empresa como derecho fundamental, y los arts. 128 y 131, donde se consagra la intervención pública y la planificación.

El primer límite a la neutralidad constitucional vendría dado, pues, por la imposibilidad de renunciar a aquellos intereses generales que exigen una cierta intervención estatal (pleno empleo, política fiscal, estabilidad monetaria, recursos internacionales, protección del medio ambiente, etc.) y que, por tanto, impiden retornar a un liberalismo puro.

El segundo límite estriba en la imposibilidad de admitir un sistema económico de planificación total, centralizada e imperativa que ahogara cualquier iniciativa empresarial autónoma³¹. En efecto, aún en el caso de que no entendiéramos la libertad de empresa de que habla el art. 38, en el sentido del sistema neocapitalista, cualquier programa económico necesita, para ser constitucional, respetar el derecho fundamental (debidamente garantizado por el art. 53) de la libertad de empresa en cualquiera de sus sentidos. Ese respeto no se conseguiría en un sistema de dirigismo económico que impidiera esa libertad de empresa incluso en la forma que simplemente la identifica con un cierto grado de autonomía.

Con conciencia de estas dos limitaciones, podemos reconocer como cierta la afirmación de que la constitución económica española es neutral y permite la aplicación de cualquier programa político económico.

29. I. M. DE LOJENDIO, ob. cit., pp. 85-86.

30. Pese a que R. GARCÍA COTARELO, ob. cit., p. 79, lamenta, exageradamente, la ausencia de una declaración expresa constitucional del sistema seguido: "cabe preguntarse si no hubiera sido mejor encontrar una fórmula de sancionar lo que, a todas luces, es una *economía mixta*".

31. Tanto Duque como Font consideran incompatible la libertad de empresa con la planificación total y vinculante, Vid. J. I. FONT, ob. cit. p. 228. Parece admitir la compatibilidad R. GARCÍA COTARELO, ob. cit., pp. 79-80.

IV. Marco constitucional del Derecho penal económico. Objeto de protección jurídico penal

El Derecho penal económico tiene un carácter accesorio en el sentido de que no crea sus propios objetos de protección jurídica, sino que éstos le son dados por el Derecho económico o por la Constitución económica. Lo que nos proponemos ahora es conocer aquellos bienes jurídicos que la Constitución económica recoge y considerar si se hacen o no merecedores de protección jurídico penal. No se trata de una simple labor de constatación en la medida en que, como ya hemos advertido, la Constitución adolece de ambigüedad. Al contrario, tendremos que ir indagando a través de las distintas palabras utilizadas en la Constitución económica, fundamentalmente en el art. 38, para determinar en qué casos se está queriendo elevar el objeto, interés o valor a que se refieren, en bienes de protección jurídica.

Antes de nada resulta necesario delimitar el marco constitucional en el que debe desenvolverse el Derecho penal económico, marco que servirá como "límite exterior máximo del objeto de protección, lo que significa tanto como la delimitación del reductor más allá del cual resultará inaceptable pretextar la naturaleza 'socio-económica' de cualquier incriminación penal"³². Ese marco queda claramente reflejado en el propio art. 38, donde se resume la tensión constitucional entre iniciativa privada y pública, libertad de mercado y planificación, regulación espontánea y regulación dirigida del mercado, libertad de competencia y actividad monopolística, defensa de los intereses del empresario y defensa de los intereses de los trabajadores y consumidores y defensa del medio ambiente.

Gran parte de estos bienes jurídicos se mueven en la categoría de los llamados intereses colectivos difusos, cuya defensa suele partir de la necesidad de proteger la función social atribuida a intereses de carácter individualista, tales como la propiedad (art. 33) o la propia libertad de empresa (art. 38) y que puede concretarse —siguiendo a Font Galán— en el interés de la familia por su protección económica (art. 39,1); el interés de las clases económicas débiles en una distribución más equitativa de la renta y de la riqueza (art. 40,1); interés de los trabajadores por el pleno empleo (art. 40,1) o por obtener empleo en el propio país (art. 42); interés de las comunidades autó-

32. J. M. STAMPA-E. BACIGALUPO, *La reforma del Derecho penal económico español. (Informe sobre el Título VIH del Proyecto de Código penal de 1980)*, Madrid, 1980, p. 26.

nomas de una distribución más equitativa de la renta nacional (art. 40,1); los intereses económicos de los consumidores (art. 51,1); los intereses generales de la planificación económica (art. 131,1), etc. Son estos intereses difusos, objetos de protección jurídica, los que vuelven a cobrar relevancia en el ámbito jurídico penal a través del Derecho penal económico como defensa de los trabajadores, consumidores, ahorradores o competidores, o de la entera colectividad contra la actividad empresarial malintencionada³³.

Conviene advertir, por último y antes de entrar en el estudio de cada uno de los bienes jurídicos objeto de protección constitucional, que la defensa de los intereses de carácter colectivo en delitos cuyo sujeto activo va a ser, normalmente, el empresario, no debe conducir a una política criminal que partiera de la presunción de que todo empresario es un evasor de capitales o un delincuente fiscal en potencia; o que todo trabajador es, mientras no se demuestre lo contrario, un defraudador de la seguridad social; o que el consumidor oculta al enemigo político que quiere socavar los cimientos del sistema económico. No es la desconfianza hacia el deudor lo que debe servir de guía para la creación del delito de quiebra o alzamiento de bienes; ni la desconfianza al competidor debe fundamentar el delito de usurpación de patentes; ni la desconfianza hacia el empresario debe explicar los delitos monetarios, los delitos laborales o el delito fiscal. Muy por el contrario, el Derecho penal económico debe tener como única guía la protección de los intereses de los protagonistas del sistema económico, es decir, del acreedor comerciante, del inventor, del trabajador o de los intereses económicos generales o colectivos.

1. *La economía nacional*

La economía nacional no es un bien jurídico penalmente protegido. Con ello quiero decir que no sólo no aparece como objeto de protección jurídico penal en el Derecho vigente, sino que por otra parte carece de la entidad necesaria para convertirse en bien jurídico en sentido técnico.

Sin embargo, la economía nacional aparece citada en el art. 38 de la Constitución, o en los arts. 238 y 562 del Código penal y, principalmente en el art. 6 de la Ley de Control de Cambios al definir

33. Cfr. C. PEDRAZZI, // *diritto pénale dell'economía nell'odierna esperienza italiana*, ponencia presentada en *Jornadas de estudios ^sobre delitos económicos y economía de mercado*, organizadas por la Fundación FIES de CECA en Madrid, 24 y 25 septiembre 1981, p. 6.

los delitos monetarios ("cometen delito monetario en perjuicio de la economía nacional").

Pues bien, estas referencias han permitido a un sector doctrinal convertir la "economía nacional" en bien jurídico protegido, principalmente, frente a los delitos monetarios. Así Muñoz Conde ha señalado que, al darle a la autorización administrativa en los delitos monetarios importancia fundamental en la constitución de los supuestos de hecho, "se corre el peligro de convertirlos en puras infracciones formales, en delitos de peligro abstracto para la economía nacional, cuya única diferencia con las infracciones administrativas en la misma materia sería la puramente cuantitativa... oscureciendo el *bien jurídico 'economía nacional'* o convirtiéndole en un bien de secundaria importancia en la configuración de los delitos" ³⁴. Del mismo modo Gómez Benítez, para huir del formalismo que implica considerar como bien jurídico en los delitos monetarios el interés de la Administración pública en el control de los medios de pago internacionales³⁵, preconiza la economía nacional como bien jurídico³⁶.

La cuestión planteada no es intrascendente. Hay que partir de la base de que el bien jurídico protegido es, dogmáticamente hablando, un elemento del tipo de injusto y que, por tanto, la lesión o puesta en peligro de la economía nacional sería imprescindible para la consumación del hecho delictivo y se convierte en uno de los elementos que necesariamente deben ser abarcados por el dolo. Trataré de demostrar a continuación, que la economía nacional no puede ser lesionada ni puesta en peligro por los delitos monetarios y que, por lo tanto, nunca pudo ser concebida como bien jurídico protegido.

Lo primero que hay que preguntarse es qué se entiende por economía nacional. En la ciencia económica la expresión "economía nacional" no es un término técnico con contenido preciso, sino una fórmula vaga que es necesario concretar. La primera concreción que se puede encontrar es la que identifica la economía nacional con la su-

34. F. MUÑOZ CONDE, *La ideología de los delitos contra el orden socio—económico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*, ponencia presentada a las *Jornadas de estudios sobre Delitos económicos y Economía de mercado*, cit. Se ha publicado en *Cuadernos de Política criminal*, 1982, n.º 16, pp. 107 y ss.

35. Así lo he entendido yo en *Derecho penal económico*, Madrid, 1978, p. 459.

36. J. M. GÓMEZ EENITEZ, *Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código penal*, en *Anuario de Derecho penal*, 1980, p. 490.

ma de capitales y rentas de cada una de las personas (físicas o jurídicas) que componen la comunidad nacional, o "el total de ingresos recibidos por los factores (salarios, intereses, rentas de la tierra y beneficios) y que son costos de la producción de los bienes finales elaborados por la comunidad"³⁷. Pues bien, desde esta perspectiva prácticamente ningún delito monetario podría lesionar o poner en peligro el pretendido bien jurídico. Sólo podrían ostentar tal cualidad lesiva las actitudes de prodigalidad del residente en favor del no residente. Pero no así cuando el residente comete delitos tales como colocación de capital en el extranjero sin autorización, o cuando realiza una inversión exterior también sin autorización, o cuando no cede al Estado las divisas que posee. En ninguno de estos casos decrece la suma de capitales y rentas sino que, al contrario, probablemente, se aumente.

También podría entenderse economía nacional como el bienestar social al estilo de la llamada Economía del bienestar³⁸. Pero se trata de un concepto tan vago que no permite más determinación que la que haga el Gobierno concreto con su política económica. Imagínese el lector de qué modo puede un juez, sin atender exclusivamente a si el hecho enjuiciado contravino o no el sistema legal del control de cambios, decidir la lesividad de un delito monetario con los criterios que nos ofrece esta escuela económica. El primer criterio ofrecido (juicio de valor paretiano) lo explica Winch así: "la mayor parte de la teoría económica del bienestar convencional se basa —siguiendo a Pareto— en el supuesto valorativo de que el bienestar social aumenta cuando mejora la situación de una persona sin que empeore la de las demás"³⁹. Otro de los criterios ofrecidos es el principio de Kal-dor-Hicks que reza así: "si como consecuencia de un cambio en la política económica mejora la situación de algunas personas y empeora la de otras, y los que salen ganando pueden compensar a los que salen perdiendo, de forma que, tras el equilibrio, la situación de todo el mundo sea mejor, tal cambio aumentará el bienestar"⁴⁰.

Estos criterios, a mi juicio, son válidos para valorar la política económica de un Gobierno, pero de ningún modo pueden servir para

37. Esta es la definición que da P. A. SAMUELSON, *Curso de Economía Moderna* (trad. de J. I. Sampedro), adaptado a la 6.^a edición americana por J. L. Barinaga, Madrid, 1973, p. 210, del producto nacional neto.

38. vSobre esta escuela vid. E. J. MISHAN, *Economía del bienestar*, Ed. Rialp (trad. J. R. Alvarez Rendueles), Madrid, 1969.

39. D. M. WINCH, *Economía analítica del bienestar*, Alianza Universidad (trad. de A. L. Borregas), Madrid, 1975, p. 30.

40. D. M. WINCH, ob. cit., p. 156.

determinar si un hecho (una transacción exterior) sometido a valoración judicial, afecta o no el bienestar aunque sólo fuera por la razón de la necesidad de tener una amplia perspectiva histórica para su aplicación. El juez no tiene más capacidad operativa dentro del proceso que precisar si se han cumplido o no las directrices de la política económica del Gobierno, en nuestro caso la reflejada en la normativa sobre el control de cambios.

Una tercera hipótesis sería entender por lesión (o puesta en peligro) de la economía nacional la afectación, en sentido negativo, de alguna de las magnitudes macroeconómicas: producto nacional, renta nacional, balanza de pagos, tipo de cambio exterior, flujo circular de la renta, nivel de reservas, etc. La tesis sería que si tales magnitudes se vieran menoscabadas con el delito monetario hablaríamos de lesión de la economía nacional.

Tampoco este entendimiento es sostenible por las siguientes razones:

1.—Los efectos negativos en dichas magnitudes macroeconómicas los producen igualmente tanto los hechos que implican delito monetario como los que son considerados lícitos. El mismo débito produce en la balanza de pagos una inversión exterior "santificada" con todas las autorizaciones administrativas como una ilícita evasión de capitales.

2.—Dos actos igualmente delictivos pueden producir efectos opuestos en una concreta magnitud macroeconómica (revaluación-devaluación, déficit-superávit, etc.). Por ejemplo, una exportación de pesetas implica un débito en la balanza de pagos, mientras una importación de pesetas se incluye en la partida acreedora. Ambas conductas son delictivas, mientras no medie autorización, produciendo efectos contrapuestos en la balanza de pagos, por lo que el impacto negativo o deudor en la balanza de pagos nada tiene que ver con el carácter lesivo del delito.

3.—LOS efectos negativos pueden producir beneficios a largo plazo. Una inversión en el exterior a parte de su efecto negativo en la balanza de pagos, puede colaborar en una tendencia a la baja de la peseta, pero a la larga, con una hábil actuación empresarial, puede constituir factor importante de la estabilidad de la balanza y del tipo de cambio.

4.—Un juicio disvalioso sobre los efectos negativos en una magnitud macroeconómica no es posible emitirlo sobre un hecho aislado de toda la política económica en su conjunto y necesita, en todo ca-

so, una notable perspectiva histórica. Y aún así resulta arriesgado emitir un juicio de valor. En este sentido resulta ilustrativo el trabajo de Cuadrado Roura que trata de enjuiciar la política de inversiones extranjeras en España desde 1959 hasta 1974, y llega a la conclusión de que no puede valorar sino limitarse a determinar los efectos positivos y negativos, según los rigurosos datos estadísticos manejados, invitando al lector a tomar postura con los elementos de juicio aportados⁴¹. Si un estudio analítico riguroso no permite valorar toda la política económica durante casi dos décadas en orden al beneficio o lesión que haya producido a los intereses económicos generales, ¿cómo un juez puede valorar un hecho aislado en atención al efecto negativo que haya podido producir en una magnitud macroeconómica?

Pongamos algunos ejemplos. Una exportación de capital extranjero o la simple no cesión al Estado de las divisas poseídas por un residente afecta negativamente a una magnitud macroeconómica: el nivel de reservas. Sin embargo, su disminución puede entenderse beneficiosa o, al menos, indiferente. En efecto, las reservas de moneda extranjera en un sistema de cambio fijo no son útiles por encima de un determinado nivel en cuyo caso "las divisas sólo son útiles si se gastan en bienes y servicios"⁴². "Por supuesto que nadie debe alarmarse cuando un país pierde algo de sus reservas. Para ello están"⁴³.

La exportación o importación de capitales puede producir en determinados casos fenómenos de devaluación o revaluación de la moneda. Pues bien, ni la devaluación es síntoma de enfermedad ni la revaluación de salud. Una exportación de pesetas (delito monetario) para adquirir tecnología a la vez que puede ser factor de la devaluación, podría coadyuvar a una disminución de costes y precios interiores y a un aumento del empleo.

A la vista de las anteriores consideraciones podemos sostener que no es la economía nacional el bien jurídico protegido en los delitos monetarios. O dicho de otro modo, de exigir, para la existencia de delito monetario, la lesión (o puesta en peligro) de la economía nacional, no sería posible aplicar la Ley penal por atipicidad de la práctica totalidad de los comportamientos, ya que resulta imposible

41. J. R. CUADRADO ROURA, *Las inversiones extranjeras en España: una reconsideración*, Lección inaugural del curso 1974, Málaga, 1975, pp. 53 y ss. y *passim*.

42. R. G. LIPSEY, *Introducción a la Economía positiva* (trad. de J. Morála), Barcelona, 1973, p. 617.

43. R. G. LIPSEY, *ob. cit.*, p. 767.

determinar si han lesionado o no la economía nacional. Claro está que cada hecho produce unos efectos negativos y positivos que pueden compensarse y valorarse en orden a determinar su lesividad para la economía nacional. Pero la LCC, como no podía ser menos, ha decidido que tal valoración la realice el Gobierno exigiendo, para la tipicidad del hecho, que "contraviniera el sistema legal de control de cambios" desplazando el bien jurídico de la economía nacional (cuya defensa permanece como último objetivo de la Ley) a la política económica del Gobierno. Si la Ley hubiera abandonado en manos de la interpretación judicial la determinación de la lesividad del hecho respecto de la economía nacional, dadas las circunstancias complejas de esta valoración se hubiera producido una indeseable inseguridad jurídica sin precedentes ni equivalentes en el Derecho comparado.

Posiblemente detrás de esta polémica haya una cuestión semántica que convierte a la discusión en un bizantinismo. Efectivamente esto ocurriría desde el momento en que se confundiera economía nacional con política económica de un Gobierno o con orden económico-social. Así entendida la economía nacional puede figurar como bien jurídico protegido pero se trataría de lo que se denomina más comúnmente "orden económico" y al que me refiero en el apartado siguiente. En cualquier caso, si identificamos economía nacional con política económica de Gobierno o con orden económico, no hemos ganado contenido sustancial alguno del que pretendían Muñoz Conde y Gómez Benítez, como expuse al principio del epígrafe.

También puede identificarse economía nacional como algo parecido a la propiedad pública o a lo que Pedrazzi describe como "el potencial económico de la nación, incorporado entre otros en los bienes materiales que representan el fruto de la actividad económica pasada y el instrumento de la futura" ⁴⁴. Pero en ese caso la economía como bien jurídico protegido se materializa en objetos físicos que sólo son susceptibles de ser atacados mediante delitos de daños o incendios.

2. *El orden económico*

El "orden económico y social justo" a que se refiere el Preámbulo de la Constitución, constituye una de las expresiones que más

44. C. PEDRAZZI, voz *Delitti contra la economia pubblica, industria e commercio*, en *Enciclopedia del Diritto*, XIV, 1965, p. 3 de la separata. La expresión "economía pubblica" del título VIII del L. II del Código penal italiano es entendida por Pedrazzi como "conjunto de la actividad económica que se desarrolla en el ámbito de una nación", concepción mucho más difusa que

enjundia se le quiere atribuir en la llamada constitución económica⁴⁵. El orden económico supone la intervención pública en la medida en que ya nadie cree en la regulación espontánea del mercado por el equilibrio natural de las fuerzas que en él operan y, por ello, es una de las claves para mantener que nuestra Constitución reconoce un sistema de economía mixta.

A mi juicio, el orden económico a que se refiere el Preámbulo de la Constitución no difiere del que se considera objeto de protección en el llamado Derecho penal económico⁴⁶ y he mantenido que ese orden económico tiene dos formas de manifestación: una estricta y otra amplia. En sentido estricto el orden económico ha de entenderse como "regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía". En sentido amplio el orden económico es la "regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios".

Pues bien, aunque el orden económico, en uno u otro sentido, es decir, en sentido estricto o amplio, es objeto de protección jurídica, entiendo que en su aspecto amplio *nunca* se presenta como bien jurídico protegido en un sentido técnico, en el ámbito penal. Esto quiere decir, que nunca se presenta como elemento del tipo de injusto, con las consecuencias de que no necesita ser abarcado por el dolo del autor, ni es precisa su lesión o puesta en peligro para la consumación del delito. Cuando hablamos de orden económico en sentido estricto podemos, por el contrario, mantener su condición de bien jurídico en sentido técnico siempre que se entienda de forma adecuada. Es decir, en puridad el orden económico entendido como "regulación jurídica" no suele aparecer como bien jurídico, concretándose más bien en un *interés del Estado* susceptible de concreción en cada figura delictiva particular. Por ejemplo, las Leyes que castigan los delitos monetarios tratan de proteger el orden económico, es decir, la regulación jurídica del intervencionismo estatal en las transacciones con el exterior, pero, este objeto de protección puede concretarse en el interior de la Administración pública en el control de los medios de pago internacionales. En los delitos monetarios, por otra parte, la confusión entre el orden económico como regulación jurídica y el interés es bastante acusada, ya que la prueba de la lesión del interés estriba en la infracción de la "regulación jurídica" del control de cam-

las anteriores que no puede operar nunca como objeto de protección jurídica, sino más bien como objetivo político criminal.

45. Cfr. R. GARCÍA COTARELO, op. cit., pp. 75-76; J. I. FONT, ob. cit., p. 213.

46. Vid. M. BAJO FERNANDEZ, *Derecho penal económico*, cit., pp. 37

y siguientes.

bios. En otros casos no se produce esa confusión sino un mayor distanciamiento. Tal es el caso de los delitos relativos a alteraciones de precios en donde el bien jurídico se concreta en el interés de la administración en el logro de una política concreta de precios, bien la que atiende al principio de la libre competencia, bien la que atiende al principio del control de precios ⁴⁷, o el delito fiscal en que el bien jurídico es el erario público.

En conclusión, sólo el orden económico en sentido estricto aparece como bien jurídico protegido, si bien se concreta en un determinado interés de la Administración.

Como es sabido, el Gobierno ha presentado un Proyecto de Ley orgánica de Código penal en el Parlamento en el año 1980 conteniendo un polémico título VIII sobre delitos contra el Orden socio-económico. Alrededor de este título se han erigido preocupaciones, miedos, esperanzas e, incluso, demagogias y falsedades. La crítica, positiva y negativa, que sobre él se levantó, afectó a la propia rúbrica, acabando por convertirse en elucubraciones, a mi juicio equivocadas, sobre el orden socio-económico como bien jurídico protegido.

Las críticas que se han formulado parten, normalmente, de una premisa falsa, y es que el Orden socio-económico constituye el bien jurídico protegido en todos los delitos del título VIII. Sobre esta premisa falsa se construye la crítica que continúa demostrando, caso por caso, que ello no es así. A mi juicio, no merece la pena aportar argumentaciones de convicción ni de autoridad para demostrar la evidencia de que las rúbricas de los apartados de un Código pueden coherentemente jugar el papel de ordenación sistemática, a través de la referencia a bienes jurídicos, objetos de la acción, motivos políticos criminales, etc... El orden socio-económico a que se refiere el título VIII del Proyecto de Código penal de 1980 constituye un criterio de agrupación sistemática de algunas figuras delictivas en atención a lo que se viene entendiendo por orden económico como objeto de protección constitucional y jurídica, sin dar a entender, por ello, que ese orden económico se convierta en bien jurídico protegido de las figuras delictivas del título (y sólo de ellas) con las consecuencias pertinentes en orden al tipo de injusto, dolo, consumación, participación, etc...

La Exposición de Motivos del Proyecto observa que "se otorga carta de naturaleza como objeto de protección penal al orden eco-

47. Vid. M. BAJO FERNANDEZ, *Derecho penal económico*, cit, pp. 311 y siguientes.

nómico entendido en un sentido amplio, como equivalente a regulación de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios", refiriéndose con ello a los delitos recogidos en el repetido título VIII. Pues bien, respecto a esta observación de la Exposición de Motivos dicen Stampa-Bacigalupo que esta definición "es tanto como hacer todavía más imprecisos los contornos de ese supuesto bien jurídico, identificado así con el propio concepto primario de la economía en general" ⁴⁸. Y comentando la misma frase hace Muñoz Conde la siguiente consideración: "que un orden económico así entendido es incapaz de servir de bien jurídico común y de criterio rector en la interpretación de los concretos tipos penales es algo tan evidente que apenas necesita ser señalado" ⁴⁹.

A mi juicio, estas críticas son precipitadas y, en la medida en que la Exposición de motivos del Proyecto parte de un concepto de orden económico semejante al mantenido por mí ^M, me interesa hacer algunas precisiones. En primer lugar, es falsa la pretendida identificación entre el concepto de orden económico que recoge la Exposición de Motivos y un pretendido "concepto primario de la economía en general". Sin hacer profundizaciones innecesarias, basta con observar que cuando el Proyecto habla de orden económico lo hace como "regulación", dando por entendido que dicha regulación es una ordenación estatal o jurídica. Cualquier cosa que se defina como "regulación jurídica" ⁵¹ nunca puede ser un "concepto primario de la economía en general".

En segundo lugar, creo interpretar adecuadamente la *voluntas legislatoris* si niego que en la Exposición de Motivos del Proyecto al referirse al orden económico se pretendiera definir un "bien jurídico". Ciertamente se habla de un "objeto de protección penal", pero esta expresión está utilizada más en el sentido genérico de objetivo político criminal que en el sentido técnico de bien jurídico. En otras palabras, la Exposición de Motivos no intenta vincular al dogmático para que considere el orden económico como un elemento del tipo de injusto de cada figura delictiva del título VIII que debe ser abarcado por el dolo para la aplicación de la pena y que necesita ser lesionado para la consumación.

En definitiva, conviene tener presente que cuando la Exposición de Motivos se refiere al orden económico en sentido amplio, simple-

48. J. M. STAMPA-E. BACIGALUPO, ob. cit., pp. 24-25.

49. F. MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 6.

50. Vid. M. BAJO FERNANDEZ, ob. cit., p. 40.

51. Vid. nota anterior.

mente está describiendo un objetivo político criminal que ha servido de criterio sistematizador para agrupar determinadas figuras delictivas bajo el común denominador de "delitos contra el orden económico".

3. *La Propiedad*

Aunque el art. 38 no se refiere al derecho de propiedad puede afirmarse que éste es presupuesto o condición para el ejercicio de la libertad de empresa⁵². Aunque empresa y propiedad son dos conceptos distintos, soportan la suficiente correlación como para que la regulación jurídica de ciertas parcelas del orden económico afecten tanto a los empresarios como a los propietarios. Ejemplo de ello son, según Duque, el buque y el fundo cuyo propietario disfruta como tal de los beneficios que reportan en el comercio marítimo o en la explotación agrícola respectivamente⁵³.

De esta observación resulta que la protección penal de la propiedad puede, en ocasiones, confundirse con la del orden económico sin que ello suponga ninguna contradicción interna. Así salimos del paso también de ciertas críticas emitidas contra el citado título VIII del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal en el sentido de no diferenciar claramente el orden económico y la propiedad como objetos de protección. Si, en ocasiones, no se distingue adecuadamente, es porque son dos conceptos que están interrelacionados como acabamos de ver.

La Constitución hace referencia a tres formas de propiedad. De un lado, la propiedad privada delimitada en su contenido, de acuerdo con las leyes, por su función social (art. 33). De otro lado, también se reconoce la propiedad del sector público, al que se le podrán reservar recursos o servicios esenciales (art. 128,2). Por último, se piensa en una propiedad colectiva, distinta de la pública, facilitando el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción (art. 129,2)^M.

A mi juicio, no existe ninguna dificultad de coordinación entre este entendimiento de la propiedad a nivel constitucional y la propiedad como bien jurídico protegido tanto en las Leyes penales vigentes como en el Proyecto de Código penal.

52. Así, M. GARCÍA PELAYO, ob. cit., pp. 32-33.

53. J. DUQUE DOMÍNGUEZ, ob. cit., pp. 60-61.

54. Cfr. M. GARCÍA PELAYO, ob. cit., pp. 32-33.

4. *Libertad de competencia*

La competencia económica, como ya hemos visto, constituye —según la tesis de Font Galán— el contenido esencial de la "libertad de empresa en el marco de la economía de mercado" (art. 38) que garantiza como derecho fundamental el art. 53 de la Constitución.

Aún cuando relativicemos al máximo las expresiones "libertad de empresa" y "economía de mercado" como ya indicamos hace García-Pelayo, es innegable que al respetar nuestra Constitución económica el sistema de economía mixta, reconocemos implícitamente que la libertad de competencia constituye uno de los objetos de protección de nuestra Constitución.

Esta libertad de competencia va referida a todos los participantes, sean públicos o privados, en cuanto que se fundamenta en la libertad de empresa (art. 38) y de la iniciativa pública (art. 128,2)⁵⁵.

La libertad de competencia está penalmente protegida de modo imperfecto. De un lado, porque la persecución penal de la infracción convive con disposiciones de índole administrativa cuyas dificultades de coordinación son elevadas. Así ocurre con la ley de Prácticas restrictivas de la competencia de 1963 y el D. de Disciplina de mercado de 1974⁵⁶. Pero, de otro lado, nuestro Derecho penal vigente adolece de importantes lagunas relativas a determinadas formas de competencia desleal, publicidad engañosa, desabastecimiento del mercado, imposición de cláusulas abusivas, prevaliéndose de posición de dominio en el mercado y espionaje industrial.

Todos estos supuestos aparecen, sin embargo, regulados en el Proyecto de Código penal de 1980. Con la acentuación de la protección criminal de la libre competencia no se está acentuando, como pudieran entender algunos, un sistema económico injusto contrario al orden económico democrático que la Constitución preconiza. En primer lugar, no debe olvidarse que se está protegiendo la libre competencia que afecta tanto al sector privado como público y que nada impide que pudiera, en su día, ir referido exclusivamente al sector público en una economía cuyo mercado fuera regulado por la intervención estatal. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que el Proyecto de Código penal está insistiendo preferentemente en aspectos que sólo pueden valorarse de modo progresista. Por ejemplo, al in-

55. Cfr. J. I. FONT, ob. cit., pp. 233-236.

56. Sobre ello vid. M. BAJO FERNANDEZ, ob. cit., pp. 233 y ss., 334 y ss. y 348 y ss.

sistir en diversos casos sobre conductas abusivas está simplemente dando cumplimiento al interesante mandato constitucional de "igualdad" recogido en el art. 9,2, igualdad que se ha considerado como límite constitucional e intrínseco de la libertad de competencia ". Un último ejemplo, lo proporciona el hecho de que el capítulo relativo a la defensa de la libertad de competencia, ha tenido en cuenta también la defensa de los intereses de los consumidores, de modo que aparezcan en un plano de igualdad con los competidores en el marco de la competencia. De este modo, el Proyecto cumplimenta también un precepto constitucional (art. 51) de defensa del consumidor, cuyo carácter nada conservador, ha sido puesto muchas veces de relieve.

5. *Intereses de los trabajadores*

La Constitución económica no podía relegar al olvido a una de las partes más sobresalientes, junto con empresarios y consumidores, del orden económico.

El art. 38, base de la llamada Constitución económica, parece convertir a los trabajadores en protagonistas de tercera fila, ya que respecto a los mismos sólo reconoce un deber: "la productividad". Sin embargo, creo que la referencia a la productividad que hace el art. 38 carece de mayor trascendencia y parece, más bien, una economía hecha por los contribuyentes dentro de sus conocidos pactos.

Más importancia tiene, por el contrario, que el art. 7 atribuya a los sindicatos de trabajadores el mismo papel de contribución a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que a las asociaciones empresariales. Y sobre todo, el reconocimiento como derecho fundamental del derecho a sindicarse y el derecho a la huelga con la limitación de las garantías, fijadas legalmente, del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. Al lado de ello habrá que contar, por último, con los objetivos constitucionalmente reconocidos e impuestos a los poderes públicos de pleno empleo (art. 40,1), régimen de Seguridad Social (art. 41), participación en la empresa y en los organismos públicos, así como acceso a la propiedad de los medios de producción (art. 129,2) y asesoramiento y colaboración a través de los sindicatos en la planificación económica estatal (art. 131,2).

Sin pretender hacer un repaso de la garantía criminal existente a efectos de determinar si todos estos intereses están o no protegidos,

57. Así J. I. FONT, ob. cit., p. 217 nota.

puede aventurarse que el Derecho penal sólo está comenzando en esta tarea de incorporación de los intereses de los trabajadores al elenco de bienes jurídicos. Téngase en cuenta, en cualquier caso, que cuando hablo de intereses de los trabajadores me estoy refiriendo exclusivamente a los intereses que son específicos y propios de ellos como fuerza económica, es decir, como protagonistas, junto a empresarios y consumidores, de un determinado desenvolvimiento económico.

El art. 499 bis del Código penal que tanto ha sido criticado, fue pionero en esta dirección jurídico penal y hay que reconocer que en gran parte la razón de su escasa aplicación procede de que se encuentra a caballo con el poder sancionador de la Administración pública en el orden laboral. El funcionario público encargado de la persecución y castigo de las infracciones laborales, prefiere conservar su poder sancionador que transferirlo, como sería más adecuado, al poder judicial mediante el paso del tanto de culpa al Ministerio Fiscal.

Ciertamente el derecho de huelga tiene una protección jurídica penal no sólo deficiente, sino incluso lesiva de este propio derecho constitucional⁵⁸, pero hay que reconocer que en otros campos, la jurisprudencia penal ha sabido colmar las lagunas legales en defensa de los intereses de los trabajadores. Tal es el caso del castigo como delito de apropiación indebida de los casos de apropiación por parte del empresario de la cuota obrera de la Seguridad Social⁵⁹.

El Proyecto de Código penal (arts. 356 a 362) ha pretendido mejorar la protección de los intereses de los trabajadores regulando los "delitos cometidos con ocasión de las relaciones laborales". Sin embargo, se han emitido acerbias críticas que creen ver "contradicciones alucinantes" y "flagrantes injusticias" en la nueva regulación del Proyecto⁶⁰. No cabe duda que el Proyecto de Código penal estará necesitado de perfeccionamiento, pero también es cierto que mejora sensiblemente la defensa penal de los intereses de los trabajadores en la línea que parece mantener la Constitución económica.

6. *Otros intereses*

Otros intereses están recogidos en la Constitución económica y garantizados a través de figuras criminales. No pretendo hacer un elenco exhaustivo, sino hacer unas últimas consideraciones de interés.

58. Cfr. M. BAJO FERNANDEZ, ob. cit., pp. 548 y ss.

59. Sobre esta cuestión vjd. M. BAJO FERNANDEZ, ob. cit., pp. 544 y ss.

60. Así, por ej., F. MUÑOZ CONDE, ob. cit., pp. 12-13, refiriéndose quizás con razón a los arts. 360 y 361.

Los derechos a la seguridad social o a la redistribución de la renta, o la imposición de una función pública de la riqueza, tienen como contrapartida el deber del ciudadano de colaborar con las cargas públicas mediante el pago de los impuestos pertinentes. En esta línea el delito fiscal del art. 319 del Código penal y las mejoras establecidas en el Proyecto de Código penal, constituyen una buena garantía de defensa de dichos intereses⁶¹.

Se han advertido algunas lagunas en la protección penal. Así, por ejemplo, F. Muñoz Conde⁶² cita los delitos de daños y sabotaje de las empresas públicas, la desobediencia a las órdenes del Gobierno que afectan a la economía nacional, la especulación y el acaparamiento, la utilización indebida de datos y la criminalidad por computadoras. Dejando aparte que las expresiones no son muy exactas, opino que la gran mayoría de estos supuestos son innecesarios, otros atenían contra el carácter fragmentario del Derecho penal regido por el principio de intervención mínima y los últimos resultan ya previstos en el Proyecto de Código penal de 1980.

61. Vid. M. BAJO FERNANDEZ, ob. cit., pp. 551 y ss.

62. F. MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 23.