

## EXPERIENCIAS LATINOAMERICANAS SOBRE LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO EN LA ECONOMÍA DE MERCADO

Esteban RIGHI

SUMARIO: I. *Derecho y economía de mercado.* II. *Origen del derecho penal económico.* III. *Primeras etapas de la intervención del Estado en la economía de América Latina.* IV. *El derecho penal económico en América Latina.* V. *Tendencias actuales en América Latina.* VI. *Conclusiones.*

### I. DERECHO Y ECONOMÍA DE MERCADO

Según el país que se analice pueden advertirse diferencias relativas relacionadas con la forma de cómo surgió en los países europeos el modelo liberal de ejercicio del poder. De todos modos se pueden sistematizar<sup>1</sup> sus concepciones e instituciones fundamentales:

1. El liberalismo fue una reacción contra el absolutismo monárquico, postuló un ejercicio racional del poder y se tradujo en el establecimiento de límites a la autoridad pública. El Estado dejó de tener origen divino derivando su legitimidad del pueblo, del que los gobernantes reciben un poder relativo.

La fundamentación de la legitimidad estatal en los orígenes correspondió a la Ilustración, concibiéndose la división de poderes como el sistema idóneo para debilitar el autoritarismo ejercido por el soberano. El parlamento fue pensado como un ámbito de representación de ideas y no de intereses, en el que mediante un debate público se lograría el triunfo de la razón, correspondiendo a la lógica del modelo la suposición de que si el debate parlamentario suponía confrontación de opiniones y no de intereses sociales, era factible obtener consenso sobre la idea más conveniente.

El órgano legislativo debía albergar a representantes de todo el pueblo, lo que supuso modificar el sistema medieval de cámaras es-

<sup>1</sup> Sobre esto y lo que sigue véase Abendroth y Lenk, *Introducción a la ciencia política*, Barcelona, 1971, pp. 49 y ss.

tamentales en las que estaban representados intereses sectoriales. Su misión fue dictar normas generales y controlar su cumplimiento por el ejecutivo.

Los partidos políticos fueron producto de una evolución ulterior, ya que no estaban previstos en el modelo original que, por otra parte, reservaba el derecho al voto a propietarios e intelectuales, concepción elitista que fue defendida argumentando que la movilidad social sólo estaba condicionada por el esfuerzo individual.

Exigencias derivadas de este intento de racionalizar el poder dieron sentido a la idea de que la opinión pública podía ejercer control sobre la política del Estado, lo que se relaciona con la idea kantiana de identidad entre el imperio de la razón y el dominio de la opinión pública. El ulterior desarrollo industrial dará lugar al auge de la prensa.

2. El sistema económico liberal fue concebido en función de una sociedad integrada por sujetos iguales y libres. Supuso la sustitución de las bases económicas estamentales por la libertad de cambio y de comercio, que permitió la utilización de grandes fuentes de energía que, favorecidas por el progreso técnico, transformaron los estados antes agrarios, en industriales y comerciales.

Se desarrolló la idea de que por exigencias de un orden natural todo individuo debía ser titular de sus intereses, debiendo el Estado no sólo protegerlos, sino también abstenerse de afectarlos. Esta concepción adoptada por los fisiócratas en relación con la propiedad de la tierra, fue transferida a la actividad industrial dando origen al sistema de mercado. La economía se debía organizar según leyes naturales que, dejadas en libertad, producirían el bienestar general.

La organización económica se tradujo en libertad de competencia y de trabajo. El precio del mercado fue concebido como el mecanismo natural de asignación de recursos entre dueños de capital, empresarios y obreros.<sup>2</sup> El sistema postuló que el bien común sería alcanzado mediante la satisfacción del interés individual. Si la búsqueda de ganancia es el estímulo primario de la producción, el interés general sería preservado mediante la ley de oferta y demanda. La producción deberá, inevitablemente, adaptarse a las necesidades sociales, pues si por una parte en el mercado es donde se formulan las ofertas, es también allí donde los consumidores expresan sus necesidades. De tal confrontación surgiría el precio, cuyas oscilaciones debían orientar la economía.<sup>3</sup> Este mecanismo presupone la libre

<sup>2</sup> Cfr., Righi, "El derecho penal y su función en el ámbito de la regulación económica de los países en desarrollo", en *Estudios de derecho económico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1979, vol. III, p. 92.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 93.

movilidad de los factores, así como la atomización y libre funcionamiento del mercado. Ningún propietario puede ejercer influencia en la determinación del precio, es decir, tener poder sobre otro. Sólo así es posible el equilibrio, esto es, una economía sin crisis. El modelo presupone igualdad, entendida como la posibilidad de todo individuo de ser propietario.

Estas “leyes naturales” fueron transferidas al orden internacional y concebidas como garantías de equilibrio y armonía, por lo que desde el punto de vista liberal era preciso preservar el libre comercio y la libertad aduanera.

3. El orden jurídico fue sistematizado por el liberalismo sobre las bases que proporcionaba el principio de legalidad, que, por lo ya dicho, condicionaba los actos del ejecutivo y permitía prever las sentencias de los jueces. El parlamento dicta normas generales, iguales para todos y sólo obligatorias en la medida en que su sanción precediera al acto correspondiente. La voluntad del monarca es sustituida por la de la ley, como consecuencia de exigencias derivadas de la razón. Los privilegios de la nobleza desaparecen por la vigencia del principio de igualdad ante la ley. La codificación supone la confirmación de reglas estables y sistematizadas. Por su parte, el poder judicial debía mantenerse independiente.

La función del Estado consiste en garantizar el imperio de la ley, lo que permite que cada individuo se desarrolle en libertad, sólo limitada por la de los demás. La esfera privada, que incluía la producción y distribución de bienes, no podía ser objeto de regulación legal. Las normas protectoras de los obreros, como el actual derecho del trabajo, eran incompatibles con el sistema liberal.

El iusnaturalismo racionalista será la ideología jurídica que se constituirá en sustento del sistema normativo. La existencia de derechos naturales del hombre, ya había sido utilizada como ariete contra el derecho positivo de la monarquía, que había precedido al liberalismo. Consolidado el Estado liberal, las constituciones consagrarán estos derechos, que no se limitan a la esfera íntima ni a funciones políticas, sino que incluyen otros que sustentan el modelo económico antes descrito: la propiedad privada, la autonomía de la voluntad en materia contractual y las libertades de comercio y trabajo.

La concepción del “Estado gendarme” es la que da sentido a la política interna. Se proclama la neutralidad estatal frente a los acuerdos individuales, debiendo la función pública limitarse a garantizar libertad, igualdad, propiedad y seguridad. Rige el principio de subsidiariedad, en cuya virtud el Estado sólo actúa cuando la voluntad individual no ha sido expresada.

4. La influencia de la Ilustración sobre el derecho penal fue trascendente. Se desarrolló el principio según el cual las penas deben adecuarse a las necesidades del Estado, lo que condujo a la restricción de la pena de muerte y a la eliminación del tormento, ampliándose el ámbito de aplicación de las privativas de libertad. Paralelamente se atenúa el arbitrio judicial, limitado por el imperio de la ley.<sup>4</sup>

El liberalismo facilitará la fundamentación del *ius puniendi* sobre las bases dogmáticas y legislativas de las teorías absolutas, especialmente porque se las consideró las más apropiadas para garantizar seguridad, resultando especialmente importantes las concepciones retributivas de Kant y Hegel<sup>5</sup> y la teoría de las normas de Binding.<sup>6</sup>

a) Se consideró que el deber jurídico es anterior a la sanción y no depende de ella, siendo evidente la inclinación moralizante de este punto de vista, por las dificultades para definir el deber jurídico con independencia de la amenaza de pena.<sup>7</sup> Pese a ello el esfuerzo teórico de la época se orientó a demostrar que es la norma y no la pena la que origina el deber de obediencia, ya que se entendía que utilizar el remedio penal con fines preventivos era lesivo a la dignidad humana.<sup>8</sup>

b) El delito fue concebido como una desobediencia culpable a la norma, lo que presuponía el libre albedrío, esto es, que el autor había sido libre *de* optar entre cumplir la orden del legislador o no hacerlo. El sentido de la pena quedaba agotado en la sanción por la desobediencia, con lo que se obtenía la restauración del derecho, lo que realizaba el ideal de justicia.<sup>9</sup>

c) De la estructura de la norma se dedujo el concepto de "bien jurídico", entendido como todo aquello en cuya preservación tiene interés el derecho desde su perspectiva valorativa. La misión del orden jurídico es proteger dicho interés frente a su lesión o puesta en peligro.<sup>10</sup> Los intereses que son objeto de tutela constituyen el capital de bienes de todo ordenamiento.

<sup>4</sup> Cfr., Welzel, *Derecho penal alemán*, 11a. ed., Santiago de Chile, 1970, pp. 24 y 25.

<sup>5</sup> Cfr., Bacigalupo, "Significación y perspectivas de la oposición derecho penal-política criminal", en *Revue Internationale de Droit Pénal*, A.I.D.P., Madrid-Plasencia, 1978, núm. 1, p. 15; Righi, "El sistema de reacciones en el Código Penal Mexicano", en *Derecho penal y criminología*, México, 1979, p. 3.

<sup>6</sup> Cfr., Kaufmann, Armin, *Teoría de las normas*, Buenos Aires 1977, cap. I.

<sup>7</sup> Bacigalupo, "Significación y perspectivas...", *op. cit. supra* nota 5, p. 29.

<sup>8</sup> *Ibidem*; asimismo Roxin, "Sentido y límites de la pena estatal", en *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, 1976, p. 12.

<sup>9</sup> Bacigalupo, "Significación y perspectivas...", *op. cit. supra* notas, p. 19; Roxin, "Sentido y límites...", *op. cit. supra* nota 8, p. 12.

<sup>10</sup> Cfr., Navarrete, Polaino, *El bien jurídico en el derecho penal*, Universidad de Sevilla, núm. 19, 1974, pp. 108 Y ss.

d) El derecho penal fue entendido como la forma más enérgica de proteger los bienes jurídicos y por consiguiente sólo reservado a los intereses más relevantes, es decir, los “derechos naturales” del hombre (vida, integridad, libertad, igualdad, seguridad, propiedad, etcétera) y los vinculados a la preservación de las instituciones sobre las que se organizó el Estado liberal.

Consiguientemente, la existencia de bienes jurídicos supraindividuales estaba seriamente limitada por la concepción del “Estado gendarme”, no dejando lugar alguno para la existencia del derecho penal económico. Dado que no era misión del Estado intervenir en la vida económica, la legislación penal de la época no contenía delitos económicos.

## II. ORIGEN DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

1. Los principios del liberalismo requirieron adaptaciones, incluso durante el siglo XIX, que fueron consecuencia de la organización de los partidos políticos, la derogación de las normas que prohibían la sindicalización y la ratificación de disposiciones diferenciadas para la regulación del contrato de trabajo, relativamente apartadas de las propias de la locación de servicios.<sup>11</sup>

En la segunda mitad del mismo siglo, el modelo liberal se había desarrollado en Europa Occidental y parte de América. Las crisis periódicas que se produjeron en dicha época no pusieron seriamente en tela de juicio los fundamentos esenciales antes descritos.

La concepción del “Estado gendarme” debió ser abandonada en oportunidad de la Primera Guerra Mundial, oportunidad en la que, especialmente los países beligerantes, debieron adoptar economías dirigidas a enfrentar el conflicto. Pero fue claro que una guerra era una circunstancia excepcional que requería políticas extraordinarias que podrían ser abandonadas en épocas normales.

Terminada la guerra se mantuvo esta interpretación. Las dificultades económicas fueron explicadas como efectos del conflicto. Las perturbaciones monetarias de la posguerra eran desajustes transitorios que serían superados una vez lograda la ansiada estabilización del sistema.<sup>12</sup> Que el progreso dependía de la restauración de la emergencia, quedaba acreditado con el contraste existente entre

<sup>11</sup> *Cf.*, Pérez Miranda, *Derecho económico y relaciones de producción; reporte de investigación No. 32*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1980, p. 19.

<sup>12</sup> Véase la posición adoptada en 1932 por la Sección de Economistas de la Liga de las Naciones en el sentido indicado en el texto, en Dobb, *Estudios sobre el desarrollo del capitalismo*, Buenos Aires, 1971 (1a. ed. en español), p. 379.

una Europa perturbada y la prosperidad que evidenciaban los Estados Unidos.<sup>13</sup>

La crisis de 1929 no pudo ser analizada en la misma forma. Explicarlo como emergencia temporal fue imposible por su carácter general. Recién entonces surgirá la idea de que se estaba frente a una crisis endémica.

Aun cuando no se acepte el punto de vista de que esta crisis puso de manifiesto la inviabilidad del sistema de mercado, no es dudoso que evidenció la imprescindible intervención del Estado en la economía. Esto es así porque la reactivación económica sólo se pudo lograr con políticas gubernamentales que incidieron sobre un mercado deprimido y monopolizado, cuya “mano invisible” no apareció.

2. La expansión económica previa a la crisis de 1929 había favorecido los procesos de concentración y centralización económicas. El desarrollo de grupos monopólicos se aceleró en el último tercio del siglo XIX por la evolución de grandes corporaciones o diversas formas de colusión, que permitían a núcleos numéricamente reducidos el control del mercado y, en consecuencia, la obtención de ganancias extraordinarias.<sup>14</sup> Esta realidad hizo que los Estados Unidos sancionaran la *Sherman Act* en 1890, por la que se adoptó un cuerpo normativo destinado a preservar el sistema de mercado que los países europeos recién reaceptarían después de la Segunda Guerra Mundial.

Que Estados Unidos fuera el primer país en incorporar disposiciones *antitrust* a su legislación penal, se explica por las modalidades de su modelo de desarrollo económico. El crecimiento industrial norteamericano fue estimulado por aranceles proteccionistas que anularon la competencia extranjera y permitieron el nacimiento y expansión de su industria nacional.<sup>15</sup> Es decir, que contrariamente al liberalismo europeo que nació fundamentalmente antiestatal, los Estados Unidos concibieron al poder público como un aliado de la iniciativa privada. Era lógico entonces que frente a la presión de las víctimas de la concentración,<sup>16</sup> fuera ese el primer país en adoptar cierta forma de intervencionismo en lugar del *laissez faire* del mercado.<sup>17</sup>

3. Es importante recordar el proceso que conduce a la superación de la crisis de 1929, signada por la depresión y monopolización del mercado.

La concentración económica había producido distancias entre costos y precios en procura de márgenes de ganancias anormalmen-

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 380.

<sup>14</sup> Pérez Miranda, *op. cit. supra* nota 11, p. 20.

<sup>15</sup> *Cfr.*, Tamames, *La lucha contra los monopolios*, Madrid, 1970, pp. 75 y 76.

<sup>16</sup> *Cfr.*, Farjat, “Enseñanzas de medio siglo de derecho económico”, en *Estudios de derecho económico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1977, vol. II, p. 19.

<sup>17</sup> *Cfr.*, Galán Corona, *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Madrid, 1977, p. 58.

te elevados. La depresión del momento se tradujo en una reducción de la demanda que no necesariamente supuso una disminución de los precios, pues la ausencia de efectiva competencia permitió mantenerlos, haciéndole frente a la caída de la demanda con una reducción en la producción. La tendencia del mercado como consecuencia de la depresión se convierte en causa de desempleo y capacidad ociosa de plantas y equipos, problemas que las prácticas restrictivas tenderán a tornar permanentes.

Se produce así una caída en la inversión, efecto favorecido por prácticas de grupos que no impulsarán la expansión industrial porque controlan el mercado, y obstruirán el surgimiento de nuevos competidores. Este proceso estimula la búsqueda de mercados externos, por lo que disminuye la inversión interna, generando a su vez comprensión del mercado, reducción del consumo y caída del salario.

La conclusión es que, bajo determinadas circunstancias, la concentración favorece una tendencia a la consolidación del aparato productivo, sea la organización monopólica o de control a través de carteles.

Lo importante es que la superación de la crisis de 1929 no fue consecuencia de la acción libre de las fuerzas del mercado, sino de la intervención del Estado, que se tradujo en control de precios, medidas tarifarias, establecimiento de mercados privilegiados, estímulos a la exportación, control de la producción y mantenimiento de ciertos márgenes de ganancia para evitar la caída de los precios. Las medidas proteccionistas de la época supusieron una tendencia a la autarquía y fueron en buena medida causa de desorden monetario, en una estrategia que ha sido definida como: salvarse a costa del vecino.

El incremento en la producción que se obtuvo en la década de los treinta, requirió estímulos que no se originaron dentro del sistema sino fuera, constituidos por políticas gubernamentales de aumento del gasto público, estímulos a la inversión y reservas de mercados para empresas particulares.

4. La intervención del Estado en la economía da lugar al surgimiento de nuevas normas jurídicas destinadas a regularla. Surge el derecho económico y entra en pugna con el derecho clásico,<sup>18</sup> afectando la autonomía contractual y dándole nuevas dimensiones a la noción de orden público.

La reforma económica produce la irrupción de normas de derecho penal económico, el que es entendido como la forma más aguda de intervención del Estado en la economía. Su misión es apreciada como la de proteger las medidas gubernamentales antes referi-

<sup>18</sup> Farjat, *op. cit. supra* nota 16 p. 19.

das, destinadas a evitar que la libertad económica se transforme en libertinaje.<sup>19</sup> Surge la noción de delito económico, entendido como el acto que lesiona o pone en peligro el interés del Estado por la integridad y conservación del sistema económico.<sup>20</sup> La doctrina legitima el ejercicio del *ius puniendi* en la necesidad de incriminar abusos de poder económico.<sup>21</sup>

5. El derecho económico es calificado de vergonzante por contradecir reglas de liberalismo, según las cuales el Estado no debe intervenir en la economía.<sup>22</sup> Por circunstancias análogas, el derecho penal económico dará lugar a un trato legislativo y doctrinario peculiar.

En primer lugar, surgen críticas en cuanto la incriminación de hechos que sólo sean apreciados como delitos en etapas de vicisitud. Se dirá que lo que distingue un acto de comercio permitido de una infracción punible, es la época de crisis que se vive. Esto explica que la noción de delito económico haya sido concebida al margen del contexto axiológico desarrollado por las teorías absolutas de la pena.

Lo anterior es motivo de que sea precisamente en la legislación penal económica donde tanto se haya acudido a la práctica de reprimir conductas lesivas a los intereses sociales, tutelados no sólo mediante tipos penales, sino también, e incluso en mayor medida, con las llamadas infracciones al orden. Es que la noción de delito estaba reservada en la ideología liberal sólo para los ataques dirigidos a los intereses individuales y a las formas institucionales de organización del Estado.

La versión iusnaturalista de la teoría del bien jurídico fundamentará que, para que una conducta pueda ser considerada delito, es preciso que afecte derechos subjetivos u otros bienes de cultura permanentes, entre los que no debe incluirse la dirección estatal de la economía, que no está vinculada a la realización de la justicia, sino, en todo caso, al bienestar público. Se afirmó entonces la existencia de una diferencia esencial entre el delito que viola el ideal de justicia, y una mera inobservancia a órdenes del Estado que no protegen valores fundamentales sino intereses administrativos. Una cosa es la pena criminal que tiene un sentido ético, otra la sanción administrativa que sólo busca poner orden ante la crisis.

<sup>19</sup> Cfr., Jescheck, "El derecho penal económico alemán", en *Cuadernos de los Institutos*, núm. 74, Universidad Nacional de Córdoba, p. 74.

<sup>20</sup> En el sentido indicado en el texto se manifestó Eberhard Schmidt, presidente de la comisión que orientó en 1949 la Reforma Penal Económica en la República Federal de Alemania.

<sup>21</sup> Cfr., Aftalion, "El bien jurídico tutelado por el derecho penal económico", en *Revista de Ciencias Penales*, núm. 2, t. XXV, mayo-agosto de 1966, p. 80; "Planeamiento económico y derecho penal", *La Ley*, Buenos Aires, 26 de octubre de 1967, p. 4.

<sup>22</sup> Farjat, *op. cit. supra* nota 16 p. 9.

Es todo esto lo que da sentido a que se haya afirmado que las infracciones al orden económico no debían registrarse por el principio de legalidad sino por la oportunidad. Ello es así porque se las concibió como leyes temporales sólo explicables frente a una crisis momentánea, destinadas a desaparecer cuando el sistema de mercado se reordenara. Es por lo mismo que respecto de estas infracciones se sostuvo la inaplicabilidad del principio de retroactividad de la ley penal más benigna.<sup>23</sup>

Que estos puntos de vista estén hoy superados<sup>24</sup> no impide reconocer la importancia que tuvieron en los orígenes del derecho penal económico, época en la que fueron sustentados por la doctrina dominante.<sup>25</sup>

6. La reacción del pensamiento conservador frente a la irrupción del derecho penal económico fue enorme: se le trató como un orden espurio y perturbador; se le calificó de orden “extravagante” cuyas normas “sacrifican otros valores que costó trabajo conquistar frente a situaciones más difíciles que las vagas urgencias del tráfico comercial y valores mucho más altos que las necesidades económicas”.<sup>26</sup>

Pero el liberalismo moderno se vio obligado a considerar de otra forma la influencia de la intervención del Estado en la economía y, consiguientemente, la del derecho penal económico. Claro es que para ello debieron admitir que la mano invisible no existe, o lo que es igual, que si las fuerzas del mercado son dejadas en absoluta libertad destruyen el sistema.

El neoliberalismo moderno considera al sistema de mercado como punto de partida, pero admite pragmáticamente la intervención estatal precisamente para apuntalarlo, y, si es posible, evitar la crisis. Éste es el fundamento que permitió considerar al derecho penal económico como un instrumento funcional para la economía liberal.

La legislación penal económica pudo así ser entendida como destinada a preservar y conservar la integridad del sistema. Su mi-

<sup>23</sup> Cfr., Righi, “Las garantías individuales y la represión de la delincuencia económica” en *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, 1978, t. I, pp. 155 y ss.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 160. Asimismo Tiedemann, “Empresas multinacionales y delincuencia fiscal”, en *A.D.C.P.*, Madrid, 1976, p. 498.

<sup>25</sup> Cfr., Maurach, *Tratado de derecho penal*, Barcelona, t. I, pp. 111 y ss; Goldschmidt, “La teoría del derecho penal administrativo”, *La Ley*, Buenos Aires, 7 de mayo de 1954; “Novedades en el derecho penal de 1952”, *La Ley*, Buenos Aires, t. 68, p. 853; “Problemas políticos-legislativos en materia económica”, *Revista Jurídica de Córdoba*, año 3, núm. 11; Goldschmidt y Anders, *Derecho penal administrativo*, Córdoba, 1946, p. 59. Críticamente, véase Jescheck, *op. cit. supra* nota 19, p. 69; Tiedemann, *op. cit. supra* nota 24, p. 498; Welzel, *op. cit. supra* nota 4, p. 31; Righi, “Las garantías individuales...”, *op. cit. supra* nota 23, pp. 160 y ss.; “El derecho penal y su función en el ámbito...”, *supra* nota 2, pp. 87, y ss; De la Rúa, “Los delitos económicos”, en *Doctrina Penal*, Año 3, núm. 9, pp. 40 y ss.

<sup>26</sup> Cfr., Soler, “El llamado derecho penal económico”, en *Revista Mexicana de Derecho Penal*, 4a. época, núm 17, 1975, p. 37.

sión fue la de limitar los intereses individuales cuando entren en conflicto con el interés general del Estado, que está organizado según las pautas de la ideología liberal, y cuyas políticas se orientan a sostener las reglas del mercado. El ejemplo cabal está dado por la legislación que reprime al monopolio, destinado a tutelar la libre concurrencia.

### III. PRIMERAS ETAPAS DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA DE AMÉRICA LATINA

1. El proceso que condujo a la intervención del Estado en la economía, presentó en América Latina algunos rasgos similares a los que se habían dado en los países industrializados. Las políticas gubernamentales produjeron como efecto una asignación forzosa de recursos, lo que equivale a decir que, de no mediar ese factor, los ingresos se hubieran distribuido en forma distinta.

El efecto social que de allí deriva es trascendente: los sectores económicos lucharán de manera más enérgica por el poder político, pues controlar el Estado conlleva orientar la distribución del ingreso. Se da entonces un proceso de interrelación entre política y economía que tiene su punto de unión en el derecho económico. Éste es el conjunto de normas jurídicas que permite al Estado actuar sobre la economía, al mismo tiempo que estimula al poder económico a procurar controlar al Estado.<sup>27</sup> Si bien éstos pueden ser considerados efectos universales, en América Latina se acentuarán hasta el extremo de convertirse en factor principal de inestabilidad política.

Los factores que favorecieron el tránsito a economías más controladas en los países industrializados operaron igualmente; pero si bien el punto de partida fue cronológicamente similar, la intervención estatal en América Latina fue más una política de desarrollo que un remedio anticrisis como en los países desarrollados.

2. El punto de partida de las economías latinoamericanas fue la adopción de las pautas socioeconómicas de los países industrializados, partiendo del supuesto de que el proceso de desarrollo es gradual y que para alcanzarlo se debe pasar por períodos de modernización hasta llegar al nivel obtenido por los países elegidos como modelo.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Cfr., Cuadra, "Las vicisitudes del derecho económico en México a partir de 1917", en *Estudios de Derecho Económico*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Vol. II, 1977, pp. 111 y ss.

<sup>28</sup> Cfr., White, "El derecho económico en los países del tercer mundo. El caso de América Latina", en *Estudios de Derecho Económico*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Vol. II, 1977, pp. 54 y ss.

Los rasgos principales que caracterizan esta primera época, previa a la crisis de 1929, son: a) sistema económico basado en la libre competencia, b) marco constitucional que, influenciado por la Ilustración, consagró las pautas del “Estado gendarme”, y c) ordenamiento jurídico funcional a la economía liberal, lo que se tradujo en respeto al derecho de propiedad y a la libertad contractual.

Esta estrategia de desarrollo partía del supuesto de que el progreso se obtendría alentando la exportación de materias primas para poder importar bienes industriales. Fue factor complementario el estímulo a la inversión externa, la que es favorecida por concesiones y exenciones impositivas y franquicias aduaneras y arancelarias.

Este sistema coadyuvó a perfilar una división internacional del trabajo, que se tradujo en estancamiento económico para los países de la región, originados por: a) el lento crecimiento de la exportación de productos primarios, b) la creciente demanda de importación de manufacturas, c) el consiguiente deterioro en los términos del intercambio, por el aumento de precio de las manufacturas importadas en contraste con la caída en el precio de los productos primarios, y d) el desequilibrio externo creciente.<sup>29</sup>

Paralelamente se agudiza el desequilibrio interno por la concentración de poder económico y político en los sectores beneficiarios de este esquema agroexportador, lo que produjo tensiones sociales.

3. El primer factor que modificó el cuadro descrito fue la crisis mundial de 1929, que obligó, sin menoscabo total de las concepciones liberales, a reformular la inserción de los países de América Latina en el comercio internacional.

Se inició entonces un proceso de industrialización apoyado en la estrategia de sustitución de importaciones. El nuevo modelo fue más producto de la presión de factores externos, que de un cambio de concepción en la política económica oficial. De todos modos, el Estado asumió un papel intervencionista, ya que se acudió al control de cambios; se subvencionó la producción; se gravó la exportación; se crearon juntas reguladoras de la producción agraria, organismos públicos que intervinieran en el mercado y empresas del Estado en sectores básicos.

La llamada “economía mixta” supuso un nuevo esquema, mas no un nuevo sistema económico. Se trata de una nueva estrategia de de-

<sup>29</sup> Cfr., Righi, “Derecho penal económico”, en *Estudios de Derecho Económico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. I, 1977, p. 105, donde se transcriben párrafos del documento elaborado por Presbich, que fue antecedente de la UNCTAD I, y que alude al proceso referido en el texto como “tendencia persistente al desequilibrio exterior en el curso del desarrollo”.

sarrollo de industrias nacionales sin grandes exigencias de tecnología. La Segunda Guerra Mundial favoreció que algunos países latinoamericanos desarrollaran industrias fundamentalmente orientadas a producir para sus mercados internos; pero de todos modos el modelo no logró consolidarse.

El proceso desembocaría en necesidades crecientes de asistencia técnica que en un principio fueron atendidas mediante convenios de suministros con empresas extranjeras. Más adelante fue necesaria una participación cada vez más acentuada de la inversión extranjera directa orientada al mercado interno, mediante la creación de nuevas empresas o la compra de las existentes. La dependencia tecnológica del exterior será el nuevo factor de desequilibrio que progresivamente producirá el agotamiento del modelo, el que se traducirá en una fuerte concentración del ingreso y nuevas crisis en las balanzas de pagos.

El estancamiento de la economía que se produce a partir de la década de los cincuenta será causa de nuevas tensiones sociales, en parte por las reclamaciones crecientes del sector asalariado, pero también por enfrentamientos generados desde el sector agroexportador que había sido afectado por la transferencia de ingresos hacia una industria subsidiada por la intervención del Estado.

#### IV. EL DERECHO PENAL ECONÓMICO EN AMÉRICA LATINA

1. El sistema jurídico adoptado por los países de América Latina, por ser consecuencia del proceso descrito, es necesariamente contradictorio, ya que se integra con instrumentos surgidos de las distintas estrategias de desarrollo. Subsisten antiguas normas del derecho clásico que permanecen estáticas, a las que se superpone un significativo número de disposiciones de derecho público que han nacido en las etapas siguientes. A este último grupo, inorgánico y caótico, pertenecen las que forman parte del derecho penal económico.

Surgen normas destinadas a preservar la libre concurrencia al mercado, que cinco países de la región<sup>30</sup> han incorporado a sus legislaciones, adoptando el modelo de la legislación *antitrust* norteamericana. El criterio que las orienta es incriminar los abusos de poder en el mercado, que será complementado con leyes de defensa a los consumidores, de abastecimiento y control de precios.

Paralelamente, se importa de Europa la idea de que estos principios son autónomos, dando origen a razonables críticas, pues se pre-

<sup>30</sup> El texto alude a Argentina, Brasil, Colombia, Chile y México.

tenderá fundamentarlos al margen de los principios de legalidad y culpabilidad.<sup>31</sup>

2. Pero la crítica no se detiene allí. Su inorganicidad es impugnada por resultar lesiva al “significado cultural del proceso de codificación” que supone la consolidación legislativa de la validez universal de los principios de la Ilustración.<sup>32</sup> Se afirma por ello que son leyes “extravagantes”, poco claras e inseguras, que inspiran desconfianza por pretender restablecer un sistema legislativo de tipo estatutario.<sup>33</sup>

El contenido constitutivo del derecho penal económico es cuestionado por no respetarse el principio que encuentra la razón de ser de la pena y de sus distintas magnitudes, en la necesidad de tutelar jurídicamente los valores y bienes sobre los cuales se asienta la vida y el libre despliegue de la actividad humana.<sup>34</sup> La crítica, apoyada en una versión individualista de la teoría del bien jurídico, dirá que no existe fundamento para la incipiente especialidad, ya que “en modo alguno este nuevo grupo de delitos resulta comparable a los que hasta ahora tenemos, subordinados a la idea de un bien jurídico o valor”.<sup>35</sup>

3. Por lo que llevamos dicho, el derecho penal económico se incorpora a los sistemas jurídicos latinoamericanos en forma lesiva. El debate se polariza entre quienes desde posiciones febrilmente conservadoras lo impugnan en nombre de principios inmutables, que reconocen su origen en los moldes de la Ilustración, y quienes lo defienden postulando una autonomía que se intenta sustentar con bases sospechosas de autoritarismo.

Es incuestionable que la prevención y represión de la delincuencia económica no requería un modelo jurídico autoritario; pero es también evidente que hacía falta un esfuerzo innovador significativo:

a) En primer lugar porque el Estado enfrenta un círculo de autores de naturaleza muy distinta al tradicional. Este tipo de delinquentes normalmente pertenece a estratos sociales altos, y está dotado de suficiente poder, influencia e inteligencia para procurarse impunidad.<sup>36</sup>

b) También porque el Estado carece de organismos de control

<sup>31</sup> Cfr., Aftalion, *Derecho penal administrativo*, Buenos Aires, 1955, P. 75; *Revista de Ciencias Penales*, Chile, 1966, núm. 2, t. XXV.

<sup>32</sup> Soler, *op. cit. supra* nota 26, p. 35.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 36.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 38.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> Cfr., Bajo Fernández, *Derecho penal económico, aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, pp. 53 y ss.

eficaces. Ni en sede administrativa hay especialistas en prevención, ni en sede judicial los hay para reprimir. El personal que es eficiente para investigar un homicidio, muy difícilmente entiende de balances u operaciones cambiarias.

c) Es factor importante que el delito económico, a diferencia de un hecho violento, no tenga apariencia externa de ilicitud y que, consiguientemente, no exista rechazo social suficiente, en parte como consecuencia de insensibilidad o ignorancia del daño que produce.<sup>37</sup>

d) La tarea del legislador para describir estos hechos en tipos penales no es sencilla, por la dificultad para expresar acciones, conceptos y criterios pertenecientes al ámbito de la economía.<sup>38</sup>

e) La vigencia del principio *societas delinquere non potest* que obstaculiza una adecuada prevención y represión en los hechos que involucran a corporaciones.

f) La delincuencia que involucra a empresas transnacionales plantea el problema de la existencia de personas formalmente independientes; pero que en la realidad responden a una unidad económica, agravada por las dificultades emergentes de la vigencia del principio de territorialidad.

g) Por último, el derecho penal latinoamericano basado en el uso casi exclusivo de penas privativas de libertad como remedio frente al delito, exigía una reformulación de su sistema de reacciones para hecerlo eficaz en este ámbito específico.

4. En materia preventiva, el resultado no pudo ser más insatisfactorio.

En los países industrializados se demostró la conveniencia de utilizar organismos administrativos, como, por ejemplo, la *Federal Trade Commission* encargada de aplicar la legislación *antitrust* en Estado Unidos, o la Oficina Federal de Monopolio creada en 1956 en la República Federal Alemana, cuyo último marco normativo data de 1973.

En América Latina, donde la falta de organismos de policía económica es total, se discutió la pertinencia de adoptar esta estrategia. Pese a estimables opiniones favorables<sup>39</sup> no se pudo dejar de considerar la cuestión en el contexto sociopolítico del continente, que presenta reiteradas y sostenidas experiencias autoritarias. La instancia administrativa sólo es recomendable bajo condiciones que eviten la arbitrariedad y garanticen objetividad en las decisiones. Por otra

<sup>37</sup> *Idem*, p. 50.

<sup>38</sup> *Idem*, p. 73.

<sup>39</sup> *Cfr.*, Bacigalupo, *Cuestiones penales de la nueva ordenación de las sociedades y aspectos legislativos del derecho penal económico*, Buenos Aires, 1974, p. 90; Debenedetti, "Algunas consideraciones sobre la jurisprudencia nacional en el tema de monopolios", en *N.P.P.*, año 2, núm 3, 1973, p. 353.

parte es difícil en la región mantener independencia para los organismos que dependen del Poder Ejecutivo.<sup>40</sup> La realidad indica que, con todas sus limitaciones y deficiencias, el Poder Judicial ofrece evidencias de un uso más racional de sus atribuciones.<sup>41</sup>

En este sentido, se experimenta de todos modos, especialmente en relación con la represión de acciones lesivas a la libre concurrencia.

En 1946, Argentina sancionó la Ley No. 12.906 de "Represión de la Especulación y el Monopolio", por la que se creó el Departamento de Defensa de la Competencia, que en 32 años realizó 141 investigaciones de las que se envió a los tribunales el 70%. Sólo 50 casos llegaron a sentencia y en uno sólo se condenó al infractor.<sup>42</sup> El organismo comienza a registrar un poco más de actividad desde 1974.<sup>43</sup>

Desde 1962 fue creado en Brasil, por Ley 4137, el Consejo Administrativo de Defensa Económica, teniendo escasa actividad en sus primeros once años de existencia. Desde 1973 en adelante el Consejo ha intensificado su actividad, pero sólo en medida relativa.<sup>44</sup>

Por Decreto-Ley No. 211 de 1973, Chile encargó la represión de prácticas restrictivas a la Comisión Resolutiva, la Comisión Preventiva Central, además del fiscal encargado de la libre competencia. En sus primeros cuatro años de actuación, la Comisión Resolutiva emitió 42 resoluciones (25% de sobreseimiento) y la Comisión Preventiva 167.<sup>45</sup>

La instancia administrativa sólo fue ensayada en un grupo reducido de países y con resultados insatisfactorios. Es a partir de los setenta cuando se advierte un dinamismo mayor (también relativo), que en buena medida es consecuencia de las políticas económicas liberales ensayadas en Brasil, Chile y Argentina. En este último país, sin embargo, la actividad no puede ser intensa si se considera que el Departamento de Defensa de la Competencia — que en 1959 tenía

<sup>40</sup> Bacigalupo, *Cuestiones penales...*, op. cit. supra nota anterior, p. 77.

<sup>41</sup> Véase en relación al Decreto 2535/66 de Colombia, que sustrajo el juzgamiento de las actividades monopólicas a la justicia ordinaria, adscribiéndolo al ejecutivo nacional; el comentario crítico de Pérez, Luis Carlos, "Los delitos económicos en la Ley Colombiana", en *Revista Mexicana de Derecho Penal*, quinta época, núm. 2, p. 70.

<sup>42</sup> Cfr., White, "La legislación antimonopólica y el control del poder económico en América Latina, recientes tendencias", en *Derecho de la integración*, vol. XI, núms. 28/29, noviembre de 1978, p. 40.

<sup>43</sup> Cfr., Rovira y Negri, "La regulación de conductas monopólicas en el derecho argentino y comparado", en *Revista del Derecho Industrial*, año 1, núm. 2, 1979, p. 282. Debe tenerse presente el nuevo marco normativo que supone la nueva Ley argentina de Represión del Monopolio núm. 22.262. Cfr., Montalban, "Comentarios a la nueva Ley de Defensa de la Competencia", en *Revista del Derecho Industrial*, año 2, núm. 5, 1980, p. 354.

<sup>44</sup> White, "La Legislación Antimonopólica...", op. cit. supra nota 42, p. 43.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 48; asimismo Cury, "El Decreto Ley No. 280 de 1974, sobre delito económico", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. I, núms. 5 y 6, 1974, pp. 650 y ss.

un personal de 65 empleados y había bajado a 18 en 1975 —, contaba en 1977 con sólo 7 funcionarios.<sup>46</sup>

5. La incriminación de conductas se ha realizado en general con serias deficiencias, en parte por las dificultades apuntadas, pero además por la adopción de técnicas legislativas defectuosas.

En algunos casos porque la descripción de conductas prohibidas ha sido poco exhaustiva;<sup>47</sup> en otros por abuso de casuismo.<sup>48</sup> Se ha señalado además el uso demasiado frecuente de leyes penales en blanco y de tipos abiertos,<sup>49</sup> siendo común el establecimiento de presupuestos innecesarios o de muy difícil prueba,<sup>50</sup> o condiciones objetivas de punibilidad.<sup>51</sup>

El defecto principal ha sido la consagración de tipos objetables desde una perspectiva de respeto al Estado de derecho. Es probable que esta circunstancia haya causado condenas arbitrarias en algunos casos; pero el efecto principal ha sido que los órganos de control social, al verse dotados de instrumentos inapropiados, se abstuvieron de utilizarlos. En suma, leyes de escasa incidencia efectiva.

6. La inexistencia de tribunales especializados en materia penal-económica es la regla en América Latina. La excepción está constituida por los tribunales en lo penal-económico creados en Argentina en los setenta, con resultados que distan de ser los deseados por varios factores, entre los que destacan: a) Es dudoso que se haya acertado en la delimitación de su competencia,<sup>52</sup> b) La estructura organizativa de los juzgados y del tribunal de alzada fueron similares a las del resto de la justicia del crimen, por lo que el nuevo fuero no fue dotado de elementos que resultaran funcionales para el esclarecimiento de hechos con complejidad singular, y c) El exceso de

<sup>46</sup> White, "La Legislación Antimonopólica...", *op. cit. supra* nota 42, p. 40.

<sup>47</sup> Ejemplo de ello son los artículos 210 y 211 de la Ley de Inventiones y Marcas de México vigente desde 1976. *Cfr.*, Righi y Canovas, "El sistema de reacciones penales de la Ley de Inventiones y Marcas", en *Cuatro ensayos de derecho penal*, UNAM, México, ENEP. Acatlán, p. 61; asimismo, las Leyes de Precios No. 14.792, 16.450 y 17.586 de Argentina censuradas por Aftalion y Bacigalupo. *Cfr.*, "Cuestiones Penales...", *op. cit. supra* nota 39, p. 78.

<sup>48</sup> Tal es el caso de la Ley Antitrust No. 12.906 y del artículo 187 de la Ley de Aduanas de Argentina.

<sup>49</sup> Cury, *op. cit. supra* nota 45.

<sup>50</sup> Rovira y Negri, "La regulación de conductas monopólicas..." *op. cit. supra* nota 43, p. 292, donde se refieren el ánimo de lucro exigido por la Ley Argentina No. 12.906. Podría recordarse que el artículo 11 del Código Penal mexicano condiciona la aplicación de sanciones a las personas jurídicas a que el juez lo considere necesario para la seguridad pública, presupuesto innecesario que torna al precepto de muy difícil aplicación.

<sup>51</sup> El artículo 6o. de la Ley No. 16.454 de Argentina, condicionaba la pena por delitos lesivos al régimen de abastecimiento a un estado de "emergencia económica" que debía declarar el Poder Ejecutivo.

<sup>52</sup> Los tribunales en lo penal económico a que alude el texto, son componentes respecto de delitos que se cometen mediante cheques, los que no suponen lesión de intereses colectivos.

asuntos, en parte como consecuencia del primer factor anotado, esterilizó el intento al ser factor de atraso en las resoluciones.

Tampoco existen procedimientos específicos adecuados al objeto de juzgamiento,<sup>53</sup> lo que ha conspirado contra la aplicación de algunas normas de derecho sustantivo. Tal es el caso del artículo 11 del Código Penal mexicano, que prevé la posibilidad de suspender o disolver personas jurídicas, que no ha sido aplicado por los órganos jurisdiccionales debido a la inexistencia de reglas procesales que prevean la forma de cómo una corporación puede ser sometida a proceso.<sup>54</sup>

7. El sistema de reacciones previsto en la legislación latinoamericana ha sido poco eficiente. En algunos casos la pena ha sido excesivamente leve, de tal forma que no carga toda la gravedad del hecho; en otras, tuvo connotaciones indebidamente rigurosas y disfuncionales desde perspectivas político-criminales, como la Ley de Aduana argentina que no admite la suspensión condicional de la pena en el delito de contrabando.<sup>55</sup>

El tipo de pena más utilizado ha sido la prisión, lo cual ha sido objeto de críticas, fundadas en parte por la crisis global que afecta a las penas privativas de libertad, a lo que se agregan problemas propios en el ámbito de la delincuencia económica. La individualización de la pena sobre pautas retributivas es compleja por la dificultad existente para establecer una proporción adecuada en relación al perjuicio económico causado por el delito. A ello se suma la dudosa eficacia preventivo-general, que puede adjudicarse a penas privativas de libertad, las cuales pocas veces se han aplicado en América Latina a los delincuentes económicos. El cuadro se completa con las dificultades para fundamentar la prevención especial, al menos en su orientación resocializadora, según este círculo de autores.<sup>56</sup>

Es frecuente que las legislaciones prevean la multa, sea como pena principal, o como accesoria de la privación de libertad. Su principal problema es la desactualización del importe, explicada por el efecto de procesos inflacionarios, particularmente agudos en algunos países. Ejemplo de ello es la legislación antimonopólica de Ar-

<sup>53</sup> Bacigalupo, *Cuestiones penales...*, *op. cit. supra* nota 39, p. 92.

<sup>54</sup> Así lo señalo en mi ponencia al Congreso Internacional de Derecho Económico de la ENEP Acatlán, UNAM. de junio-julio de 1981, donde me refiero a los "Delitos que involucran a empresas transnacionales y el principio *societas delinquere non potest*".

<sup>55</sup> Bacigalupo, *Cuestiones penales...*, *op. cit. supra* nota 39, p. 92: asimismo y en relación con las penas establecidas por la Ley de Abastecimiento No. 20.680 de Argentina, *Cfr.* Malamud Goti, "Aspectos penales de la nueva Ley de Abastecimiento (Ley 20.680)", en *E. D.* t. 57, p. 843.

<sup>56</sup> Bajo Fernández, *op. cit. supra* nota 36, pp. 78 y ss.

gentina que todavía hace poco consagraba una multa máxima de once dólares.<sup>57</sup>

La clausura, institución prevista en legislaciones de precios, ha sido objetada por disfuncional, ya que crea problemas laborales derivados de la privación de fuentes de trabajo.<sup>58</sup> La inhabilitación, aconsejada respecto del ejercicio del comercio o la obtención de créditos oficiales,<sup>59</sup> no ha sido utilizada con frecuencia, ni ha resultado eficaz.

#### V. TENDENCIAS ACTUALES EN AMÉRICA LATINA

A partir de la década de los setenta la realidad latinoamericana exhibe dos modelos diferentes de desarrollo económico, los cuales tienen influencia en el derecho penal económico. El fracaso de la sustitución de importaciones ha estimulado, en algunos países, estrategias nacionales, y, en otros, un retorno a las fuerzas del mercado. En el primer caso, el remedio penal ha sido usado con poca frecuencia, pero con una orientación político-criminal distinta a la legislación antimonopólica clásica. Los países del segundo grupo han redimensionado, si bien en forma relativa, sus instrumentos represivos de prácticas restrictivas de la competencia. Los cambios políticos operados en la región, han sido factor principal de estos procesos.

1. La estrategia reformista, en la que algunas pautas de nacionalismo económico tienen gravitación, ha supuesto el reemplazo de la legislación antimonopólica tradicional, la que pese a no haber sido derogada sólo mantiene un papel subsidiario. Esto corresponde en general a países en los que el poder económico está en manos de empresas extranjeras o estatales. Respecto de las primeras se han perfilado nuevos instrumentos de control, considerados más idóneos que la incriminación del monopolio. Por su parte, las empresas del Estado, están fuera del ámbito de aplicación de las normas *antitrust*.<sup>60</sup>

La protección de la competencia se realiza mediante el control de precios, la reglamentación del desarrollo industrial, el establecimiento de empresas del Estado destinadas a crear mercados compensatorios y controlar la inversión extranjera, y la transferencia de tecnología. Ejemplos de esta tendencia se advierten en México, Argentina antes de 1976 y los países del Grupo Andino.<sup>61</sup>

<sup>57</sup> White, "La Legislación Antimonopólica...", *op. cit. supra* nota 42, p. 39.

<sup>58</sup> Bacigalupo, *Cuestiones Penales...*, *op. cit. supra* nota 39, p. 87.

<sup>59</sup> Así se estableció en el artículo de la Ley de Abastecimiento No. 16.454 de Argentina.

<sup>60</sup> White, "La Legislación Antimonopólica...", *op. cit. supra* nota 42, pp. 35 y ss.

<sup>61</sup> Los países del Pacto Andino, suscriptores del Acuerdo de Cartagena fueron originalmente Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela y Chile, habiéndose separado el último país mencionado con posterioridad al golpe de Estado de 1973.

Los países menos desarrollados de la región han encontrado formas de control de las prácticas restrictivas en mecanismos de integración subregional, como la Comunidad del Caribe y el Mercado Común Centroamericano.

La utilización del derecho penal como instrumento coadyuvante de esta estrategia ha sido escasa, como se demuestra examinando los principales instrumentos que la componen:

a) Los sistemas de control estatal, respecto al contenido de los negocios jurídicos que transfieren marcas y tecnología, no han sido protegidos por instrumentos penales, pues en las normas de la materia sólo se prevén sanciones civiles. Tal es el caso del Grupo Andino y las leyes de Argentina, México y Uruguay.

b) La reformulación de criterios en materia de propiedad industrial, que se traducen en un alejamiento relativo de las pautas rectoras del Convenio de París de 1883, se advierte en la Ley de Inventiones y Marcas mexicana de 1976 y en la decisión 85 del Pacto Andino. Esta ley mexicana que reemplazó a la vigente desde 1943, significó una innovación del régimen de penas, advirtiéndose una acentuación en la tutela penal de los intereses públicos.<sup>62</sup> Sin embargo, debe admitirse que la incriminación más significativa se reserva para los supuestos de protección al derecho de propiedad de titulares de patentes.<sup>63</sup>

c) La reglamentación y control de la inversión extranjera, adoptada por los países andinos y en 1973 por Argentina y México, se ha traducido en la incorporación, en este último país, de un tipo penal y un conjunto de infracciones al orden,<sup>64</sup> pues son considerados necesarios para la protección de los intereses colectivos.

d) Los mecanismos financieros de fomento y promoción industrial que consideran el grado de dependencia externa, vigentes en México actualmente e incorporados a la legislación argentina en 1973, no han sido objeto de tutela penal.

e) La utilización del sistema tributario como instrumento de desarrollo<sup>65</sup> supone normalmente incriminación, por la posible aplicación de normas de derecho penal fiscal.

f) Finalmente, el surgimiento de la empresa estatal como agente de producción de bienes y servicios, lo cual supone reserva de secto-

<sup>62</sup> Righi y Canovas, "El sistema de reacciones penales...", *op. cit. supra* nota 47, pp. 61 y ss.

<sup>63</sup> *Ibidem*; asimismo, Pérez y Righi, "El sistema de propiedad industrial y la Carta de Derechos y Deberes de los Estados", en *Derecho económico internacional*, México, 1976, pp. 302 y ss.

<sup>64</sup> Righi, "Derecho penal económico", *op. cit. supra* nota 29, p. 109. En relación con la Ley Argentina a que se alude en el texto, cabe aclarar que ella reconoce precedentes desde la década de los cincuenta.

<sup>65</sup> *Idem*, p. 112.

res como el petróleo, la petroquímica y los recursos minerales en México,<sup>66</sup> no se ha traducido en la consagración de hipótesis punitivas.<sup>67</sup>

2. En algunos de los países más desarrollados de Sudamérica se advierte, a partir de los setenta, una tendencia a recurrir con más asiduidad a sus legislaciones sobre prácticas restrictivas.<sup>68</sup> Ello ha sido consecuencia del cambio en la orientación de sus políticas económicas en la mayoría de los casos producidos a partir de la instalación de gobiernos autoritarios originados por golpes de Estado.<sup>69</sup>

El abandono de la estrategia nacionalista en estos países ha supuesto una sensible innovación en la orientación de la intervención del Estado en la economía,<sup>70</sup> explicado por la adopción de nuevos objetivos de política económica, entre los que interesa destacar los relacionados con nuevas formas de protección de la economía de mercado. La búsqueda de "eficiencia" fundamenta el sometimiento de las empresas públicas a las reglas del mercado y la apertura del mismo a la competencia externa.<sup>71</sup>

Éste es el marco en el cual puede observarse un mayor uso de las normas antimonopólicas en Argentina, Brasil, Colombia y Chile. La nueva estrategia pretende superar el tradicional fracaso de este tipo de legislaciones en Latinoamérica, partiendo del supuesto de que no se procura un uso generalizado del *ius puniendi*, sino: a) actuar con un criterio preventivo general que de todos modos requiere consenso del sector empresarial, b) reforzarlo con la incriminación de casos aislados, definidos como patológicos. Esta orientación encuentra sentido no sólo en la ideología del modelo, sino también en la incompetencia de sus organismos administrativos y judiciales de control.<sup>72</sup>

Éste es el criterio político-criminológico de la nueva Ley de Defensa de la Competencia No. 22.262/80 de Argentina que crea la "Comisión Nacional de Defensa de la Competencia",<sup>73</sup> el redimensionamiento a partir de 1973 de la actividad preventiva del "Consejo

<sup>66</sup> Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>67</sup> Artículo 97 de la Constitución Nacional de Venezuela.

<sup>68</sup> White, "La Legislación Antimonopólica . . .", *op. cit. supra* nota 42, pp. 35 y ss.

<sup>69</sup> La afirmación del texto debe ser relativizada, pues la tendencia que allí se enuncia incluye a Colombia y Venezuela, países que no han sufrido rupturas en sus ordenamientos jurídicos institucionales.

<sup>70</sup> En los países a que se alude, se ha formulado como política oficial la reafirmación del principio de subsidiariedad.

<sup>71</sup> Ejemplo de lo afirmado es la Resolución M.E. 1634-78 de Argentina que dispuso rebajas arancelarias.

<sup>72</sup> *Cfr.* Cabanellas y Aranovich, "La legislación antimonopólica y las leyes de abastecimiento como técnicas alternativas de regulación de los mercados", en *Revista del Derecho Industrial*, año 2, núm. 5, 1980, p. 322.

<sup>73</sup> Montalban, "Comentarios a la nueva Ley . . .", *op. cit. supra* nota 43, p. 351.

Administrativo de Defensa Económica” en Brasil;<sup>74</sup> las acciones realizadas a partir del mismo año por la “División de Control de Precios de la Superintendencia de Industrias” en Colombia,<sup>75</sup> y la sanción de los Decretos-Ley No. 280/74 sobre “delito económico”<sup>76</sup> y No. 211/73 que orienta la actividad de organismos administrativos de control de prácticas restrictivas en Chile. En dirección similar se inscribe el proyecto de 1975 sobre represión del monopolio que no fue aprobado por el Congreso de Venezuela, país que carece de este tipo de legislación.<sup>77</sup>

El criterio de incriminación es flexible, puesto que no supone prohibir el monopolio, ni la dimensión empresaria, ni la posición dominante; sino sólo el abuso de poder en el mercado. Por otra parte, en algunos países (Colombia y Chile) esta legislación se relaciona con instrumentos de control de precios, de forma que el Estado los fija en hipótesis de monopolio u oligopolio, y los somete a libre competencia cuando dichas situaciones no se presentan.

3. Debe advertirse que en este capítulo se han presentado esquemas globales y que ello conlleva el riesgo de error, propio de toda generalización. Más que describir situaciones estáticas se alude a gobiernos que llevan adelante políticas tendenciales, por lo que países que están utilizando estrategias que corresponden al primer sector analizado, pueden encontrarse en la actualidad con menor desarrollo nacionalista que los del segundo grupo, debido a sus diferentes puntos de partida. Lo que aquí se describe es, por consiguiente, más que la situación actual, las orientaciones de política económica que se observan en América Latina desde mediados de la década de los setenta.

4. Por otra parte, algunos instrumentos relacionados con el derecho penal económico se están utilizando en países que han adoptado estrategias diferentes. Tal es el caso de las normas de protección al consumidor incorporadas en las legislaciones de la misma década, como las de Bolivia (Decreto-Ley No. 12.183 de 1975), Chile (Decreto-Ley No. 280 de 1974), Ecuador (Decreto 1774 de 1974 por el que se promulgó una Ley de Precios y Control de Calidad), México (Ley del 22 de diciembre de 1975), Perú (Decreto-Ley No. 21.411 de 1976) y Venezuela (O.G. No. 1680 del 2 de septiembre de 1974).

5. Es cierto, además, que en algunos casos las políticas ensayadas en algunos países resultan de difícil ubicación, porque utilizan ins-

<sup>74</sup> White, “La Legislación Antimonopólica...”, *op. cit. supra* nota 42, p. 43.

<sup>75</sup> *Idem*, p. 55.

<sup>76</sup> Cury, “El Decreto Ley No. 280...”, *op. cit. supra* nota 45.

<sup>77</sup> El texto alude a la prohibición genérica que surge de la Constitución Nacional de Venezuela y a la Decisión 24 del Pacto Andino, referida al control de la inversión extranjera y transferencia de tecnología, que trata sobre las prácticas restrictivas relacionadas con esas operaciones.

trumentos diversos, con flexibilidad y pragmatismo. Tal es el caso de Brasil, en donde la Ley No. 4137 de represión al monopolio, que data de 1962, ha sido usada con intensidad diferente — resultado obvio en cada época que se analice —, y cuya aplicación se ha armonizado con el sistema de control de precios.

Por otra parte, en Brasil existen fuertes grupos de empresarios nacionales<sup>78</sup> que han pugnado por obtener protección estatal frente a la inversión externa, lo que ha provocado la adecuación y modernización de los mecanismos de registro de inversiones y transferencias de tecnología, que cuentan con límites máximos para pagos de regalías al exterior. El sistema de mercado no ha sido obstáculo para una planificación<sup>79</sup> que otorga prioridad al mantenimiento de un crecimiento acelerado sobre bases indicativas, pero con criterio imperativo en industrias básicas como la siderurgia. La política crediticia, usada también con flexibilidad, ha sido instrumento de orientación de las decisiones empresariales.<sup>80</sup>

## VI. CONCLUSIONES

1. La intervención del Estado en la economía de los países de América Latina se ha mantenido estrechamente relacionada con las estrategias de desarrollo de la región.

La principal consecuencia del intervencionismo ha sido la reasignación de recursos (modificación del modelo agroexportador, erradicación del monocultivo, industrialización). Por ello es que genera luchas por el poder político.

2. Se puede observar en América Latina una relación entre el mayor dinamismo del intervencionismo estatal en la economía y la inestabilidad política, que se ha concretado en mutaciones en el ejercicio del poder.

Un esquema comparativo, tomando ejemplos a Argentina y México, permite observar:

a) El control de la inversión extranjera en la ley argentina de 1973 era más intenso que el de la ley mexicana del mismo año. Pero luego del golpe de Estado de 1976, en Argentina el sistema se tornó mucho más permisivo.

b) El sistema cambiario mexicano puede ser definido como intermedio, en tanto que Argentina ha alternado entre modelos de libertad irrestricta y el control de cambios.

<sup>78</sup> La realidad apuntada se presenta también en Argentina, Colombia y México.

<sup>79</sup> Tal es el caso del II Plano Nacional de Desarrollo aprobado en Brasil para el periodo 1975-1979.

<sup>80</sup> Los bancos oficiales del Brasil han adoptado la medida de negar créditos a las empresas que no respeten las políticas oficiales de precios.

c) Lo mismo se observa en la política bancaria. En México hay banca privada, pero de capital nacional, y existen tasas pasivas máximas de interés. Argentina ha oscilado entre la nacionalización de los depósitos y la ausencia de controles oficiales.

Es obvio que lo anterior no proporciona explicación suficiente en cuanto a la diferencia entre la estabilidad política mexicana y la sucesión de crisis que registra la historia política argentina desde hace medio siglo. Simplemente proporciona un elemento de análisis significativo.

3. El surgimiento del derecho económico, régimen normativo del intervencionismo estatal en la economía, debe ser entendido como irreversible. Su efecto es un cambio en los supuestos ideológicos de la libertad económica, pues modifica la asignación de recursos. Pero en la actualidad debe ser apreciado como elemento necesario de la economía de mercado.

4. Los principales fundamentos ideológicos del sistema económico actual tienen origen en el liberalismo, pues el Estado es sustitutivo de la actividad privada (principio de subsidiariedad).

5. Cuando se establecen incriminaciones en este ámbito de las relaciones sociales, surge el derecho penal económico, forma más aguda de intervención del Estado en la economía.

Precisamente por tratarse de una medida extrema, es que se han formulado inconvenientes para su utilización —en protección del intervencionismo estatal en la economía—, especialmente desde perspectivas tradicionales e individualistas. Por otra parte, el derecho penal tiene principios más inmutables que otras ramas del orden jurídico.

6. En América Latina, las normas de derecho penal económico han tenido una influencia limitada, pues en medida considerable su aplicación no ha sido significativa.

Su orientación político-criminal fue en sus orígenes igual que en Europa, la de poner límites a la actividad de los particulares para preservar la economía de mercado.

7. En la actualidad, el derecho penal económico latinoamericano es parcialmente contradictorio por la incorporación de normas de orientación diversa, dirigidas a coadyuvar al proceso de desarrollo, especialmente cuando surge ligado a estrategias vinculadas al principio de nacionalidad. Un balance global permite afirmar, de todos modos, que también en América Latina ha sido instrumento coadyuvante de la economía de mercado.