
APUNTES SOBRE LA PROBLEMÁTICA
DE CRIMINALIZAR LAS PRÁCTICAS
MONOPÓLICAS ABSOLUTAS
COMO DELITOS FEDERALES:
DISCUSIÓN DE SU PROBLEMÁTICA

FERNANDA DE LA VEGA, EDUARDO SCOLA,
CARLOS REQUENA, LUIS FERNANDO HERNÁNDEZ
Y OMAR GUERRERO R.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Breve análisis económico del efecto pernicioso de las prácticas monopólicas absolutas*. III. *Delincuencia económica, expansión del derecho penal y derecho penal económico*. IV. *Problemática general de la inaplicabilidad de los artículos 253 y 254 del Código Penal Federal*. V. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Federal de Competencia Económica ("LFCE") fue un parateguas legislativo hace 15 años.¹ Era una ley vanguardista, aun cuando en muchos aspectos colisionaba frontalmente con varios preceptos constitucionales. Esa colisión con preceptos constitucionales sigue estando presente aun cuando las reformas de junio de 2006 a la LFCE trataron de adecuar el marco legislativo a varias

¹ Fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de diciembre de 1992 y entró en vigor a los 180 días naturales siguientes a su publicación.

de las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y sus tribunales federales.

La iniciativa presidencial de la LFCE, reglamentaria del artículo 28 constitucional,² presentada para su discusión a las propias cámaras legislativas, buscaba un régimen novedoso que pudiera cumplir con el capítulo XV del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Igualmente, buscaba servir de marco normativo para las recientes reformas producto de la apertura comercial, y perseguía asegurar que el "*campo parejo de juego*" o "*level playing field*" bajo un régimen de competencia fuera realmente vigente y viviente. Esto último dado que, por cerca de 60 años que estuvo vigente la Ley Orgánica del artículo 28 constitucional en materia de monopolios de 1934, rara vez se aplicó.³

La LFCE estableció una clara prohibición a los monopolios, en perfecta concordancia con el texto constitucional y funcionó como una mera mención para no contradecirlo, pero sin establecer sanción alguna por el hecho de ser monopolio. De hecho, sólo reiteró la prohibición constitucional. El diseño estructural de la LFCE permite afirmar que el monopolio está prohibido pero no definido ni sancionado. Así, la LFCE sanciona en realidad

² El artículo 28 de la Constitución establece: "En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria. ... En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tengan por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

³ Dicha ley fue conocida como la Ley Antimonopolios que abrogó a la de 1931. Tuvo poca aplicación práctica y fue abrogada por el artículo tercero transitorio de la LFCE. No obstante, el último párrafo de dicho artículo dejó una parte controversial al disponer que "en lo que no se opongan a la presente ley (LFCE), continuarán en vigor las disposiciones expedidas con base en los ordenamientos que se abrogan, hasta en tanto no se deroguen expresamente". Esa ley no era una ley de competencia, sino una ley reactiva de combate a los monopolios y a los actos tendientes al monopolio. Garza de una política preventiva o de protección a la estructura del mercado.

aquellas conductas que pueden asemejarse a la de los efectos perniciosos del monopolio. En otras palabras, no sanciona el *ser* sino el *quehacer* monopolístico. Esta circunstancia puede explicar que el catálogo de sanciones establecido por el artículo 35 de la LFCE no contenga sanción alguna por ser monopolio. La conclusión es simple: lo que se sanciona es el “actuar” y no el “ser” monopolístico,⁴ pues en principio pueden existir monopolios que se comporten competitivamente.

A pesar de que la LFCE tomó muchos aspectos del modelo estadounidense⁵ y del europeo, además de las legislaciones específicas de España y Canadá, el legislador decidió no sancionar penalmente a los infractores por prácticas monopolísticas absolutas,⁶

⁴ No obstante, un tema de debate es precisamente si de conformidad con el artículo tercero transitorio de la LFCE subsistiría la definición y sanción al monopolio establecido por la Ley Antimonopolios de 1984. Técnicamente por el hecho de prohibir los monopolios no contravendría a la LFCE, aun cuando desde el punto de vista estructural en realidad sí lo haría. En adición, el acercamiento al problema del monopolio es totalmente distinto en la ley de 1984 que en la LFCE, por lo que en sentido práctico sí habría un choque frontal de ideologías y de estructuras.

⁵ En el año 2006, México implementó una serie de reformas a la LFCE en el que creó el programa de inmunidad y de reducción de sanciones. Sin embargo, México no adoptó la decisión de perseguir penalmente a los participantes de los cárteles o prácticas monopolísticas absolutas ni de estimular tales acciones mediante “daños triples”.

⁶ Las prácticas monopolísticas absolutas están limitativa y exhaustivamente definidas en el artículo 90. de la LFCE. Son acuerdos, contratos, entendimientos o combinaciones multilaterales realizadas entre competidores entre sí y de allí su denominación de horizontales. Están prohibidas por sí mismas (*per se rule violation*), motivo por el cual no caben justificaciones pro-competitivas en su comisión. Son las prácticas más dañinas al proceso de competencia y libre concurrencia porque producen el mayor malestar y mayor daño a los consumidores, puesto que los competidores sustituyen la rivalidad por cooperación artificial. Básicamente se circunscriben a la fijación de precios (o el intercambio de información sensible con ese objeto o efecto), la división horizontal de mercados, la restricción de abasto y la coordinación de posturas en licitaciones. Dichos acuerdos no tienen efectos jurídicos y son sancionados con las multas más fuertes de la legislación de competencia, es decir, hasta 900 mil veces el SMCVDF (en virtud de las reformas de 2006). De hecho, recientemente un diputado del Congreso general estaba buscando que se aumentaran aún más dichas sanciones para cumplir con el mandato del artículo 28 de la Constitución y lograr que realmente la sanción fuera disuasiva. Otras opiniones consideran que tales sanciones pueden contravenir el propio artículo 22 de la Constitución que prohíbe las “multas excesivas” como garantía individual. La reforma de la que tenemos conocimiento señala las multas en un porcentaje “del ISR de las ventas anuales obtenidas por el infractor durante el

y mucho menos por prácticas relativas. Dicha decisión fue extremadamente importante desde el punto de vista estructural. A 15 años de aplicación de la LFCE, también acusa que tal derrotero limita a la Comisión Federal de Competencia ("CFC") para investigar, perseguir y castigar efectiva o eficazmente a los infractores de las prácticas más perniciosas al mercado.⁷ Así, la pregunta es si podemos explorar un acercamiento distinto al combate "severo" y "eficaz" que exige el propio mandato constitucional establecido por el artículo 28.⁸

En este sentido, si bien es cierto que existe en el Código Penal Federal de 1931 el Título Decimocuarto denominado "Delitos contra la Economía Pública",⁹ dicho título ha resultado ineficaz para servir de verdadero disuasivo para la delincuencia económica organizada¹⁰ en temas de monopolios. No tenemos conocimiento

ejercicio fiscal anterior, por haber incurrido en alguna práctica monopólica absoluta" y "aumenta a 60 mil veces el SMCUDF a quienes hayan participado directamente o coadyuvado en la comisión de las prácticas monopólicas absolutas". Véase iniciativa que reforma el artículo 35 de la LFCE, a cargo del diputado Alejandro Sánchez Camacho, del grupo parlamentario del PRD.

⁷ Este es un aspecto que también ha sido de interés para la CFC. El comisionado Miguel Flores Bernés fue ponente en un Congreso Internacional de Derecho Penal y Economía que se llevó a cabo del 27 al 31 de agosto de 2007. Allí presentó su análisis sobre los tipos penales existentes en el Código Penal Federal que se relacionaban con la aplicación de la LFCE. Dicho autor nos compartió en su momento un borrador de su artículo intitulado "Análisis del artículo 253 del Código Penal Federal, en relación con los artículos 9 y 10 de la LFCE".

⁸ La propia iniciativa presidencial del proyecto de la LFCE buscaba que los daños y perjuicios que se pudieran recobrar del infractor fueran "dobles". Esta circunstancia fue eliminada de la redacción del artículo respectivo y finalmente la norma respectiva (artículo 38) conservó daños y perjuicios sencillos sin estímulo alguno adicional. La iniciativa de daños "dobles" es semejante a los "triple damages" que se establecen en la Sherman Act Estadounidense de 1890.

⁹ Especialmente lo que se encuentra dispuesto por los artículos 253 y 254 del Código Penal Federal.

¹⁰ Por delincuencia económica organizada identificamos una forma de expresión criminal de aparición más o menos reciente, que utiliza como instrumento —principal o accesorio— para su quehacer delictivo a la empresa, pues a través de ésta puede tener acceso a distintos sectores socioeconómicos que constituyen no sólo importantes nichos de oportunidad delictiva, sino también sectores de camuflaje idóneos para blanquear recursos ilícitos. Los efectos dañinos que produce la delincuencia económica organizada son notables: puede alterar desde la realización de operaciones económicas ordinarias, por falta de confianza de los participantes de éstas, hasta desestabilizar

de su aplicación concreta, y los delitos creados en dicho título fueron producto de otra época histórica: cierre de las fronteras y posterior política de sustitución de importaciones. De hecho, sin pretender hacer un análisis de los tipos penales contenidos en el Título referido, las descripciones típicas de estos artículos no solamente presentan una problemática real de aplicación actual sino incluso severos problemas de constitucionalidad por ser tipos abiertos.¹¹ Es claro que dichos tipos penales pertenecen a otra etapa histórica, jurídica y económica de nuestro país. De tomarse la decisión necesariamente deberán adaptarse a esta nueva realidad, para ser concordantes con la propia Constitución (especialmente su artículo 28) y la LFCE.¹²

Finalmente, la autoridad de competencia ha sido ineficaz para combatir las prácticas monopólicas absolutas en México.¹³ Sus investigaciones han sido sumamente limitadas. Aun cuando los informes anuales del ente regulatorio establecen tales persecuciones como la prioridad de la CFC y de las AGENCIAS de competencia en el mundo, las posibilidades de que realmente los

los sistemas económico y financiero de un país, debido a las grandes cantidades de recursos ilícitos que se intentan blanquear a través de dichos sistemas.

¹¹ Por ejemplo, el artículo 253 I. b) del Código Penal Federal es un tipo abierto que probablemente no resistiría el análisis constitucional al contravenir los principios de legalidad, certeza y previsibilidad que dieron lugar a la declaración de inconstitucionalidad obtenida en el amparo en revisión 2589/96 *Grupo Warner Lambert México, S.A. de C.V.*, respecto de la fracción VII del artículo 10 de la LFCE.

¹² En este sentido, debe analizarse, en caso de adaptarse a la nueva realidad económica, si deben ser delitos dentro del Código Penal Federal o ser delitos especiales dentro de la LFCE, en términos del artículo 6o. del Código Penal Federal que autoriza que los delitos especiales previstos en leyes federales se apliquen preferentemente a los tipos generales previstos por el Código Penal Federal. No obstante, a finales de octubre de 2008, un diputado federal presentó una iniciativa para reformar la fracción V y adicionar la fracción VI del artículo 253 del Código Penal Federal. La fracción VI respectiva busca "criminalizar" las prácticas monopólicas absolutas y establece como requisito de procedibilidad que haya resolución firme de la CFC. Igualmente, prevé la "inmunidad penal" para aquellas personas que hayan cooperado con la CFC en los programas de inmunidad y reducción de sanciones.

¹³ Desde el año 2006 no ha existido investigación y sanción alguna en casos de prácticas monopólicas absolutas. Véase la publicación del *Global Competition Review* denominada "Rating Enforcement: the annual ranking of the world's top antitrust authorities", vol. 10, Issue 6, junio de 2007.

cárteles puedan ser atacados, desmantelados y sancionados son mínimas de no contarse con un andamiaje jurídico adecuado.

Con las reformas de 2006 a la LFCE entró en vigor el programa de inmunidad y reducción de sanciones.¹⁴ Estos programas han sido exitosos en otros países para estimular y disuadir a los infractores de las leyes de competencia de que es mejor acercarse a la autoridad y “expiar sus pecados” a ser descubiertos por la autoridad de competencia y afrontar la responsabilidad penal, administrativa y civil como consecuencia de su conducta. Parte de nuestra reflexión es que dicho programa tendrá poca aplicación,¹⁵ porque no existe un disuasivo suficiente para poner a los participantes de las prácticas monopólicas absolutas en peligro. En otras palabras, puede percibirse como un costo de oportunidad. Las sanciones esperadas por parte de un agente que viola el artículo 9o. de la LFCE, ponderadas por las probabilidades de que éstas se hagan efectivas, representan un bajo costo esperado para dichos agentes, pues: i) la responsabilidad penal es cuestionable; ii) no es delito grave; iii) su tipicidad es técnicamente inadecuada; iv) la multa máxima –aun cuando aumentó de manera considerable en los últimos dos años–, alcanza hasta los 7 millones de dólares a esta fecha; v) no se ha desarrollado una cultura de daños y perjuicios en materia de competencia económica; vi) las acciones colectivas son de reciente creación¹⁶ y vii) no existen daños triples

¹⁴ Artículo 23 bis 3 de la LFCE, así como 43 y 44 de su Reglamento, que le dan un estímulo muy importante al primer participante de una práctica monopólica absoluta para acercarse a la CFC, con el objeto de que proporcione elementos probatorios suficientes para perseguir al cártel y a sus participantes. Al primer “denunciante” se le otorga una inmunidad administrativa y judicial que eleva los incentivos para acercarse a la autoridad.

¹⁵ De hecho, a la fecha de elaboración de este artículo (junio de 2008), conocíamos informalmente que solamente existían tres casos con estas características frente a la CFC. Es decir, no ha tenido el éxito cuantitativo esperado por el regulador de competencia.

¹⁶ Si bien es cierto existen los artículos 24-III y 26 de la Ley Federal de Protección al Consumidor que regulan las acciones colectivas desde el año 2002, la realidad es que han sido limitadamente utilizadas y, por lo tanto, ineficaces. Recientemente, el senador Murillo Karam, de la fracción del PRI, ha lanzado una iniciativa de reforma constitucional al artículo 17 por la que se eleva a rango constitucional –y como parte de una reforma estructural de acceso a la justicia–, la posibilidad de ejercer acciones de

ni dobles sino sencillos. La regla es que el daño o perjuicio debe ser inmediato y directo.

Por ello, invitamos a la reflexión de si es necesario que se modifiquen los estímulos existentes hoy en día para lograr una aplicación más efectiva de la LFCE y un combate específico a las prácticas monopólicas absolutas. Para ello, el debate se centrará en el tema económico-penal para presentar así la problemática que permita que el eje administrativo, civil y penal de persecución y sanción de las prácticas monopólicas absolutas se fortalezca. De ser así, se reducirán las externalidades provocadas por un sistema que ha probado ser ineficaz.¹⁷

II. BREVE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL EFECTO PERNICIOSO DE LAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS ABSOLUTAS

Autores como Becker,¹⁸ recurrentemente han propuesto que los infractores de la ley se comportan como si hicieran un análisis económico racional de los costos y beneficios que conlleva infringirla. La probabilidad de ser aprehendido, la severidad del castigo, así como sus creencias sobre el cumplimiento efectivo de la ley, forman parte de este análisis de costos. Tal interpretación sugiere establecer penas suficientemente severas para evitar que las actividades fuera de la ley generen un beneficio esperado positivo para quienes las llevan a cabo, y sirvan como disuasivo para los infractores.

clase o de grupo. En fecha cercana se retiró dicha reforma constitucional de discusión con el objeto de presentarla nuevamente acompañada de la ley reglamentaria. Se espera que éste sea un tema que se incorporará próximamente a nuestro régimen legal. La CFC se ha manifestado como un firme promotor de su inserción en nuestro sistema jurídico para reforzar el cumplimiento a las leyes de competencia.

¹⁷ En la Segunda Conferencia Internacional de Competencia y Regulación-CIDAC, Red de Competencia y Regulación celebrada el 29 de octubre de 2008, el abogado Stephen Calkins enfatizó que: "criminal penalties: (i) deter individuals; (ii) punish sinners; (iii) help leniency program to work; (iv) symbolism about a culture of competition. Likewise, the cost of criminal enforcement is: (i) over-deterrence; (ii) governmental abuse; (iii) effect on substantive law: equilibrating tendencies; (iv) diminished role for an economist; and (v) diversion of resources".

¹⁸ Becker, Gary S., "Crime and Punishment: an Economic Approach", *Journal of Political Economy*, 1968, pp. 169-217.

La posibilidad de sancionar penalmente las prácticas monopólicas absolutas (artículo 9o. de la LFCE),¹⁹ que se consideran las más perniciosas respecto del bienestar social, surge como un complemento natural de la persecución administrativa y reparación del daño eventualmente civil. La aplicación de una pena tan severa como es la corporal sirve como un desincentivo definitivo. Ante dicha posibilidad, surgen cuestionamientos relacionados con la gravedad de las prácticas monopólicas absolutas, y sus efectos económicos en los mercados pueden ser equiparables de alguna manera con la seriedad y magnitud de los efectos que ameritan un juicio de reproche por parte de la sociedad.²⁰ La Constitución en su artículo 28 permite un castigo "severo" y una "persecución eficaz", que autorizan la sanción penal.

1. La transferencia de bienestar del consumidor al monopolista

El análisis de los efectos de las prácticas monopólicas absolutas sobre los consumidores en un mercado sugiere cierta semejanza valorativa con los delitos patrimoniales al existir cierto "robo de bienestar". Dicho concepto se puede asociar a la transferencia de excedentes económicos que los oferentes de un mercado se apropian unilateralmente cuando llevan a cabo una práctica mo-

¹⁹ El análisis se reduce a las prácticas monopólicas absolutas porque son prohibidas por sí mismas y se reconocen naturalmente ineficientes. Aun cuando existe debate sobre la posibilidad de analizar estas prácticas -en circunstancias excepcionales-, bajo una regla de la razón o de análisis de eficiencias, este debate no ha tenido eco suficiente. Por su parte, las prácticas monopólicas relativas se reconocen como ineficientes e ilegales en circunstancias específicas distintas. Por ello, el debate de este artículo se circunscribe únicamente a las prácticas horizontales o absolutas. En otro apartado analizaremos la posibilidad de utilizar una *regla de minimis* a la usanza europea que permita que las autoridades de competencia y, en su caso, penales, se aboquen a perseguir los cárteles de impacto en México.

²⁰ Este aspecto es vital desde el punto de vista de política criminal y tiene que ser abordado con cautela. El deficiente desempeño o ineficacia en una determinada rama del derecho no puede resolverse criminalizando las conductas. De otra forma, la solución sería relativamente fácil: pidamos al legislador que sancione penalmente las conductas de incumplimiento. Así, el derecho penal dejaría de ser el juicio de reproche más importante de la sociedad mexicana y el Estado tendría un poder fascista sobre sus gobernados.

nopólica absoluta.²¹ Así, es vital determinar con precisión cuál es la apropiación unilateral que realizan las empresas coludidas en detrimento de los consumidores.

Las prácticas monopólicas absolutas consisten en acuerdos entre dos o más agentes económicos cuyo objeto o efecto es la fijación unilateral de precios o cantidades en un mercado, o el intercambio de información con ese objeto o efecto.²² Antes de la práctica monopólica en cuestión, existían una serie de procesos de decisión independientes, destinados a la determinación estratégica de tantos precios en el mercado como competidores existen, que se sustituiría por un único proceso de maximización de la utilidad agregada de los competidores coludidos. Entender los efectos de los acuerdos de colusión sobre los consumidores de un mercado radica en comprender el siguiente concepto. El resultado de maximizar la utilidad agregada de los oferentes en el mercado, utilizando un único precio de colusión, genera un mayor monto total de utilidad agregada para los oferentes en el mercado, que el monto total de utilidad agregada que resultaría de un proceso competitivo de determinación de precios. En un proceso competitivo, cada agente oferente elige su propia estrategia anticipándose a las decisiones de sus rivales. Precisamente sus rivales buscan maximizar sus utilidades, a costa de sus competidores. De esta forma, el nivel del precio que buscan determinar agentes independientes se logra con base en eficiencias individuales y propias y no en la coordinación con sus competidores.

Dentro de un acuerdo de colusión o práctica monopólica absoluta, el compromiso de los involucrados a no desviarse de un precio predeterminado por la maximización de sus utilida-

²¹ Es importante señalar que la realización de una práctica monopólica absoluta, a diferencia, por ejemplo, de un robo, no implica el apoderamiento de un bien o patrimonio que originalmente estuvo en manos del consumidor; sino la privación de un beneficio económico que de otra forma, y bajo condiciones de competencia, hubiera estado en manos del consumidor. Es decir, el análisis de los efectos de las prácticas monopólicas en el consumidor siempre es un análisis contra-factual e hipotético.

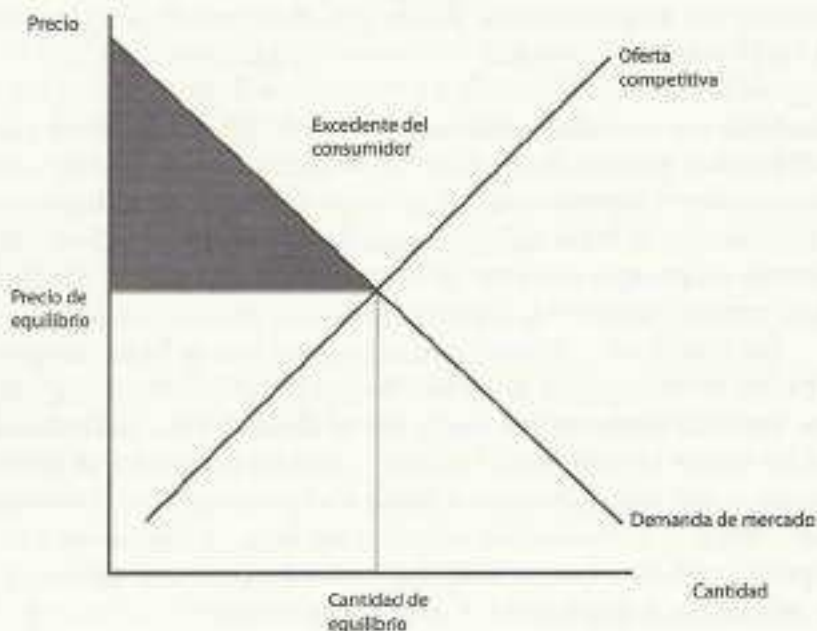
²² La división de mercados, la restricción de abasto o la coordinación de posturas en licitaciones, no son más que particularidades que al final reflejan el fenómeno general de fijación de precios o cantidades en mercados específicos y sus subconjuntos.

des conjuntas elimina la necesidad de competir. Es decir, que se elimina la necesidad de que los agentes implicados mantengan su participación de mercado vía un proceso de ofertas sucesivas que tenderán a aproximarse a niveles competitivos de precios. Al cancelarse el proceso competitivo de ofertas sucesivas de precios, se elimina una de las manifestaciones más notorias e indispensables del proceso competitivo de los mercados: la determinación estratégica de precios independientes con la finalidad de atraer consumidores. Por lo tanto, en la medida en que permanezcan vigentes los acuerdos de colusión, se cancelan los beneficios del proceso competitivo en beneficio de los consumidores y se transferirán a los agentes involucrados en la colusión.

La colusión conlleva al intercambio de cantidades menores a las de un mercado competido y a un precio mayor en el mercado donde se presenta la colusión. Así, algunos consumidores son desplazados del mercado y otros pagan un precio mayor. Al reflejarse en mayores precios para los consumidores, una colusión implica una transferencia de recursos económicos (o bienestar) de los consumidores a los oferentes de un mercado. Aunado a dicha transferencia, se produce una pérdida en el bienestar de la sociedad representada por todos los excedentes económicos que dejan de reeditar a los consumidores que abandonan su consumo en virtud del mayor precio. Hay riqueza social que deja de generarse. En este contexto, hay un valor adicional que debe protegerse, más allá del mero patrimonio de los consumidores —ya de suyo importante—, que es precisamente la pérdida de bienestar para la sociedad en general al no crearse la riqueza que era esperada en un escenario de competencia.²³

²³ Por ello el patrimonio de los consumidores no será el único bien jurídico tutelado por la norma, sino en todo caso la riqueza de la sociedad y protección del proceso de competencia, libre concurrencia y acceso a los mercados que permitirán que el consumidor logre resultar beneficiado. En adición, el tema de la posibilidad de que el consumidor (no necesariamente el competidor) pueda ser realmente resarcido, amerita una discusión por separado sobre la efectividad de los derechos o acciones de grupo o clase que se prevén en los artículos 24-III y 26 de la Ley Federal de Protección al Consumidor. Este tema será objeto de reforma constitucional en el futuro cercano para lograr un verdadero y efectivo acceso de la administración de justicia a nivel

Diagrama I



Para efectos de ilustración, supóngase un mercado en el que existe una serie de competidores activos rivalizando en un bien homogéneo. Tales competidores se enfrentan a dos opciones: coludirse o competir. Si los agentes compiten vía precios, la oferta competitiva, en interacción con la demanda de mercado, generaría el precio competido denotado como precio de equilibrio en el diagrama I.

Cada punto en la curva de demanda del diagrama anterior representa un consumidor en el mercado del bien que nos ocupa. Esta representación muestra que existen consumidores dispuestos a pagar un precio sustancialmente mayor al precio de equilibrio en el mercado y consumidores sólo dispuestos a adquirir el bien o servicio a precios no mucho mayores al precio de equilibrio o exclusivamente al precio de equilibrio. Así, los

consumidor o grupo de personas con derechos individuales homogéneos de naturaleza colectiva o de naturaleza difusos.

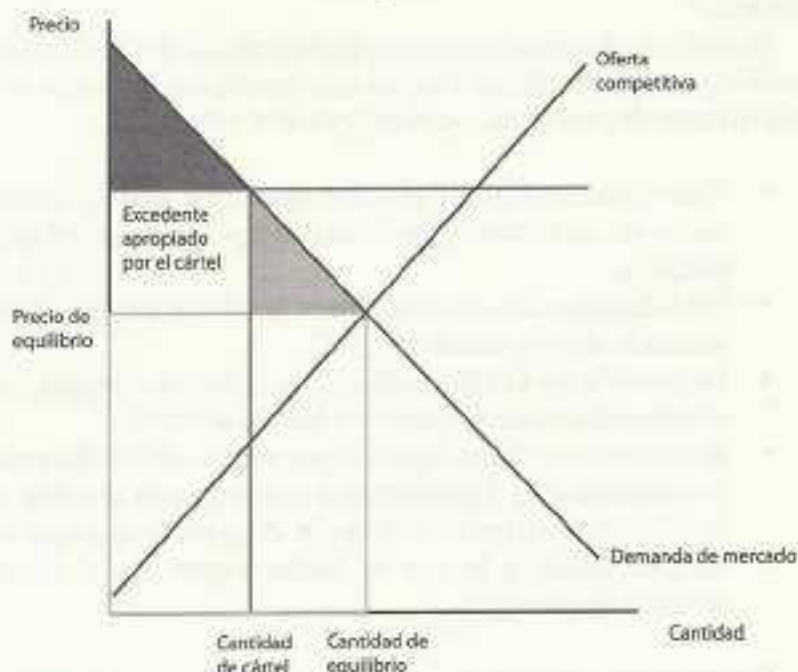
consumidores abandonarían su consumo ante incrementos relativamente pequeños en el precio que observan. Dado el precio de equilibrio en el mercado, los consumidores representados a lo largo de la curva de demanda a la derecha de la cantidad de equilibrio son consumidores que no valoran el bien lo suficiente para comprarlo a precios de equilibrio o de mercado. Por su parte, los consumidores representados a lo largo de la curva de demanda, a la izquierda de la cantidad de equilibrio, son consumidores que valoran relativamente más el bien en cuestión y que, en todo caso, estarán dispuestos a pagar un mayor precio por éste.

En equilibrio, todos los consumidores que *de facto* compran el bien o servicio pagan un precio menor o igual al precio máximo que estarían dispuestos a pagar por el mismo. Para cada consumidor existe un diferencial mayor o igual a cero entre el precio máximo que está dispuesto a pagar y el precio que *de facto* paga por el bien: si un individuo adquiere un bien, la diferencia entre el precio máximo que estaría dispuesto a pagar, y el precio que de hecho paga, representa el excedente económico que se deriva del consumo del bien en cuestión. La suma de todos los diferenciales referidos en el mercado es la suma del beneficio que cada consumidor extrae de la compra del bien al precio de equilibrio competitivo. Este beneficio es conocido entre los economistas como excedente (o bienestar) del consumidor y está representado por el triángulo sombreado en color gris que se muestra en el diagrama I.

Ahora bien, si los oferentes activos decidieran coludirse, cesaría la oferta competitiva en el mercado para la determinación del precio de equilibrio, y éste se reemplazaría por el único precio dictado por el cártel o conjunto de agentes coludidos. El precio resultante sería el de un proceso de maximización de las utilidades agregadas de los competidores coludidos, que sería equivalente al precio que dictaría un monopolio en el mercado que nos ocupa.²⁴

²⁴ Claramente, y de hecho es uno de los problemas de la tipificación, es que dicha equivalencia existiría sólo de presentarse una colusión entre *todos* los competidores activos o con mayor participación o impacto en el mercado.

Diagrama II



Como puede verse en el diagrama II, el triángulo que en el diagrama I representaba el excedente del consumidor ahora se divide en tres partes: i) el triángulo superior, que representa el excedente del consumidor se conserva (de manera reducida) aun después de la colusión; ii) un triángulo inferior sombreado con gris más claro, ahora representa el excedente perdido por los consumidores que en virtud del nuevo precio no pueden adquirir el bien o servicio, y iii) un rectángulo no sombreado indica el excedente del consumidor original, que ahora es *apropiado unilateralmente por el cártel* en la forma de ingresos por ventas a un precio mayor. *Este rectángulo representa la transferencia de bienestar del consumidor a los oferentes coludidos en el mercado en cuestión.*

Como puede verse, los cárteles propician la pérdida de una parte del excedente de los consumidores y se apropian de otra parte a cuenta de lo que antes era el beneficio de cada consumi-

dor que adquiriría el bien o servicio y que extraña de su compra y consumo.²⁵

Descrito lo anterior, podemos derivar algunas conclusiones inmediatas sobre el efecto nocivo que propician los cárteles o participantes de prácticas monopólicas absolutas:

- Una disminución en el valor total que podría comerciarse en un mercado de existir competencia económica efectiva.
- Una disminución en el volumen total comercializado en un mercado determinado.
- La pérdida de la oportunidad de todo un conjunto de consumidores de adquirir un bien o servicio.
- El incremento de los ingresos por ventas de los oferentes involucrados. El incremento a costa de una porción de la diferencia entre lo que están dispuestos a pagar los consumidores, y lo que de hecho pagan por el bien o servicio en cuestión.

Revisado el esquema teórico sobre los elementos básicos de la apropiación del excedente del consumidor por parte de los cárteles, la pregunta natural es si es posible calcular, en caso de una práctica monopólica absoluta concreta, la magnitud del daño hecho a los consumidores. Es decir, la factibilidad de calcular objetivamente en términos de excedente del consumidor perdido o transferido. Economistas como Becker (1968) han demostrado que un buen principio para la determinación óptima de penas es aquél que las determina con base en un múltiplo del costo social del crimen, y negativamente proporcionales a la probabilidad de que se detecte la conducta ilícita. Una medida cuantitativa de la pérdida de bienestar social generada por una práctica concreta facilitaría enormemente la tarea de jerarquizar y determinar las

²⁵ El triángulo blanco debajo del triángulo con sombreado claro en el diagrama II, es también una pérdida en el bienestar social. Era una porción de un beneficio que existía bajo competencia y que se perdió. No se transfirió ni se conservó, bajo el esquema de colusión.

penas en cada caso particular. No obstante, es imposible llevar el concepto del excedente del consumidor a una medida cuantitativa en la práctica, fundamentalmente debido a la ausencia de información.

A pesar de la imposibilidad de lograr una medida cuantitativa de la pérdida en excedentes del consumidor de cada práctica monopólica en particular, la teoría económica ofrece un conjunto de criterios en función de los cuales la apropiación de excedentes económicos de los consumidores por parte de los oferentes coludidos será mayor para una determinada práctica. En concreto, la pérdida en excedente del consumidor de una determinada práctica monopólica absoluta, tenderá a ser más grande en la medida en que la demanda de mercado del bien relevante sea más inelástica. Este hecho implica que las pérdidas para los consumidores –y por lo tanto, la gravedad de las penas asociadas– tenderán a ser mayores en la medida en que los bienes o servicios en cuestión tengan menos sustitutos, sean considerados bienes o servicios básicos, representen una mayor proporción de los ingresos de los consumidores, y en la medida en que la práctica absoluta sea súbita o poco previsible para los consumidores afectados. Aunado a lo anterior, resulta evidente que la pérdida en excedente del consumidor de una determinada práctica monopólica absoluta, tenderá a ser más grande en la medida en que aumente el tamaño del mercado, y en la medida en que sea más larga la “historia de la violación a la ley”,²⁶ o el periodo de tiempo en el que se demuestre se llevó a cabo la colusión.²⁷

Con todo lo anterior, si bien generalmente no es posible medir cuantitativamente el daño causado a los consumidores por una colusión particular, sí es posible definir claramente una serie de criterios acumulativos que dan una idea de la dimensión de dicho daño, y permiten jerarquizar la gravedad de distintas prácticas particulares. Si una pena básica,²⁸ por una práctica mo-

²⁶ En los términos definidos por autores como Motchenkova y Kort (2004).

²⁷ Bajo este mismo razonamiento, las penas podrían ser mayores para agentes reincidentes, lo cual disminuiría aún más los incentivos para llevar a cabo una colusión en el mercado.

²⁸ Medida, por ejemplo, en tiempo que deberá aplicarse la pena corporal.

nopólica absoluta se incrementa proporcionalmente a las ventas anuales de los agentes económicos involucrados, aumenta con base en el tiempo durante el cual dicha práctica fue exitosa, y se amplía en la medida en que estén presentes los indicadores de una demanda de mercado inelástica, se tendrá a la mano una buena aproximación de la medida cuantitativa del daño causado por los agentes coludidos a los consumidores en el mercado,²⁹ y ello permitirá el cumplimiento de un aspecto fundamental en la legislación penal mexicana: el derecho de la víctima a ser resarcido de la reparación del daño.³⁰

2. Detección y aplicación de las penas

Es una opinión recurrente que las políticas de aumentar las penas con el objetivo de desestimular las acciones fuera de la ley son sólo una parte de las medidas recomendadas para lograr el fin en que se inspiran. Al momento de decidir actuar fuera de la ley, el agente económico no sólo evalúa la magnitud de la pena aplicable sino la probabilidad de que ésta sea detectada y que, una vez detectada, se aplique oportuna y efectivamente (pena corporal y reparación del daño). Así, cuando las penas ya son suficientemente severas,³¹ resultará más efectivo aumentar la probabilidad de que la práctica sea detectada y sancionada, que aumentar la magnitud de la pena en cuestión.

En razón de lo anterior, desde el punto de vista económico, para que la aplicación de penas corporales a los infractores del

²⁹ Es importante señalar que esta medida cuantitativa del daño sería siempre una cota inferior del daño real causado por el agente económico que participe de la colusión, pues como lo indica Posner (1974), además de la pérdida social representada en el diagrama II, existe una pérdida adicional relacionada con todos los recursos productivos que el monopolista o los agentes en colusión dedican para alcanzar y mantener el estado de colusión.

³⁰ Apartado C del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³¹ Como dato relevante, el único lugar en nuestra Carta Magna donde se utilizan los calificativos "eficacia" y "severamente" es en el artículo 28 de la Constitución, cuando se hace referencia al hecho de que las autoridades deben perseguir con eficacia y las leyes castigar severamente los actos de acaparamiento, entre otros.

artículo 9 de la LFCE cumpla con sus objetivos, debería estar acompañada de acciones específicas de la CFC para aumentar la probabilidad de detectar y sancionar este tipo de prácticas.

En este sentido, sería importante explorar la posibilidad de que se aplicara, ante este nuevo esquema de penalización de las prácticas monopólicas absolutas, un esquema de inmunidad penal o "*whistler blower*", similar al esquema de inmunidad aplicado hoy en día por la CFC, pero a nivel individual y para todas las personas con conocimiento de la existencia de una práctica monopólica absoluta al interior de una empresa. Esto es, ante la posibilidad de que la pena corporal sea aplicable a todo aquel individuo que haya participado o esté relacionado con la comisión de una práctica monopólica absoluta, la exoneración penal para el primero que denuncie la práctica aumentará los incentivos de los agentes involucrados a no participar de ésta, o bien a llevar a la autoridad las pruebas necesarias para su detección y sanción.

Este complemento a la penalización de las prácticas monopólicas absolutas aumentaría sustancialmente la inestabilidad de los acuerdos de colusión, pues a diferencia de los accionistas o directivos de una empresa, el empleado de una compañía coludida con sus competidores —en su carácter de partícipe—,³² difícilmente relaciona una práctica monopólica de su empresa con sus beneficios personales.³³ Cualquier individuo racional dentro de una empresa involucrada en la comisión de una práctica absoluta, distinto del dueño o accionista, tendrá menos beneficios provenientes de esta práctica, pero un castigo similar: la pena corporal. Así, aumentarán sus incentivos a denunciar dicha práctica ante

³² Aunque tal aspecto tendría que verse cuidadosamente en el contexto de los acuerdos de confidencialidad que firman los empleados de una compañía. No obstante, si el delito se persigue de oficio (e incluso llegare a ser grave), existe la obligación constitucional de poner noticia del delito al Ministerio Público para efectos de investigación y eventual persecución.

³³ Los dueños o accionistas de las empresas involucradas en una práctica monopólica absoluta tendrán menos incentivos a romper el acuerdo de colusión, aun con la implementación de la pena corporal, debido a los beneficios extra-normales que de éste reciben. Aun con la implementación de la pena corporal como sanción es probable que sigan encontrando beneficio el establecimiento de prácticas monopólicas absolutas dada la baja probabilidad de que esta pena corporal realmente se aplique.

las autoridades. Lo anterior tiene como consecuencia que la probabilidad de detección de una práctica aumente sustancialmente; o bien, que se obligue a las empresas a participar en parte de los beneficios de la práctica a cualquier agente involucrado en ella. En ambos casos, los costos del agente económico que decide infringir la ley invariablemente aumentan, y por lo tanto, sus incentivos a incursionar en una práctica monopólica absoluta disminuyen.

III. DELINCUENCIA ECONÓMICA, EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL Y DERECHO PENAL ECONÓMICO

La delincuencia económica organizada y sus complejas formas de expresión criminal han merecido que el Estado intervenga penalmente en ámbitos de reciente atención que antes no eran objeto de tutela penal.³⁴ Esta ampliación del ejercicio del *ius puniendi* del Estado ha dado como resultado: i) la incriminación de nuevas conductas que anteriormente sólo constituyeran infracciones administrativas; ii) la incriminación de conductas que antes de ser tipificadas como delito ni siquiera estaban sancionadas por la ley de forma alguna; iii) el aumento de sanciones penales previstas en la ley por actos u omisiones que afectan, entre otros intereses supra-individuales, el orden económico; y iv) la aparente flexibilización de ciertas garantías procesales.³⁵

Este fenómeno se conoce como *expansión del derecho penal*.³⁶ Quienes lo critican consideran que es violatorio de los principios garantistas limitadores del poder punitivo del Estado. Sus defensores lo justifican y defienden bajo el argumento que es obligación del poder político contender todos los nuevos riesgos potenciales —entre ellos en materia económica— que pueden generarse en una

³⁴ El ejemplo más claro es la tutela penal del medio ambiente.

³⁵ La flexibilización de garantías procesales se ha manifestado de forma más clara tratándose de delitos de delincuencia organizada. Véase Sarulle, Óscar Emilio, *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1998.

³⁶ *Idem*.

sociedad moderna, avanzada y globalizada como la que vivimos actualmente.³⁷

Una postura ecléctica resulta fundamental para la estructuración y delimitación de una fase del derecho penal como la que hoy vivimos. En el denominado derecho penal económico hay varias voces que establecen que las infracciones a las normas estatales rectoras de la actividad económica deben ser sancionadas única y exclusivamente por el derecho administrativo sancionador y no por el derecho penal. La ambigüedad y abstracción de los bienes jurídicos que tutela el derecho penal ponen en duda su constitucionalidad por una aparente contradicción con los principios garantistas de intervención mínima, lesividad y taxatividad.³⁸ No obstante, otros sistemas legislativos han sido exitosos gracias al enorme ingrediente disuasivo que es la responsabilidad penal para los partícipes del delito en materia de competencia económica-penal.³⁹

³⁷ En el Congreso Internacional denominado "Derecho Penal y Economía", llevado a cabo del 27 al 31 de agosto de 2007, el director del Inacipe, Lic. Gerardo Laveaga, hizo una exposición muy interesante –con un ejemplo–, de lo que es la expansión del derecho penal para ejemplificar si en tal rama del derecho deben buscarse las respuestas que no se han encontrado en otras áreas. Explicaba el Lic. Laveaga que un joven perdió su cartera durante la noche y estaba debajo de un faro de luz buscándola. En eso llegó un policía, y éste ofreció su ayuda. Después de un tiempo infructuoso en su localización, el policía preguntó el lugar exacto donde se había perdido la cartera. El ciudadano refirió un lugar en la oscuridad a varios metros del lugar donde estaban conjuntamente buscando. El policía entonces preguntó: ¿por qué busca en este lugar específico si la cartera se perdió en otro sitio? Con una lógica abrumadora respondió el ciudadano: Por la sencilla razón de que aquí está la luz. Luego, la pregunta que debemos hacernos es si "la luz" solamente la podremos encontrar en el derecho penal. Es decir ¿el cumplimiento efectivo de una norma sólo se da en el ámbito o bajo la amenaza de la sanción penal?

³⁸ Del Valle Pérez, Carlos *et al.*, *Derecho penal económico*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

³⁹ Por ejemplo, en Estados Unidos, la *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* de 2004: i) aumentó significativamente la sanción máxima de USD\$10 a USD\$100 millones de dólares; ii) incrementó la sanción máxima a un individuo participante en la práctica de USD\$850 mil dólares a USD\$1 millón; iii) aumentó la pena de prisión de 3 a 10 años de prisión.

1. *El estado de la cuestión*

Se atribuye a John D. Rockefeller la frase: *"Quiero ser dueño de nada, y controlarlo todo. La competencia es un pecado"*. De hecho, el combate a los *trusts* y monopolios creados por tal persona dio lugar a la Sherman Act de 1890. La frase antes apuntada parece no sólo inspirar a muchos empresarios, sino también a los delinquentes en materia económica.

Si los negocios de la delincuencia en materia de delitos contra la economía pública, específicamente contra el consumo y la riqueza nacionales, mueven gigantescas cifras, es natural que necesiten de entidades financieras mediante las cuales pueden ingresar esos enormes recursos a la economía legal. Tal delincuencia se encuentra bien organizada y cuenta con sofisticación en su método y actuación. De ahí la justificación de crear no solamente instituciones, debidamente capacitadas, con recursos necesarios para garantizar una eficacia regulatoria y efectiva función sancionatoria, sino también herramientas legales adecuadas para combatir tal crimen organizado.⁴⁰

En este sentido, un aspecto estructural vital es responder a la inquietud de cómo congeniar y coordinar las funciones y atribuciones de la CFC para prevenir, investigar y combatir las prácticas monopólicas y las concentraciones prohibidas, con las funciones de investigación y persecución de los delitos, exclusivas del Ministerio Público de la Federación.

Tal parece que algunos agentes económicos, que pudieran llegar a ser partícipes por la comisión de delitos económicos, conducen sus acciones u omisiones con características generalmente ocultas o secretas, aprovechando las lagunas normativas en materia económica. Sus fines están en contradicción con el

⁴⁰ De hecho, parte del debate es si en determinadas circunstancias los delitos económicos cometidos bajo el esquema de prácticas monopólicas absolutas pueden ser catalogados como delitos de delincuencia organizada. Ahora bien, sin intentar desarrollar ese tema en este instante, pareciera que de cualquier forma se requeriría la declaración de ilicitud de la propia CFC. En otras palabras, ¿qué debe ser primero, la declaración de ilicitud administrativa o la investigación penal —que con sus herramientas más sofisticadas— puede auxiliar a la declaración administrativa?

bienestar general en el consumo de bienes y servicios, y llevan a cabo su actuar con base en una decisión de negocios y bajo un esquema de riesgos y posibilidades, especialmente cuando la lucha contra el delito y el delincuente en México tiene en la actualidad un saldo favorable para la delincuencia.

La legislación penal federal en materia de delitos contra la economía pública y, muy especialmente, de delitos contra el consumo y la riqueza nacionales, representa –en nuestro concepto– ideas bien intencionadas, pero que contienen conceptos *asfixiantes*, desde el punto de vista legal. Al respecto, parece cobrar vigencia la famosa frase de: “Un conflicto controlado produce el resultado deseado”.

La herencia, quizá un tanto pasada de moda del *laissez-faire* incondicional, genera en las sociedades una falsa idea de libertad económica, democracia y supuesto capitalismo competitivo; sobre todo ante el alza generalizada de precios –silenciosa– que estamos padeciendo actualmente en México en muchos de los productos básicos para nuestra población.

Asimismo, cabe la posibilidad de que las elites del poder empresarial criminal, para incrementar sus ganancias o beneficios económicos personales o societarios, en realidad no deben actuar como agentes económicos individuales e independientes en el mercado y competir por satisfacer cierta demanda; sino que deben coordinarse en éste para trabajar, al menos en algunas áreas o por algún tiempo, como si fuesen un solo agente económico cuyos intereses se conjugan y se defienden al unísono.

2. Apariencia de la realidad o realidades en materia económica

Es sumamente trascendente para el bienestar de la economía mexicana identificar el problema que es común en los delitos perpetrados en el ámbito de las poderosas organizaciones empresariales criminales. Pese a la reforma que pretendió afirmar que serán *responsables solidarios* –en materia administrativa– los agentes económicos que hayan adoptado *la decisión* y directamen-

te involucrados en la conducta prohibida por la LFCE, lo cierto es que todavía subsiste la necesidad de atribuir responsabilidad penal eficaz y directa a los que realmente "deciden" la realización de hechos delictivos. Esto no es sólo una cuestión técnica propia de la dogmática penal sino, esencialmente, de la política criminal.

Tal parece que el derecho penal mexicano está rebasado ante la realización dolosa de posibles y constantes delitos económicos generados desde el ámbito empresarial-criminal, donde la comisión de los delitos requiere de complejas y diversas maquinaciones de naturaleza económica.

Actualmente no existen condiciones legislativas para garantizar la tutela de bienes jurídicos múltiples y tan diversos, como los que contempla la vasta descripción de las conductas típicas del artículo 253 y demás relativos del Capítulo Decimocuarto del Código Penal Federal, frente a la LFCE. Al respecto, nótese la necesidad de analizar la forma en cómo se atenderán las interpretaciones estrictas, conforme al principio de la exacta aplicación de la ley al hecho delictivo, tratándose de conceptos legislativos como: i) "afectación grave al consumo nacional"; ii) "artículos de consumo necesario y generalizado"; iii) "materias primas para la actividad industrial"; iv) "alza en los precios"; v) "afectación al abasto"; vi) "protección de los consumidores" (se precisa que la legislación siempre habla de consumidores, en plural); vii) "libre concurrencia en la producción o en el comercio"; viii) "injusto precio"; ix) "competencia entre competidores"; x) "áreas económicas"; xi) "agentes económicos"; xii) "cualquier forma de participación en la actividad económica"; xiii) "monopolios"; xiv) "prácticas monopólicas absolutas o relativas"; xv) "intercambio de información"; xvi) "restricción de bienes y servicios"; xvii) "influencia o afectación a un mercado actual o potencial"; entre otras.

Lo anterior no debe ser pretexto para que queden impunes, merced a insuficiencias o falta de técnica interpretativa penal, conductas delictivas arropadas de negligencia, infracción de deberes empresariales o decisiones empresariales temerarias que dañen al público consumidor y que sean contrarias a la eficiencia económica. Asimismo, el análisis se complica al evidenciar conductas

dolosas en grado de tentativa, o frente a los denominados delitos de peligro y delitos de lesión. De ahí la necesidad de cuestionar la actual legislación federal en materia de derecho penal económico, frente a las funciones y atribuciones de vigilancia, control y regulación que tienen los órganos encargados de velar por la sana y legítima competencia económica. En consecuencia, se debe poner *el dedo en la llaga*, al advertir del peligro en las posibles contradicciones que, en su caso, surgen al transferir conceptos o teorías propias del derecho económico, atendibles por el derecho administrativo, societario, civil, mercantil, concursal y otros, al derecho penal, cada uno con una sistemática interpretativa y con fines u objetos legislativos distintos. En consecuencia, es urgente atender la congruencia o afinidad legislativa entre la LFCE frente al Capítulo Decimocuarto del Código Penal Federal, o bien derogar este último para que sea aquélla, en un capítulo especial, la que se encargue de prever los delitos en materia económica.

IV. PROBLEMÁTICA GENERAL DE LA INAPLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 253 Y 254 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL

Los delitos previstos en los artículos 253 y 254 del Código Penal Federal, relativos a los delitos contra el consumo y la riqueza nacionales, difícilmente pueden ser aplicados a las prácticas monopólicas absolutas, tal como se expondrá a continuación. El Código Penal Federal establece lo siguiente:

*253. Son actos u omisiones que *afectan gravemente al consumo nacional y se sancionarán con prisión de tres a diez años y con doscientos a mil días multa, los siguientes:*

I. Los relacionados con *artículos de consumo necesario o generalizado o con las materias primas necesarias para elaborarlos, así como con las materias primas esenciales para la actividad de la industria nacional, que consistan en:*

- a) El acaparamiento, ocultación o injustificada negativa para su venta, con el objeto de obtener un *alza en los precios* o afectar el abasto a los consumidores.
- b) *Todo acto o procedimiento que evite o dificulte, o se proponga evitar o dificultar la libre concurrencia en la producción o en el comercio.*
- c) La limitación de la producción o el manejo que se haga de la misma, con el propósito de *mantener las mercancías en injusto precio.*
- d) Todo acuerdo o combinación, de cualquier manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes o transportistas, para *evitar la competencia entre sí* y traiga como consecuencia que los consumidores o usuarios *paguen precios exagerados.*
- e) La suspensión de la producción, procesamiento, distribución, oferta o venta de mercancías o de la prestación de servicios, que efectúen los industriales, comerciantes, productores, empresarios o prestadores de servicios, con el objeto de obtener un *alza en los precios* o *se afecte el abasto de los consumidores.*
Si se depone la conducta ilícita dentro de los dos días hábiles siguientes al momento en que la autoridad administrativa competente lo requiera, la sanción aplicable será de seis meses a tres años de prisión, o de cien a quinientos días multa.
- f) La venta con *inmoderado lucro* por los productores, distribuidores o comerciantes en general. En los casos de que el lucro indebido sea inferior al equivalente a 60 días del salario mínimo general vigente en la región y en el momento donde se consuma el delito, se sancionará con prisión de 2 a 6 años y de 60 a 300 días multa.

254. Se aplicarán igualmente las sanciones del artículo 253:

I. Por destrucción indebida de materias primas, productos agrícolas o industriales o medios de producción, que se haga *con perjuicio del consumo nacional...*"

Las observaciones que tenemos frente a dichos delitos son las siguientes:

- Nuestra investigación documental, desde el punto de vista estadístico, arroja que tales delitos no se han aplicado en ningún caso concreto desde su entrada en vigor; es decir, desde 1931. Esto implica que tampoco se han aplicado desde que entró en vigor la LFCE (1993), según tenemos conocimiento.
- Tales tipos penales fueron creados en el contexto de la Ley An-timonopolios de 1931 (abrogada por la de 1934) y posteriormente objeto de reformas, en virtud de la Ley de Atribuciones del Ejecutivo en Materia Federal de 1950. Es decir, fueron creados a la luz de una legislación y orientación económica distinta a la de apertura de mercados de la LFCE (1993).
- Las conductas descritas como delitos en los artículos 253 y 254 del Código Penal Federal se basaban en la noción de monopolio o actos tendientes al monopolio existentes en las legislaciones de 1931⁴¹ y 1934, que ya no corresponden a la noción y orientación de la LFCE.⁴²

⁴¹ De hecho, la Ley Orgánica del artículo 28 constitucional en materia de monopolios de 1931 [publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de agosto de 1931] establecía delitos especiales en sus artículos 29, 30 y 31:

²⁹ Se considerará delitos y serán castigados con prisión de 4 meses a un año y multa de 500 a 10 000 pesos, las violaciones a lo dispuesto en el artículo 7o. [actos considerados como monopolio]; 30. Se consideran delitos y serán castigados con prisión de 4 meses a un año y multa de 500 a 10 000 pesos, las violaciones a lo dispuesto en los artículos 8o., fracciones I, II, V y VI [actos encaminados al monopolio]; 31. Se consideran delitos y serán castigados con prisión de uno a cuatro meses y multa de 100 a 3 mil pesos, las violaciones del artículo 8o., en sus fracciones III, IV y VI*.

⁴² Incluso, previamente a tales legislaciones se publica en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley Reglamentaria del artículo 28 constitucional. Dicha ley –fruto de una orientación económica distinta a la que vivimos actualmente–, establecía en su Capítulo VII denominado “Disposiciones Penales”, los artículos 20 a 30 que contenían diversos delitos e infracciones administrativas. Llama la atención que los tipos penales eran “abiertos” y una mera repetición del texto del artículo 28 constitucional. Por ejemplo, “se castigará con pena de 3 años de prisión cuando se trate de la concentración o acaparamiento de los productos enumerados en el artículo 2o. (“consumo necesario”), en la inteligencia que si la concentración o acaparamiento se hiciere en época de escasez, se considerará esta circunstancia como agravante de cuarta clase y se aplicará el máximo de la multa, cuando: “Todo acto o procedi-

- Los artículos 253 y 254 del Código Penal Federal no distinguen entre prácticas monopólicas horizontales o verticales, ni tampoco entre conductas unilaterales y plurilaterales. En este sentido, pueden abarcar ambos tipos de conductas. Es decir, pueden condenarse restricciones verticales de comercio, las cuales en la esfera administrativa no tienen una prohibición *per se*. Tampoco hacen una distinción particular respecto de actos de concentraciones prohibidas porque en esa época (1931), no existía el concepto preventivo de concentración.
- No existe requisito de procedibilidad alguno para su investigación y persecución, es decir, no se requiere que la autoridad competente en materia de competencia económica emita una declaración de ilicitud o querrela ante el Ministerio Público para que éste ejerza sus facultades persecutorias. Esa ausencia redundante en dos aspectos: a) la falta de participación procesal activa de la autoridad especializada en materia económica en el procedimiento penal, quien es la más apta para presentar ante el Ministerio Público los datos que demuestren la comisión del delito económico y la probable responsabilidad del o los autores o partícipes y b) la falta de incentivos para los infractores de la ley penal-económica a que reparen los daños económicos causados por sus faltas, pues al ser los delitos económicos de persecución oficiosa no hay posibilidad de terminar con el procedimiento penal mediante perdón o manifestación análoga de la CFC, lo que hace poco atractivo el pago de dichos daños.
- Algunos de los tipos previstos son extremadamente abiertos y probablemente inconstitucionales por no permitir la definición externa de los elementos del tipo y transferir inadecuadamente tal facultad al Ministerio Público en la etapa de investigación o al

miento que entra o tienda a entrar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público*.

juzgador en la etapa de juicio y sentencia. Como ejemplo de lo anterior, se citan las siguientes fracciones:

"b) Todo acto o procedimiento que evite o dificulte, o se proponga evitar o dificultar la libre concurrencia en la producción o en el comercio.

f) Todo acuerdo o combinación, de cualquier manera que se haga de productores, industriales, comerciantes o transportistas, para evitar la competencia entre sí y traiga como consecuencia que los consumidores o usuarios paguen precios exagerados".

- Algunos de los tipos de los artículos 253 y 254 del Código Penal Federal son más rigoristas en su redacción que las propias conductas descritas por la LFCE. Por ejemplo, el inciso f) del artículo 253 que abarca mayores infracciones que el artículo 9o. de la LFCE.
- La descripción de los elementos normativos de los tipos establecidos en los artículos 253 y 254 del Código Penal Federal son de difícil aplicación, en virtud de que es un contexto económico distinto. Al haber sido abrogada la Ley de 1934 y la de Atribuciones del Ejecutivo Federal de 1950, existen nociones que han perdido su contexto histórico y normativo. Varias de esas expresiones son vagas y provocan ambigüedad contraria al principio de certeza y exacta aplicación de la ley penal. Por ejemplo, "afectación grave al consumo nacional" [encabezado del artículo 253]; "artículos de consumo necesario o generalizado" [253, fracción I]; "injusto precio" [253, fracción I, inciso c)]; "precios exagerados" [253, fracción I, inciso d)]; "inmoderado lucro" [253, fracción I, inciso g)]; "perjuicio del consumo nacional" [254, fracción I], entre otros.
- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sigue la terminología y orientación del Código Penal Federal pero no la de la LFCE. Luego, debe existir simetría entre estos tres ordenamientos porque, de otra forma, siempre habrá la oportunidad de argumentar una inter-

pretación histórica que no permita la aplicación exacta de la ley penal. Ello a pesar de lo dispuesto por el artículo transitorio tercero que señala: "en lo que no se oponga a la presente Ley, continuarán en vigor las disposiciones expedidas con base en los ordenamientos que se abrogan, hasta en tanto no se deroguen expresamente".

Por las razones mencionadas consideramos que los tipos penales existentes en el Código Penal Federal son de difícil aplicación a la luz de la LFCE. En este sentido, sugerimos su derogación. El siguiente apartado enarbolará las ventajas, desventajas y puntos de análisis que permitan –en su caso–, sustituir los artículos penales derogados por nuevos tipos penales que auxilien a perseguir las conductas más dañinas en materia de competencia. Estas acciones deben ser fortalecidas por una política administrativa y civil que complemente la acción de la autoridad.

1. Problemática de crear tipos penales dentro o fuera de la LFCE

Como quedó asentado en un apartado anterior de este breve ensayo, económicamente puede justificarse el efecto pernicioso de las prácticas monopólicas absolutas, traducidas en la pérdida de bienestar de la sociedad y de la transferencia indebida de ganancias del consumidor al monopolista. Luego, es obligación del Estado mexicano –en cumplimiento al mandato del artículo 28 constitucional– implementar una política criminal eficaz y eficiente para prevenir, combatir y sancionar la realización de semejantes prácticas.

Las prácticas monopólicas absolutas no sólo lesionan "la confianza social en el debido desarrollo económico o en la libre concurrencia" u otro tipo de bienes abstractos, sino también el patrimonio de los consumidores y su capacidad de desarrollo social; es decir, bienes jurídicos individuales que necesitan protección penal en contra de ataques de agentes económicamente poderosos que actúan con intencionalidad lesiva.

Piénsese, por ejemplo, en un una práctica monopólica absoluta que afecte el precio de los antibióticos básicos. Los consumidores económicamente más vulnerables no tendrán muchas opciones: o compran el medicamento al precio respectivo, obteniendo una disminución en su patrimonio que repercute posteriormente en la adquisición de otros bienes o servicios, probablemente de primera necesidad; o simplemente sacrifican el cuidado de su salud. Como esta última opción es poco probable, el consumidor vulnerable se ve obligado a someterse a los efectos de la práctica monopólica absoluta.

En conclusión, el derecho penal económico tutela de forma primaria bienes jurídicos supra-individuales y de forma secundaria bienes jurídicos individuales. La tutela penal de ambos es inseparable, pues mediante la afectación de los primeros siempre se verán afectados los segundos.

En este sentido, la legislación penal-económica mexicana debe ser actualizada de acuerdo con las realidades sociales y económicas nacionales e internacionales. Ello a la luz del artículo 28 constitucional. De hecho, este último artículo todavía tiene un rezago histórico importante. Por ejemplo, una práctica monopólica absoluta de fijación de precios que "no tenga por objeto un lucro inmoderado" o que obligue a pagar a los consumidores "precios exagerados", puede cuestionarse constitucionalmente. Sólo así el derecho penal económico mexicano dejará de ser letra muerta para convertirse en una verdadera expresión de una política-criminal mexicana tendiente a prevenir, evitar y sancionar las prácticas monopólicas absolutas.

Para ello, la primera acción que debe adoptar el legislador federal es derogar el Título Decimocuarto del Código Penal Federal y, de forma paralela, reformar la LFCE a fin que sea ésta la que, en su caso, contemple los delitos en materia económica. Las infracciones administrativas previstas en el artículo 9o. de esta última Ley pueden convertirse también en delitos económicos, pues las prácticas monopólicas absolutas son las más nocivas tanto para el debido desarrollo económico nacional, como para los consumidores. Asimismo, la tipificación de los delitos económicos en la LFCE podría evitar la existencia de tipos penales abiertos

o en blanco, susceptibles de ser declarados inconstitucionales y, por ende, inaplicables. La conducta monopólica unilateral no debiera ser objeto de preocupación inmediata sino solamente la de colusión o cártel.⁴³

Es importante analizar si debe incluirse o no algún tipo penal relativo a prevenir y disuadir las concentraciones prohibidas en términos de la LFCE.

Debe valorarse si a raíz de las reformas del 18 de junio de 2008 al artículo 20 de la Constitución (bajo la cual desaparecerá la prisión preventiva –excepción– y sobrevivirá para los casos de delincuencia organizada), los nuevos delitos que tipificará la reforma sugerida deberían ser tan graves que se circunscribieran bajo ciertas circunstancias hasta en delincuencia organizada. El gran riesgo es que se convirtieran en un fin utilitarista. Pareciera que si se resarciera patrimonialmente a las víctimas y que los directamente responsables tuvieran un tiempo de purgación de la pena, sería suficiente. Sus efectos pueden poner en riesgo el libre desarrollo de la personalidad de los consumidores que se ven afectados por los efectos perniciosos de las prácticas monopólicas absolutas.⁴⁴ Confirmar que será perseguible de oficio (si

⁴³ De hecho, la penalización de prácticas monopólicas absolutas a nivel penal estimulará a los participantes en prácticas colusivas a acercarse a la autoridad de competencia y fortalecer el programa de inmunidad y de reducción de sanciones. Por ejemplo, el documento presentado en el Foro de Competencia de Seúl, Corea (20 de abril de 2004), por el Procurador Adjunto Antimonopolios de Estados Unidos, Makan Delrahim, en su documento denominado *"The Basics of Successful Anti-Cartel Enforcement Program"* señala que hay cuatro requisitos centrales para el éxito de un programa de combate a cárteles: i) penas severas; ii) herramientas legales efectivas; iii) alto grado de detección; y iv) transparencia y previsibilidad en su aplicación. La disuasión es el objetivo primario de un programa anti-cárteles.

⁴⁴ La gravedad de estos delitos puede fundamentarse desde el texto constitucional, específicamente a partir del contenido del segundo párrafo del artículo 28, que señala que las prácticas monopólicas serán castigadas severamente por la ley, en conjunción con la reciente reforma al artículo 19 de la Constitución federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, que establece como pautas para calificación de grave de un delito que éste pueda afectar el desarrollo de la personalidad. Luego entonces, si los efectos perniciosos de las prácticas monopólicas absolutas tienen la capacidad de mermar sustancialmente el poder de libre decisión y elección de los consumidores, así como su patrimonio –especialmente sobre las clases sociales más desprotegidas–, obvio es que dicho tipo de ilícitos pueden afectar el libre

son de oficio no cabe el perdón o alguna figura semejante), y por la naturaleza de este tipo de delitos podría ser más provechoso que se persigan a instancia de la CFC (como pasa en los delitos fiscales, cuya mayoría se persigue a instancia de la SHCP) a fin de que los probables responsables tengan algún incentivo en pagar las sanciones pecuniarias que se les impongan.

Definir si la persecución de este delito requerirá la declaración de ilicitud previa por parte de la CFC (ver iniciativa referida en la nota al pie 12).

Señalar las formas de participación en las que se puede incurrir en este delito. Precisar si habrá presunciones de ilicitud (cuestionables desde el punto de vista constitucional), respecto de quienes debieron conocer la existencia del acuerdo. Este es un tema en exceso complejo. La dogmática y la jurisprudencia extranjera son abundantes y discrepantes. Lo mejor, según nuestro punto de vista, es que las formas de autoría y participación sean las mismas que regula la legislación penal federal sustantiva. Por lo que hace a las presunciones de ilicitud, no somos los más partidarios, pues los tipos penales que contemplan esa clase de presunciones pueden ser tildados de inconstitucionales con motivo de la reforma constitucional que prevé la presunción de inocencia de forma expresa.

Considerar una excluyente de responsabilidad –*de minimis rule*–, tanto administrativa como judicial para aquellas prácticas que no tengan un impacto social significativo.⁴⁵

desarrollo de la personalidad por pérdida generalizada de un bienestar económico causado por la práctica nociva en cuestión.

⁴⁵ La doctrina de “*minimis*” surgió de la sentencia número 5169 dictada por el Tribunal Europeo de Justicia al resolver el caso “*Völk vs. Verhaecké*”. De acuerdo con dicha doctrina, algunos acuerdos entre competidores que en términos de la legislación comunitaria aplicable deberían considerarse como afectaciones a la competencia económica, no tienen un impacto importante o apreciable en el mercado o comercio interestatal, ni afectación a la competencia entre aquellos. Los parámetros de aplicación de esta doctrina se encuentran en la “Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (*de minimis*)” publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea del día 22 de diciembre de 2001. Los supuestos que contiene al respecto, se encuentran en el apartado I, número 7, incisos a) y b) de dicha comunicación y su contenido es el siguiente: “La

Regular adecuadamente el tema de la multa y de la reparación del daño como consecuencia del delito. Al respecto consideramos que lo más idóneo sería una pena de prisión alta y una multa de igual naturaleza, la cual debería ser cubierta por el o los responsables como requisito indispensable para obtener el perdón de la CFC.

Aprovechar las reformas sobre acciones colectivas para fortalecer el tema de la reparación del daño y estimular la posibilidad de que existan "daños dobles" o medida semejante. Eliminar la prescripción o caducidad administrativa de cinco años para este tipo de prácticas.

V. CONCLUSIONES

El presente artículo expone las razones por las que la política de persecución de prácticas monopólicas absolutas no será efectiva si no se fortalecen las sanciones, así como los aspectos penales, administrativos y civiles para aquellos que las cometan; de tal forma que se convierta en un verdadero disuasivo para los participantes en este tipo de prácticas. El programa de reducción de sanciones no funcionará eficazmente si no se estimula a los participantes en cárteles a acercarse a la autoridad. Para ellos, se trata de meros costos de transacción. Por ello, hay que cambiar el aliciente.

Comisión considera que los acuerdos entre empresas que afectan al comercio entre los Estados miembros no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81: a) cuando la cuota de mercado conjunta de las partes en el acuerdo no exceda del 10% en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo, en el caso de acuerdos entre empresas que sean competidores reales o potenciales en cualquiera de dichos mercados (acuerdos entre competidores); o b) cuando la cuota de mercado de cada una de las partes del acuerdo no exceda del 15% en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo, en el caso de acuerdos entre empresas que no sean competidores reales o potenciales en ninguno de dichos mercados (acuerdos entre no competidores). En los casos en que resulte difícil determinar si se trata de un acuerdo entre competidores o un acuerdo entre no competidores, se aplicará el umbral del 10%. El texto completo está disponible en la página www.eur-lex.europa.eu. En el aspecto doctrinal, vease Wish, Richard, *Competition Law*, Lexis Nexos, Reino Unido, 2004, pp. 132-134.

Los tipos penales existentes son inaplicables en la actualidad y requieren reformarse y redactarse en la línea de la LFCE. En este sentido, debe haber una sincronía –que no existe–, entre la Constitución, la LFCE y el Código Penal Federal, ordenamientos que se redactaron en contextos históricos distintos a los actuales. Consideramos que nuestra tradición constitucional dificulta que nuestro Poder Judicial provea una evolución en la interpretación del artículo 28 constitucional.

No obstante ello, es necesario advertir: si bien debe cambiarse el incentivo, también debe balancearse el procedimiento ante la CFC. De otra forma, seguir erigiéndose en acusador, juzgador y administrador del proceso, respectivamente, y otorgándole herramientas penales, puede provocar que se convierta en un *súper-poder*. Por el contrario, el Estado mexicano debe propugnar para que la CFC se convierta en un efectivo Procurador de la competencia y, como órgano acusador, para que lleve sus casos ante la instancia judicial –eventualmente especializada– en temas de competencia.