

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



***¿Protegiendo la libre competencia?: La criminalización de las prácticas
anticompetitivas en el Perú a partir de un análisis del delito de abuso de poder
económico***

Tesis para obtener el título profesional de Abogada

que presenta:

La Rosa Flores, Ellen Ariana

Asesor:

Padilla Alegre, Vladimir Katherniak

Lima, 2025

Informe de Similitud

Yo, **Vladimir Katherniak Padilla Alegre**, docente de la **Facultad de Derecho** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor de la tesis titulada:

¿Protegiendo la libre competencia?: La criminalización de las prácticas anticompetitivas en el Perú a partir de un análisis del delito de abuso de poder económico

De la autora:

Ellen Ariana La Rosa Flores

Dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 28%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el **5/12/2025**.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: Lima, 15 de diciembre del 2025.

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: PADILLA ALEGRE, VLADIMIR KATHERNIAK	
DNI: 07750538	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5864-9705	

A mi padre Filiberto La Rosa Diaz, a quien amo profundamente y es mi más grande ejemplo a seguir, el hombre más fuerte y bondadoso.

Agradecimientos

A mis padres, quienes me han enseñado a ser siempre perseverante y justa. Gracias por habérmelo dado todo, este trabajo es también fruto de su esfuerzo. Especialmente a mi madre, quien con ternura y comprensión me ha acompañado en este camino.

A mi asesor, el doctor Vladimir Padilla, por su guía y objetividad en la supervisión de este trabajo.

Al doctor Carlos Ramos Núñez, quien me enseñó la importancia de investigar, de conocer la historia del derecho y de seguir mis propias convicciones.

Y gracias también a todos aquellos amigos que en diferentes momentos y en diferentes medidas me dieron ánimos.

Resumen

La presente tesis analiza la legitimidad y la técnica legislativa de la criminalización de las prácticas anticompetitivas en el Perú, centrada en el estudio del delito de abuso de poder económico tipificado en el artículo 232 del Código Penal. Tras su reincorporación en el año 2020 y su posterior modificación en el 2023, el trabajo evalúa si la configuración actual de este ilícito respeta los principios constitucionales que limitan el *ius puniendi* estatal, en el marco de un modelo de protección conjunta donde confluyen el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal.

A través de un enfoque dogmático e interdisciplinario, la tesis examina los fundamentos del Derecho Penal Económico y la flexibilización de sus garantías clásicas, así como el rol del Estado en la Economía Social de Mercado, como fundamento para la persecución penal de las conductas que lesionan la libre competencia. Y, de manera específica, se aborda la problemática tensión con los principios de legalidad, *última ratio* y, fundamentalmente, de *ne bis in idem*. Así, se sostiene que el tipo penal vigente sanciona conductas que ya son objeto de persecución en la vía administrativa.

El análisis concluye que, si bien la reforma de 2023 acertó al restringir el tipo penal únicamente a los acuerdos colusorios sujetos a prohibición absoluta (*hardcore cartels*), subsisten los desafíos para evitar la duplicidad sancionadora. Se valora positivamente la inclusión del requisito de procedibilidad y la exención de responsabilidad para el primer delator en el programa de clemencia, elementos que dotan de coherencia sistémica al modelo de represión de cárteles.

Sin embargo, como propuesta de *lege ferenda* para superar los conflictos constitucionales identificados, se plantea la necesidad de reenfocar el umbral de punibilidad. Se propone incorporar un criterio cualitativo de lesividad en el tipo penal, a través de fórmulas como la

verificación de "graves daños al bienestar de los consumidores". De esta forma, además de justificar la mínima intervención del Derecho Penal, se busca romper la identidad de fundamento con la infracción administrativa, reservando la intervención penal para los casos de mayor trascendencia social y daño material efectivo, garantizando que los agentes económicos no sean desprovistos de la seguridad jurídica que debe regir al ordenamiento jurídico.

Índice de contenido

Introducción	5
Capítulo 1: Una aproximación teórica al Derecho Penal Económico	8
I. La relación entre el Derecho y la Economía.....	10
I.1 Primeros antecedentes históricos.....	10
I.2 La regulación de la economía a través del <i>ius puniendi</i>	12
II. El surgimiento del Derecho Penal Económico.....	13
II.1 Definición de Derecho Penal Económico.....	16
II.2 El Derecho Penal Económico en el sistema peruano	19
III. La “flexibilización” de los principios del <i>ius puniendi</i> en el Derecho Penal Económico	21
III.1 El principio de legalidad (la “ley penal en blanco” y los elementos normativos del tipo).....	27
III. 2 El principio de <i>ne bis in ídem</i>	41
Capítulo 2: La regulación de la libre competencia en el Perú	55
I. El rol del Estado en la protección de la libre competencia según la Constitución Política de 1993	56
I.1. La economía social de mercado en la Constitución de 1993	56
I.2. El deber de facilitación y vigilancia del Estado peruano de la libre competencia	61
II. La regulación administrativa de la libre competencia	63
II.1. El rol del Indecopi en la protección de la libre competencia.....	63
II.2. Marco legal: El Decreto Legislativo No. 1034	65
II.3. Mecanismos de colaboración del Indecopi como herramientas de persecución de conductas anticompetitivas	75
III. La regulación penal de la libre competencia	76
III.1. La necesidad de criminalizar las prácticas anticompetitivas	79
III.2. Legislación comparada	80
III.3. La tipificación de las prácticas contrarias a la libre competencia en el Perú	87
Capítulo 3: Análisis dogmático del delito de prácticas anticompetitivas y consideraciones para una mejor técnica legislativa	90
I. Las anteriores versiones del “delito de prácticas anticompetitivas”	91
I.1 La primera tipificación y posterior derogación: la versión de 1991.....	92

I.2 La reincorporación del delito de prácticas anticompetitivas: la versión del 2020	137
II. La versión vigente del delito de prácticas anticompetitivas: la modificación del 2023	157
II.1 Elementos típicos del delito	158
II.2 Aspectos procesales respecto de la aplicación del delito	165
II.3 Análisis desde los principios del <i>ius puniendi</i>	169
III. Lecciones aprendidas: hacia un nuevo diseño normativo	172
III.1. Consideraciones relacionadas al principio de última ratio del Derecho Penal.	177
III.2. Consideraciones relacionadas al principio del <i>ne bis in ídem</i>	179
Conclusiones	185
Bibliografía	190



Introducción

Una de las funciones esenciales del Estado es la protección de los intereses jurídicos más relevantes para la sociedad, lo cual se manifiesta a través del ejercicio de su poder punitivo. El Derecho penal, como instrumento de tutela de dichos intereses, ha evolucionado para responder a los desafíos que plantea la complejidad de la vida social y económica contemporánea.

En este contexto, la defensa del correcto funcionamiento de la economía ha dado lugar al desarrollo de una disciplina especializada: el Derecho Penal Económico, orientada a sancionar aquellas conductas que afectan los intereses supraindividuales, pero no por ello, menos graves, ya que el crimen económico incide en el orden económico y en el bienestar colectivo.

El Perú no ha sido ajeno a esta tendencia internacional. En las últimas décadas, el legislador peruano ha buscado sancionar prácticas que se consideran contrarias a componentes del orden económico. Esto incluye, por supuesto, a las prácticas que restringen la libre competencia, reconociendo la importancia de preservar un proceso competitivo transparente y eficiente como pilar de la economía social de mercado consagrada en la Constitución Política.

Así, en el contexto de la emergencia sanitaria provocada por la pandemia del COVID-19, se promulgó, en el 2020, la Ley No. 31040, que reincorporó al ordenamiento penal el denominado delito de “abuso de poder económico” –contenido en el artículo 232 del Código Penal– después de doce años de haber desaparecido de nuestro ordenamiento. Posteriormente, en el año 2023, dicho tipo penal fue objeto de modificación mediante la Ley No. 31775, precisando su alcance y aplicación.

La criminalización de ilícitos tradicionalmente reservados al ámbito administrativo suscita cuestionamientos importantes en el marco de esta actual tendencia expansiva del Derecho penal. Resulta imprescindible, por tanto, adoptar una postura cautelosa frente a la aceptación de delitos que replican, al parecer sin un plus de lesividad o desvalor, ilícitos administrativos.

Sin perjuicio de ello, no puede sostenerse que el Derecho penal deba abstenerse de sancionar conductas que, por su entidad, lesionan gravemente el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores. La cuestión central radica en determinar hasta qué punto o, mejor dicho, desde qué momento, el Derecho penal adquiere legitimidad para intervenir en la represión de estas conductas, y, sobre todo, cuál debe ser la técnica legislativa idónea para garantizar una intervención respetuosa de los principios que limitan el *ius puniendi* estatal.

En ese sentido, la finalidad del presente trabajo es analizar si el delito comprendido en el artículo 232 del Código Penal cuenta con justificación normativa y político-criminal, y si la técnica legislativa empleada respeta los principios constitucionales que rigen la potestad punitiva del Estado, asegurando una adecuada intervención penal.

Para ello, se empleará principalmente el método exegético, abordando la descripción y análisis de los tipos penales incorporados o modificados por las normas citadas. No obstante, el estudio trasciende el análisis dogmático, adoptando un enfoque interdisciplinario que integra tres ramas del Derecho: el Derecho penal, como eje central; el Derecho administrativo, en cuanto regula el procedimiento sancionador y la competencia primaria de la autoridad administrativa; y el Derecho constitucional, que se erige como límite fundamental al ejercicio del poder punitivo, exigiendo la observancia de los principios de legalidad, proporcionalidad, mínima intervención y *ne bis in ídem*.

La metodología empleada contempla, además, el examen de legislación comparada y doctrina relevante, así como el análisis crítico de la jurisprudencia nacional y administrativa. Se busca, de este modo, ofrecer una visión integral que permita identificar los riesgos y desafíos asociados a la criminalización de prácticas anticompetitivas, proponiendo criterios y recomendaciones para una mejor técnica legislativa.

La estructura del trabajo se desarrolla en tres capítulos. El primero aborda los fundamentos históricos, dogmáticos y constitucionales del Derecho Penal Económico, sentando las bases conceptuales para el análisis posterior. El segundo examina la regulación de la libre competencia en el Perú, describiendo el modelo de protección conjunta —administrativa y penal— y el rol del Estado en la defensa del proceso competitivo. El tercer capítulo realiza el análisis dogmático del delito de prácticas anticompetitivas, evaluando su constitucionalidad, viabilidad práctica y proponiendo recomendaciones orientadas a perfeccionar la técnica legislativa y garantizar una intervención penal legítima y eficaz.

Con ello, se aspira a contribuir al debate académico y legislativo sobre la criminalización de conductas anticompetitivas, ofreciendo herramientas para la construcción de un Derecho Penal Económico coherente, respetuoso de los principios constitucionales y funcional a la protección de los intereses jurídicos más relevantes de nuestra sociedad.

Capítulo 1: Una aproximación teórica al Derecho Penal Económico

El Derecho Penal Económico se erige como una de las ramas más dinámicas, complejas y, sin duda, interesantes del Derecho penal contemporáneo. Su surgimiento y desarrollo no ha sido espontáneo, sino es la respuesta a un fenómeno de la sociedad humana de primer orden: la necesidad de proteger la convulsa y cambiante realidad económica frente a aquellas agresiones de tal naturaleza y magnitud que el Derecho penal tradicional no estaba diseñado para abordar adecuadamente.

Así, sin perjuicio de encontrar algunas de sus raíces en cuerpos normativos que nos remontan a la edad antigua, lo cierto es que la consolidación del Derecho Penal Económico como cuerpo normativo propio y con relativa autonomía, así como los conceptos socioeconómicos que lo fundamentan, responden al surgimiento del Estado moderno.

En este trabajo, se analizará el delito que sanciona las prácticas contrarias a la libre competencia, (llamado en nuestro ordenamiento penal como “delito de abuso de poder económico”), la cual, como es evidente, se trata de un concepto propio de la economía. Por lo tanto, este delito –comprendido en el artículo 232 del Código Penal– forma parte del Derecho Penal Económico, no solo por su ubicación sistemática en dicho cuerpo normativo (es un “delito contra el orden económico”) sino por su propio fundamento. De ahí que sea necesario comprender los principales fundamentos del Derecho Penal Económico, con el fin de, en los siguientes capítulos, realizar el correspondiente y adecuado análisis dogmático.

Así, en este primer capítulo, se realizará un recorrido por los fundamentos históricos y dogmáticos que explican la gestación y justificación del Derecho Penal Económico. Dicho recorrido se estructura en dos grandes secciones. La primera, se encargará de demostrar la simbiosis entre el Derecho y la Economía a lo largo de la historia, partiendo de

antecedentes normativos incipientes hasta desembocar en la justificación del *ius puniendi* estatal como garante último del orden económico. La segunda sección, se centrará en definir la disciplina del Derecho Penal Económico, identificando su objeto de protección, algunas de sus características más relevantes y ofreciendo una primera aproximación crítica a su recepción en el sistema jurídico peruano. Finalmente, en el tercer acápite, se tratará la “flexibilización” de los principios del *ius puniendi* en el Derecho Penal Económico, clave para entender las nuevas dinámicas con los mandatos clásicos que limitan el accionar punitivo del Estado.

De esta manera, el objetivo primordial de este capítulo es sentar las bases conceptuales sólidas que permitirán, en capítulos posteriores, analizar con profundidad figuras delictivas específicas. Particularmente, la última sección, será de especial relevancia para, posteriormente, determinar si la tipificación del delito materia de análisis de este trabajo encuentra alguna tensión (o, inclusive, transgresión) con dichos principios, sin dejar de vista las particularidades de la criminalidad económica.

Sin perjuicio de lo señalado, es crucial precisar que el debate en torno a la definición del Derecho Penal Económico es aún objeto de intensa discusión doctrinal. Existen posturas restrictivas que lo vinculan únicamente a la dirección estatal de la economía y perspectivas amplias que la relacionan con el todo el conjunto de delitos relacionados con la actividad económica. Para los fines de este trabajo, y siguiendo la tendencia mayoritaria, se ha adoptado el concepto amplio del Derecho Penal Económico. Esta elección, acorde con la doctrina más autorizada, permite una comprensión más integral de la materia.

I. La relación entre el Derecho y la Economía

Aunque ramas independientes con distintos objetos de estudio, el Derecho y la Economía se interrelacionan en varios aspectos de la vida humana. Históricamente, el Derecho ha sido utilizado para regular comportamientos que repercuten en la economía de una nación o país.

Así, cabe hablar, antes de irnos al ámbito penal de la relación entre el Derecho y la Economía, de la relación entre ambas ramas que, sin duda, es simbiótica: el primero establece el marco de seguridad y predictibilidad dentro del cual la segunda puede desarrollarse, mientras que la dinámica económica constantemente desafía y moldea las instituciones jurídicas.

Como se sabe, la actividad económica, que podemos entender como el conjunto de relaciones dirigidas a la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, ha sido siempre una dimensión fundamental de la vida en sociedad. Empero, no siempre esta esfera de la acción humana fue objeto de una tutela penal específica y diferenciada. Al respecto, García Caveró señala que, sólo alcanzando un determinado nivel de desarrollo social, se presentaron las condiciones para la formación de un sistema económico independiente (2014, p. 47). Es en este punto de complejidad donde el Derecho, y luego el *ius puniendi* (administrativo y penal), se ve llamado a garantizar las condiciones generales para el funcionamiento de este sistema, en pro de garantizar el bienestar social.

I.1 Primeros antecedentes históricos

Los primeros intentos por controlar coercitivamente ciertas conductas nocivas con connotación económica se remontan a la edad antigua. Como señala Lamas Puccio, los antecedentes normativos significativos en la materia no son numerosos en sus inicios, pues

“la actividad económica en los períodos primitivos fue incipiente y de escasa importancia en el contexto del derecho” (1996, p. 23).

En esta línea, Lamas Puccio y Reyna Alfaro encuentran algunos ejemplos en la época romana donde se castigaba conductas de corte económico, tales como la especulación con los precios de determinados alimentos (como los cereales), la evasión de impuestos a los gobernantes, la fijación de precios, (Reyna, 2004, p. 17), el “*crimen stellionatus*” como una modalidad de estafa (Lamas, 1996, p. 24), entre otras. También, se hace referencia a la emblemática “Ley de las XII Tablas” –considerado como el primer cuerpo normativo relevante de nuestra tradición–, el cual habría establecido pautas para el manejo de compromisos económicos, pero con una lógica personalista¹ (Lamas, 1996, p. 24).

En efecto, estas primeras aproximaciones podrían llevarnos a sostener que “ya aquí se encontraba en el germen del Derecho penal económico” (García, 2007, p. 4). Sin embargo, la lógica de dichos primeros tipos penales obedecían a una lógica distinta a los actuales delitos socioeconómicos.

Explica García Caverro que esta protección penal inicial de la economía respondía fundamentalmente “a una visión individualista de lo económico, motivada por la escasa complejidad que en ese entonces tenían las relaciones económicas” (2014, pp. 48). De esta manera, tipos penales considerados como “clásicos” eran considerados suficientes para proteger estas lesiones concretas de bienes individuales, tales como el hurto o la estafa (“delitos patrimoniales de viejo cuño” [García, 2014, pp.49]).

¹ Lamas Puccio señala que “no se trataba de un derecho exclusivo sobre bienes sino más bien sobre la persona misma del deudor. Se ha llegado a sostener que la finalidad de este trato diferenciable era obligar al deudor a que cumpliera con sus obligaciones contraídas, de modo tal que de no hacerlo podía perder su libertad y hasta su propia vida”. (Lamas, 1996, p. 24)

No obstante, García Caveró recalca que “no se pueden pasar por alto que las primeras formas de aparición de las lesiones patrimoniales no se redujeron, sin embargo a ataques dirigidos a sujetos particulares, sino ya desde antiguo se expidieron leyes [...] que castigaron conductas con el objetivo de proteger interés de carácter supraindividual” (2014, p. 49). Este sería el caso de la criminalización de conductas que afectaban el patrimonio del señor feudal o del rey cuando, por ejemplo, dejar de pagar impuestos sobre las ganancias obtenidas por el comercio de bienes, conductas de usura, monopolio, acaparamiento, etc. (2014, p. 50). Empero, ello no implica, como dice este autor, que sea “posible hablar aún de la protección de un sistema económico diferenciado, al menos para el Derecho penal, pues con estos delitos no se protegía algo distinta a la suma de intereses de los individuos particulares o de la clase regente” (García, 2014, p. 50).

Serán, pues, el surgimiento de la ideología liberal (“la mano invisible”) y, el inicio de los procesos de industrialización (García, 2014, p. 50-51), los que marquen un punto de inflexión en cómo el Derecho penal comprende las actividades económicas.

I.2 La regulación de la economía a través del *ius puniendi*

Como se ha mencionado, la justificación para que el Estado emplee su poder punitivo en el ámbito económico radica en la necesidad de preservar un orden fundamental para la convivencia y el bienestar social. El Derecho Económico, en este contexto, se erige como aquella gran disciplina que busca reglamentar “los aspectos estructurales que son necesarios para el adecuado funcionamiento de la vida económica” (Lamas, 1996, p. 37).

Dentro de este marco, la intervención del Derecho penal se justifica como un instrumento de *última ratio* para otorgar una base legal y coercitiva a la realización del hecho económico. La relación de esta intervención será “vigilar que la libertad económica no se transforme

progresivamente en un libertinaje despiadado y sin límite como aconteció en periodos pasados”, donde se demostró que “era factible llevar a cabo severos procesos de deterioro económico en perjuicio de amplios sectores poblacionales por parte de grupos minúsculos que detentan el poder económico y político”. (Lamas, 1996, p. 27)

De forma posterior a este surgimiento de la relación entre el derecho sancionador y la economía, le sigue el rápido desarrollo industrial, el cual, en palabras de Lamas Puccio, significó “para millones de seres humanos una situación de absoluta desprotección ante los avasalladores niveles de control que se lograba alcanzar” (1996, p. 27).

Es por ello que la intervención del Derecho penal en una economía de libre mercado o de corte liberal se erige como una consecuencia ineludible de la política de planeamiento, que busca dotar a la economía de una impronta social y humanitaria (Lamas, 1996, p. 39).

El principal desafío que surge de esta evolución económica para el derecho sancionador y, específicamente para el derecho penal, consistirá, entonces, en diseñar un marco normativo capaz de reconciliar la eficacia propia del liberalismo económico con la consecución del bienestar colectivo. Esto es lo que marca el inicio de una nueva disciplina propiamente dicha: El Derecho Penal Económico.

II. El surgimiento del Derecho Penal Económico

El Derecho Penal Económico como disciplina autónoma y con un objeto de protección definido es un fenómeno moderno. Su surgimiento está, pues, ligado a las profundas transformaciones sociales y económicas de los siglos XIX y XX, que evidenciaron la insuficiencia del Derecho penal patrimonial clásico para enfrentar los nuevos desafíos que planteaba una economía industrial y esencialmente capitalista.

Como apunta Reyna Alfaro, es en el siglo XIX cuando “se inicia el Derecho Penal Económico en sentido propio” (2004, 18), nutrido con el desarrollo de la ideología liberal, “el cual tuvo un auge hasta su abrupto fin con la economía dirigida de la primera guerra mundial” (García, 2014, p. 51).

Así, “fue en Inglaterra donde se dieron las primeras leyes relacionadas con los temas que comprende el Derecho Penal Económico”, principalmente enfocadas en proteger a los consumidores al castigar los abusos cotidianos provenientes de la concentración del poder económico por parte de los grupos que comercializaban con alimentos a gran escala (Lamas, 1996, p. 28)². Por ese entonces, Estados Unidos comenzaba también a promulgar normas con similares fines, siendo la “Ley Sherman” o *Sherman Act* (1890) el primer cuerpo normativo que serviría de precedente para el resto de los ordenamientos, siguiéndole la “Ley Clayton” y otras reformas posteriores (Lamas, 1996, p. 29-30).

No obstante, la ideología liberal empezó a ser cuestionada en el primer cuarto del siglo XX, al surgir el planteamiento de que la regulación de las relaciones económicas entre los individuos no podía dejarse únicamente a la “mano invisible”; sino que una intervención del Estado era necesaria a fin de evitar distorsiones al propio mercado como aquella que sucedió en 1929 con la caída de la bolsa de valores de Estados Unidos. (García, 2014, p. 52).

Esto llevaría a un intervencionismo activo por parte de los Estados en sus economías nacionales, lo que llevó a una “progresiva regulación de la economía mediante diversas directivas estatales de administración economía y su reforzamiento por medio de sanciones de carácter penal en caso de incumplimiento” lo que contribuyó a la “**consolidación de lo**

² Así, el autor cita las “Ley de Pan de 1836, la de la Adulteración de la Semilla y la Ley de Salud Pública de 1890” (Lamas, 1996, p. 28).

que comenzó a llamarse Derecho penal económico” (García, 2014, p. 53) (Énfasis agregado).

No pasó mucho tiempo para que el interés en esta nueva disciplina se extendiera exponencialmente. Así, tenemos los primeros congresos internacionales en materia de Derecho Penal Económico, como el llevado a cabo en Roma en el año 1953. (Lamas, 1996, p. 31-32). Comenta Reyna Alfaro que “el auge en el estudio del fenómeno delincencial en el ámbito de la economía se produjo [...] luego de culminada la segunda guerra mundial y superado el interés por impulsar las entonces deprimidas economías” (2004, p. 19).

No obstante, se tiene luego que, tras la Segunda Guerra Mundial, surge el concepto de una “economía social de mercado” dejando atrás el de “economía planificada”, lo cual llevaba a retornar a planteamientos liberales sobre el rol del Estado en la economía, pero no un sentido radical. Así, “la intervención estatal era necesaria no sólo para impedir los abusos en el terreno económico por parte de los particulares, sino también, y fundamentalmente, para fomentar una justa distribución de la riqueza” (García, 2014, p. 55) pero había ahora una tendencia a descriminalizar las “conductas que aparecían como lesivas contra la planificación estatal en materia económica” (Reyna, 2014, p. 19).

Finalmente, García Caveró observa que, desde finales del siglo XX, ha habido una progresiva expansión del Derecho Penal Económico que, no obstante, se ha visto intensificada en el presente milenio, pudiendo observarse lo que él llama “procesos de neocriminalización en el sistema económico” (2014, p. 57). Esto parece coincidir con las predicciones de Roxin, quien vislumbraba en el futuro del Derecho Penal Económico un aumento de preceptos penales (Reyna, 2014, p. 22).

II.1 Definición de Derecho Penal Económico

Conceptualizar el Derecho Penal Económico no es tarea sencilla, dado que “los conceptos de ‘Derecho Penal Económico’ y ‘delito económico’ no son claros ni unívocos”. Así pues, existirá una diversidad terminológica dependiendo de cada país que no siempre aludirá al mismo asunto o tema. (Tiedemann, 1985, p. 9)

La doctrina ha oscilado entre conceptos restrictivos y amplios. Un concepto “limitado” de Derecho Penal Económico lo concebirá desde la dirección de economía efectuada por el propio Estado, por lo que tutelaré al “orden económico estatal en su conjunto”. (Tiedemann, 1985, p. 18)

Sin perjuicio de que el delito materia de análisis en este trabajo es perfectamente comprendido desde dicho concepto más restrictivo (finalmente, regular la competencia en el mercado refleja un rol protagónico del Estado en la protección de la economía, lo cual, sin embargo, no debe confundirse con un intervencionismo), preferimos entender al Derecho Penal Económico y los delitos que lo comprenden desde una perspectiva amplia y conciliadora que, siguiendo la tendencia internacional, se permite “considerar como delitos económicos, no sólo los hechos punibles dirigidos contra la planificación estatal de la economía, sino **todo el conjunto de los delitos que organizan y protegen la vida económica**” (Tiedemann, 1985, p. 20) (Énfasis agregado).

Bajo esta premisa, según Tiedemann, el concepto de delito económico comprende, además de las transgresiones en el ámbito del Derecho Administrativo-Económico, “también las infracciones en el campo de los demás **“bienes jurídicos colectivos”** o “supraindividuales” de la vida económica, los cuales [...] trascienden los bienes jurídicos individuales”

(Tiedemann, 1985, p. 15) (Énfasis agregado)³. Lamas Puccio lo sintetiza afirmando que existe “un bien colectivo, muy diferente al individual que por lo general se encuentra plenamente recorrido y protegido por los llamados ‘delitos contra la propiedad’” (1987, p. 299).

Así, serán delitos económicos o, como preferimos llamarlos, delitos socioeconómicos (porque, finalmente, su fin último es repercutir en el bienestar social), “aquellos que por su modo de funcionamiento o por la importancia del perjuicio que causan, son de tal naturaleza que desarreglan considerablemente la estabilidad económica o restringen la confianza que el público tiene depositado en las prácticas o en el funcionamiento de las instituciones públicas” (Lamas, 1987, p. 300).

A partir de lo señalado, se puede tomar la opinión más extendida sobre la concepción del Derecho Penal Económico, respecto del cual, entonces, este consiste en el conjunto de normas que sancionan penalmente conductas que afectan la economía como estructuras supraindividuales (García, 2014, p 69).

Como veremos más adelante, una característica dogmática fundamental del Derecho Penal Económico es que está compuesto mayoritariamente por “delitos especiales”, lo cual implica que “el legislador ha elevado a la categoría de autor sólo a personas calificadas de un modo especial”, como comerciantes, empleadores, administradores o accionistas de

³ Ahora bien, aunque esta consideración (el Derecho Penal Económico protege bienes jurídicos colectivos o supraindividuales) es coincidente con la concepción tradicional de que el fin del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, no se debe desdeñar el planteamiento de Jakobs, según la cual el derecho penal no está diseñado para proteger bienes jurídicos, sino que garantiza la vigencia de la norma. Esto es de relevancia para el autor, ya que, para él, “la teoría de la lesión de bienes jurídicos también plantea objeciones frente a bienes jurídicos modernos, llamados de amplia superficie, especialmente en el caso de los delitos para la protección del medio ambiente”. (Jakobs, 2001, pp. 26-35)

sociedades. (Tiedemann, 1985, p. 14). Esta cualificación está intrínsecamente ligada a la naturaleza de los bienes jurídicos en juego y al *modus operandi* del delito.

Precisamente, el sujeto activo típico de los delitos socioeconómicos es, en su mayoría, el “delincuente de cuello blanco”. Sutherland los define como “el delito cometido por una persona respetable y de elevado *status* social, en el curso de su ocupación” (citado en Tiedemann, 1985, p. 10). Así, Sutherland “logró demostrar que los fenómenos de criminalidad no incumben únicamente a los sectores menos privilegiados” (Reyna, 2004, p. 43).

Respecto al *modus operandi* seguido por este tipo de delincuente, este se caracteriza fundamentalmente por el abuso tanto de la confianza que le es socialmente depositada en el contexto del tráfico económico, así como de los propios instrumentos e instituciones económicos (Tiedemann, 1985, p. 11).

En conclusión, sería absolutamente erróneo concebir que el Derecho Penal Económico se enfoca en una criminalidad “menos grave” que el derecho penal “clásico”. Por la complejidad en la comisión de estos delitos, pero sobre todo porque estos ponen en peligro la vida económica de una sociedad y el orden que la rige (Tiedemann, 1985, p. 11), es que el Derecho Penal Económico se erige como una disciplina esencial para garantizar la confianza colectiva en las instituciones económicas y no como un mero apéndice del Derecho penal tradicional. Sin perjuicio de ello, como veremos, no se le puede atribuir al Derecho Penal Económico una autonomía funcional, ya que “debe seguir supeditado, en sus aspectos esenciales, a las exigencias propias del Derecho penal general” (García, 2014, p. 69).

II.2 El Derecho Penal Económico en el sistema peruano

Es de nuestra opinión, que el ordenamiento peruano no es ajeno a la tendencia de la “neocriminalización” en el sistema económico. Al contrario, nos encontramos ante una “huida al Derecho Penal”, caracterizada por la creación de nuevos tipos penales, pero también por la criminalización de conductas que antes eran consideradas meras infracciones administrativas (una suerte de “administrativización del Derecho Penal”). Tal es el caso del delito de abuso de poder económico del artículo 232 del Código Penal que es materia de análisis del presente trabajo: tras derogación en el año 2008, fue reincorporado al ordenamiento penal doce (12) años después.

Sin embargo, no debemos considerar este fenómeno como algo necesariamente “negativo” o al menos no respecto de todos los nuevos delitos socioeconómicos. En efecto, dependiendo de cada caso en concreto, la criminalización de ciertas conductas –y, en específico, de aquellas antes reservadas sólo al ámbito administrativo– podría responder a fundadas razones político-criminales.

Ahora bien, el desarrollo del Derecho Penal Económico en el ordenamiento jurídico peruano no responde a un único sistema codificado y coherente. La regulación de los delitos de corte económico (y que protegen intereses supraindividuales) se encuentra dispersa en el Código Penal y en una multiplicidad de leyes especiales, lo que puede generar importantes desafíos para su aplicación efectiva. Como señala la doctrina, el Derecho Penal Económico moderno requiere de una “racionalización y una unificación legislativa de todas las normas penales económicas” (Lamas, 1996, p. 32).

La dispersión normativa también puede encontrarse dentro del propio Código Penal peruano. Así, no debe considerarse que el Título IX, titulado “*Delitos Contra el Orden Económico*” –el cual abarca las conductas de abuso del poder económico, acaparamiento,

especulación, adulteración, venta ilícita de mercaderías, desempleo de actividades de autorizadas y “otros delitos económicos”–, es el que contiene todos los delitos socioeconómicos previstos en nuestro ordenamiento. Así, tanto en otros títulos (e.g. delitos contra el orden financiero, delitos tributarios, delitos contra la salud pública, delitos ambientales, etc.) como en leyes especiales (piénsese en el Decreto Legislativo No. 1106 que sanciona las distintas modalidades de lavado de activos, o en la ley No. 28008, Ley de los delitos aduaneros, por ejemplo) encontramos muchos otros delitos socioeconómicos siguiendo el concepto amplio del Derecho Penal Económico.

Sin perjuicio de lo señalado, lo cierto es que la construcción de un Derecho Penal Económico coherente en el Perú debe guiarse por criterios constitucionales. Como señala Arroyo Zapatero:

Los criterios que han de guiar al legislador para ascender de categoría a un bien jurídico o una modalidad de agresión al mismo derivan [...] [de un] Programa penal de la Constitución. Principalmente de la relevancia constitucional del interés y del acomodo de la intervención a las exigencias que el principio de proporcionalidad impone al Derecho penal: idoneidad, necesidad (última ratio) y proporcionalidad en sentido estricto (fragmentariedad). (1998, p. 1)

En consecuencia, el legislador penal, más allá de eventualmente asumir la tarea de sistematizar adecuadamente a los delitos socioeconómicos, debe necesariamente –en las tipologías delictivas que cree o reformule en esta materia– respetar escrupulosamente los principios constitucionales del *ius puniendi*, evitando tanto la sobre-penalización como la impunidad de conductas que afectan gravemente el orden económico constitucionalmente protegido. Veremos en qué consisten dichos principios y cómo deben ser entendidos en el Derecho Penal Económico en el siguiente acápite.

III. La “flexibilización” de los principios del *ius puniendi* en el Derecho Penal Económico

La gestación del Derecho Penal Económico nos ha llevado a categorizar a una nueva “generación” de delitos, pero también a admitir que las “reglas de juego” que aplican para el Derecho penal “clásico” o “tradicional” parecen no ser igualmente rígidas o, al menos, igual de precisas para estos nuevos delitos.

Sin duda alguna, la realidad económica –cambiante, técnica y regulada también a través de otros ordenamientos– que busca ser protegida a través del Derecho Penal Económico requiere que este se adapte a ella.

Veamos algunos ejemplos de cómo algunas instituciones del Derecho penal “clásico” cambian o tienen ciertas características cuando estamos ante delitos socioeconómicos y que, eventualmente, nos servirán para el análisis del delito socioeconómico que es objeto de estudio de este trabajo.

Un primer ejemplo está relacionado con el **tipo de delito según la calidad del sujeto activo** del mismo; esto es, si estamos ante delitos comunes o especiales. Así, una particularidad de los delitos económicos es que son mayoritariamente delitos especiales, lo cual implica que únicamente pueden ser cometidos por un conjunto determinado de individuos quienes tienen una relación particular con el bien jurídico que el tipo penal busca proteger (Hurtado, 2015, p. 131). En otras palabras, estos delitos, sea explícita o implícitamente, requieren que el autor del delito cumpla con ciertas cualificaciones que no ostentan el resto de las personas (Meini, 2009, p. 204).

Esta interesante característica podría quedarse en un mero dato de manual de doctrina de no ser por su importante relevancia práctica. Esta consiste en cómo debemos sancionar (y

si es que acaso se debe sancionar) a los llamados “*extranei*”: personas que, a pesar de no cumplir con las cualificaciones requeridas por el tipo penal, tienen participación en el hecho delictivo cometido. Tal como indica Hurtado Pozo, se presentan escenarios como aquellos en que “[...] el *intraneus* instiga un *extraneus* a cometer el comportamiento incriminado como delito especial cuando es este quien solo domina el hecho o [...] es un *extraneus* quien incita un *intraneus* a realizar dicho delito” (Hurtado, 2015, p. 133).

Diversas soluciones se han propuesto en la doctrina (las cuales, a su vez, nos llevan a los planteamientos de los delitos de infracción de deber y los delitos de dominio) y, ciertamente, merecen un abordaje propio. Sin perjuicio de ello, la legislación nacional ofrece ya una solución, la cual se encuentra contenida en el artículo 25 del Código Penal, el cual establece en su último párrafo lo siguiente: “*El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él*”. Esto implica que el legislador ha establecido, en la parte general del Código Penal, que los *extranei* responderán, en el grado de complicidad que les corresponda, respecto del delito cometido por el *intraneus*.

Un segundo ejemplo de “particularidades” de los delitos socioeconómicos está relacionado con qué **tipo de error** se configura cuando éste recae sobre el desconocimiento respecto a los elementos normativos o la normativa extrapenal a la que se remiten las leyes penales en blanco (aspectos que, a su vez serán abordados en el siguiente subapartado como características que permiten hablar de una suerte de “flexibilidad” del principio de legalidad en su vertiente de *lex certa*).

Se presentan, pues, dos alternativas: entender dichos errores como errores de tipo o como errores de prohibición. Nuevamente, la eventual categorización no se limita a una cuestión teórica, sino que también tiene importancia práctica. En caso el error sea considerado como

uno de tipo y este sea vencible, el autor será sancionado a título de imprudencia. No obstante, en tanto muchos delitos no contemplan una imputación para la modalidad culposa, en dichos casos el autor no recibirá una sanción. Por otro lado, en caso el error sea considerado como uno de prohibición y sea vencible, la consecuencia es una reducción de la pena, no la eliminación de la culpabilidad. En otras palabras, dependiendo de una u otra consideración, el individuo que ha realizado objetivamente la conducta típica podría o no responder penalmente si es que el tipo penal no contempla una modalidad culposa. Así, el indicar que se tratan de errores de tipo implicaría un tratamiento penal más beneficioso para el sujeto activo (Martínez-Buján, 2023, p. 404).

Cabe mencionar que si bien hay argumentos para ambas posturas, autores como Martínez-Buján, consideran que, tanto desde un punto de vista dogmático (aunque un “examen paralelo en la esfera del profano” implique una valoración jurídica de la fundamentación del delito, ello no convierte un elemento del tipo, como lo es un elemento normativo y la normativa extrapenal, en un elemento de valoración global del hecho), como desde una perspectiva político-criminal (la mínima intervención del Derecho penal), el error sobre elementos normativos y sobre los elementos contenidos en la normativa extrapenal, constituye un error de tipo y no de prohibición (Martínez-Buján, 2023, 409-410).

Este ejemplo nos lleva, a su vez, a un asunto previo también vinculado al **dolo** en los delitos socioeconómicos: cuándo es que se puede decir que hay dolo teniendo en cuenta que estos tipos penales se remiten a conceptos económicos o técnicos muchas veces contenidos en normativa extrapenal. En los delitos “clásicos”, no hay mucho inconveniente, en tanto los delitos son, en la mayoría de los casos, comprensibles sin la necesidad de requerir un conocimiento específico.

En el caso de los delitos económicos, García Cavero plantea que “habrá una actuación dolosa si el autor conoce estos aspectos del hecho que lo caracterizan como socialmente perturbador” (2014, p. 470) y, justamente, “el conocimiento del autor debe partir de las competencias de conocimiento que cada rol impone a su titular” (2014, p. 470-471). Veremos, más adelante, que esta precisión es sumamente importante para el delito objeto de estudio de este trabajo.

Siguiendo con el tema del dolo, otro ejemplo que hace particulares a los delitos socioeconómicos a comparación de los delitos “tradicionales” es que, en muchos de dichos delitos, **abundan los llamados “elementos subjetivos especiales del tipo”** (García, 2014, p. 478)⁴. Es interesante cómo se suele utilizar, tanto en el nuestro como en ordenamientos extranjeros, estos elementos para intentar diferenciar entre un ilícito administrativo del penal.

Al igual que con los anteriores casos, estos elementos no están exentos de críticas debido a su amplia connotación subjetiva e, incluso, dificultad probatoria (¿qué implica “deliberadamente”? ¿Qué puede significar tener un “ánimo de (...)”? ¿Cómo es que acaso se pueden probar? ¿Esta dificultad probatoria podría traer impunidad?). La tendencia actual a objetivar estos elementos parece una opción viable ante el mar de subjetividad que inevitable generan, aunque la crítica podría mantenerse en aquellos delitos “dolosos *per se*”, en los que, para su comisión, es inevitable que dichos “ánimos” o “motivaciones

⁴ El autor menciona como ejemplos de “elementos subjetivos especiales del tipo” las siguientes fórmulas: “con el fin de obtener una ventaja patrimonial” (delito de usura, artículo 214 del Código Penal), actuación “a sabiendas” (delito de informes de autoría distorsionados, artículo 198-A del Código Penal) y la ejecución “deliberadamente” (delito de falsedad de información presentada por un emisor en el mercado de valores, artículo 245-A del Código Penal).

ulteriores” se presenten. Veremos, más adelante, que ese parecería ser el caso del delito objeto de estudio de este trabajo.

Finalmente, cabe mencionar una institución muy interesante y que también caracteriza a muchos de los delitos socioeconómicos: la figura de la “**actuación en lugar del otro**”, comprendido en el artículo 27 del Código Penal peruano, el cual establece lo siguiente:

***Artículo 27.-** El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada.*

Tal como indica Meini, se trata de una “cláusula de extensión de autoría que permite imputar responsabilidad penal a título de autor a determinados órganos de gestión de una persona jurídica que realizan el supuesto de hecho de un delito especial, a pesar de que la cualificación que este exige no concurre en el órgano de gestión sino en la persona jurídica representada” (2009, p. 200-201).

La inclusión de esta cláusula permitió dar solución a la eventual problemática que se generaba a partir de una característica de nuestro ordenamiento penal que, al menos hasta el 2018⁵ de forma absoluta y a partir de dicho año de manera parcial, se presentaba: la

⁵Año en que entra en vigor la Ley No. 30424 - Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en el proceso penal. Dicha ley establece *grosso modo* que, por la comisión de determinados delitos cometidos por algún integrante de una organización en su nombre o por cuenta de ella y en su beneficio, dicha empresa podría responder y ser sancionada de manera autónoma en el marco de un proceso penal. Actualmente, el alcance objetivo de esta ley incluye los siguientes delitos: delitos de corrupción pública (cohecho activo genérico, cohecho activo específico, cohecho activo transnacional, colusión y tráfico de influencias), lavado de activos y sus modalidades, terrorismo y su financiamiento, contabilidad paralela, delitos tributarios, delitos aduaneros y delitos de atentados contra monumentos arqueológicos.

incapacidad de las personas o entes jurídicos de cometer delitos conocida a través de la fórmula del “*societas delinquere non potest*”.

Y es que esta característica lo que generaba en muchos casos, específicamente respecto a delitos económicos, era un vacío de punibilidad. Precisamente, en varias ocasiones, la condición del sujeto activo en estos delitos coincide con la de una persona jurídica. Piénsese, por ejemplo, en los casos en que el contribuyente en un delito tributario o el empleador obligado a seguir normas sanitarias en el delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo no es una persona natural sino una persona jurídica. Hagamos el mismo ejercicio con muchos otros delitos (incluyendo, como ya veremos, el delito de “abuso del poder económico” objeto de este trabajo). Los casos son, en definitiva, no escasos; es más, se podría decir que, incluso, los que más abundan y los que, posible y criminológicamente, son de mayor interés en perseguir. Pero, debido a que las personas jurídicas no delinquen, no es posible realizar dicha persecución directamente, dejando impunes a las personas naturales que efectivamente realizaban el hecho comisivo, ya que no sólo no pueden ser sancionados como autores sino tampoco como partícipes por la naturaleza accesoria de esta institución.

Así, a pesar de que es posible plantear “forzar” categorías de la autoría y participación, no cabe duda de que una fórmula como la del “actuar en el lugar del otro” del artículo 27 ofrece una solución inmediata al problema de impunidad planteado.

Volviendo al contenido de la fórmula, vemos, como indica Meini, que esta “queda reducida a los supuestos de delitos especiales propios en que se produzca una situación de escisión de los elementos especiales entre el «representante», persona natural, y el «representado», persona jurídica” (2009, p. 208). Y, como ya señalamos, los delitos especiales propios son muy *proprios* del Derecho Penal Económico. Ahora bien, la fórmula habla expresamente de

“órganos de representación autorizados”. Estos serían “todos aquellos que por disposición de la ley o de los estatutos tienen la función de representar y exteriorizar la voluntad del ente colectivo” (Meini, 2009, p. 229-230).

Sin duda, todas estas consideraciones merecen cada una un desarrollo mucho más exhaustivo y, para ello, la doctrina se ha detenido cada vez más profusamente. Sin embargo, para efectos del presente trabajo, es de relevancia profundizar en mayor medida en la que, desde nuestra opinión, es la característica más interesante de los delitos socioeconómicos: la flexibilización de los principios del *ius puniendi*. Específicamente, nos referimos al principio de legalidad y al mandato de ne bis in ídem (principio, para algunos estudiosos, y regla, para otros; pero, finalmente, una manifestación de los principios de proporcionalidad y de legalidad).

Conocer cómo particularmente actúan estos principios en los delitos socioeconómicos, permitirá aproximarnos de la manera más adecuada al análisis del tipo penal materia de estudio de este trabajo.

III.1 El principio de legalidad (la “ley penal en blanco” y los elementos normativos del tipo)

El principio de legalidad es aquel que, por excelencia, se asocia al funcionamiento del Derecho Penal y se instituye, en sus distintas vertientes, como el principal límite al legislador y al intérprete de la ley.

Es muy profusa la doctrina y jurisprudencia respecto a su contenido; sin embargo, para efectos del presente trabajo, será suficiente hacer referencia a sus ya conocidos componentes expresados en los siguientes mandatos y que están revestidos de reconocimiento legal y constitucional:

- i) *Lex certa*: Entendido como la prohibición de leyes y penas indeterminadas
- ii) *Lex stricta*: Entendido como la prohibición de analogía
- iii) *Lex scripta*: Entendido como la prohibición de empleo del derecho consuetudinario y reserva de ley
- iv) *Lex praevia*: Entendido como la prohibición de retroactividad.

La referencia a estos componentes no es en vano. Como se ha venido comentando, en el Derecho Penal Económico, los principios del *ius puniendi* pasan por una suerte de “flexibilización”, que no es otra cosa que *una nueva forma de entender los mandatos que se derivan de dichos principios* sin que esto implique vaciar su contenido o ir en contra de ellos. Esto, por supuesto y con mayor medida, incluye a los mandatos del principio de legalidad.

Tal como señala Hurtado,

el carácter específico de la técnica legislativa utilizada en la elaboración de los tipos legales y la finalidad de las normas del derecho penal económico implican cuestionamientos a la aplicación estricta del principio de legalidad. (...) [E]l hecho de circunscribir la función del derecho penal a la de reforzar los otros dominios jurídicos conduce a afirmar que son las nociones de estos últimos las que permiten interpretar mejor las normas penales. (2015, p. 119)

Veamos, a continuación, a qué nos referimos estrictamente con esta “flexibilización” del principio de legalidad y qué cuestionamientos o, inclusive, problemas, podrían presentarse.

(i) La remisión legislativa: “leyes penales en blanco” y los elementos normativos del tipo

La principal “tensión” que se presenta entre el principio de legalidad y el Derecho Penal Económico se centra especialmente en los mandatos de *lex certa* y *lex scripta*. Específicamente, estos componentes deben “re-leerse” a la luz de una técnica muy utilizada en los delitos socioeconómicos: la **remisión legislativa**.

En tanto la mayoría de las infracciones que componen el Derecho Penal Económico tienen carácter accesorio, estas “no son configurad[a]s en su totalidad por el legislador penal, sino que en gran medida están ya determinadas por la normativa extrapenal” (De la Mata, 2018, p. 49-50). Es aquí donde entra la técnica de la remisión legislativa, que permite “completar” el tipo penal con preceptos fuera del ordenamiento penal. Esta técnica tiene, a su vez, formas de expresión concretas, siendo unas de ellas las llamadas “**leyes penales en blanco**”.

Las “leyes penales en blanco” son aquellas normas que incriminan el comportamiento delictuoso de manera incompleta (Hurtado, 2015, p. 125), por lo que incluyen remisiones a normas extrapenales (fundamentalmente, administrativas), sea de forma expresa como tácita, las cuales pueden, a su vez, tener rango legal como también infralegal, y que terminan de prever la sanción o completar aquella descripción inacabada que se ha realizado respecto del comportamiento comprendido en el tipo penal (Hurtado, 2015, p. 125).

Así, encontramos una primera clasificación de “leyes penales en blanco”: serán «propias» aquellas que se remiten a las normas de menor jerarquía, como las administrativas, incluyendo inclusive a las “remisiones de leyes orgánicas a leyes ordinarias” (Martínez-Buján, 2023, p. 246), e «impropias» aquellas a normas de igual o mayor jerarquía. Otras clasificaciones incluyen: “leyes penales en blanco” de remisiones totales y parciales;

«estáticas» y «dinámicas»; de primer y de segundo grado; y «expresas» y «concluyentes». (Martínez-Buján, 2023, p. 247)

Diversos autores, como De la Mata, han señalado que “las normas penales en blanco representan un serio peligro para el principio de legalidad” (2018, p. 52). Surge, entonces, la pregunta de si esto es efectivamente así o, en todo caso, hasta qué medida lo es. Precisamente, lo que sostenemos es que existe una suerte de “tensión” entre este tipo de normas con el principio de legalidad en sus vertientes de *lex scripta* y *lex certa*.

Respecto a la primera “tensión”, relacionada con la *lex scripta*, se argumenta que se estaría vulnerando la concepción clásica de la reserva de ley para la determinación de las conductas infractoras a la ley penal y sus correspondientes penas, debido a que, ahora, normas de carácter extrapenal son las que completan la descripción del tipo. En otras palabras, “el legislador pierde el control sobre el proceso de criminalización de conductas. [...] [C]omo la remisión se realiza con frecuencia a normas de rango infralegal [...], se deja en manos de distintos ejecutivos la determinación definitiva del comportamiento típico [...]”. (De la Mata, 2018, p. 52)

En esta misma línea, Hurtado argumenta que la remisión a normas administrativas incumple directamente con el mandato de reserva de la ley. Expresamente, señala que, si bien puede haber dos (2) tipos de reenvío –a otras leyes (leyes penales en blanco impropias) o a disposiciones administrativas (leyes penales en blanco propias)– es únicamente el primer supuesto (leyes penales en blanco impropias) el que “no falta el respeto al principio de la legalidad” (2015, p. 127). Esto ya significaría un “gran problema”, puesto que actualmente muchos de los tipos penales en blanco se remiten a regulaciones administrativas de rango infra legal.

Por el lado del segundo mandato, *lex certa*, la “tensión” estriba en una preocupación lógica: que la utilización de las “leyes penales en blanco” (así como las otras técnicas de remisión legislativa) complique el cumplimiento del mandato de determinación, en tanto, para comprender en su totalidad la conducta prohibida, no bastará únicamente con leer la descripción contenida en el Código Penal, sino que será imperativo remitirnos a la legislación extrapenal para completar el mandato penal.

Al respecto, considero que se puede ubicar dos (2) principales problemas de **taxatividad**: el primero –y más evidente– es que puede llegar a ser complicado ubicar o determinar cuál es la norma y, por lo tanto, el precepto de carácter extrapenal que completa el tipo penal, lo cual deviene en particularmente problemático si es que nos encontramos ante leyes penales en blanco implícitas o tácitas. Esto podría complicarse aún más si es que, por alguna mala técnica legislativa o simplemente por la sujeción de la conducta en cuestión a una mayor segmentación o especialización, son diversas normas administrativas las que regulan esa conducta.

El segundo problema, muy vinculado al primero, es que la normativa extrapenal es mucho más cambiante en el tiempo que la ley penal. Y es que la vocación en el tiempo como característica del derecho penal es la que lo vuelve predecible, no solo para el juez penal, sino –y, sobre todo– para el ciudadano común, destinatario de la norma. La seguridad jurídica es, pues, un principio que se encuentra subyacente el principio de legalidad. Que el delito mute constantemente transgrede directamente la finalidad del Derecho penal. Por lo tanto, se presentan dificultades en la seguridad jurídica sobre todo cuando se trata de una ley penal en blanco que, al remitirse a una normativa inestable, termina definiendo el contenido del injusto.

Las observaciones desarrolladas tienen, ciertamente, total asidero y seguirán siendo críticas en el Derecho Penal Económico. No obstante, considero que no sería correcto indicar que la utilización de las leyes penales en blanco –incluyendo aquellas que son implícitas y aquellas que son impropias– implica *per se* la vulneración del principio de legalidad en las vertientes señaladas. La razón es sencilla: sendas normas penales serían directamente inconstitucionales y, por lo tanto, deberían ser inevitablemente expulsadas del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, la doctrina y la práctica jurídica permiten la existencia de las leyes penales en blanco –incluyendo las implícitas y las impropias. Esto no quiere decir que no es posible que pueda existir un incumplimiento de los mandatos de *lex certa* y *lex scripta*. Al contrario, sí puede presentarse y, justamente, en dichos casos es que los mencionados mandatos actúan como límite al legislador. En otras palabras: la flexibilización de dichos mandatos se permite, mas no el vaciamiento de su contenido, ya que, en dicho caso, se vulneraría directamente el principio del *ius puniendi* de legalidad.

Pero ¿por qué se permite dicha flexibilización? Precisamente, por la propia naturaleza del Derecho Penal Económico, que nos obliga a repensar nuestra concepción tradicional de la significancia y formulación del delito, sin que ello implique transgredir los principios que inspiran al Derecho penal.

Efectivamente, respecto al primer mandato –el de *lex scripta*– este no es respetado en su totalidad; no obstante, tampoco podemos afirmar que hay una vulneración absoluta, ya que el tipo penal sigue describiendo el comportamiento típico, solo que lo realiza parcialmente. Y esto tiene su fundamento en que la realidad económica –compleja, técnica, multidimensional– no es igual de “fácil” de describir como aquella presente en los delitos “clásicos”.

Pensemos en el delito de homicidio (artículo 106 del Código Penal): “*El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años*”. Comprender dicha tipificación no requiere mayor conocimiento técnico o especializado ni recurrir a otras normas para saber qué significa “matar a otro”. Ciertamente, han surgido mil y una preguntas sobre esta fórmula –por ejemplo, cuáles pueden ser los medios comisivos u omisivos– pero estas han sido respondidas por la doctrina y la práctica judicial y no remitiéndose a otra norma legal o infralegal. El entendimiento del delito no se discute, sino su aplicación. Ahora, pensemos en el siguiente delito concursal contenido en el artículo 209 del Código Penal:

*Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación de tres a cinco años conforme al Artículo 36 incisos 2) y 4), el deudor, la persona que actúa en su nombre, el administrador o el liquidador, que en un **procedimiento de insolvencia, procedimiento simplificado, concurso preventivo, procedimiento transitorio u otro procedimiento de reprogramación de obligaciones cualesquiera fuera su denominación**, realizara, en perjuicio de los acreedores, alguna de las siguientes conductas: [...] (Énfasis agregado)*

En este caso, para la configuración del delito, las conductas deben haberse realizado en el marco de determinados procedimientos y en qué consisten dichos procedimientos sólo puede ser respondido si nos remitimos a las normas que las regulan. A diferencia de los delitos “tradicionales”, la comprensión del delito no se logra únicamente con el lenguaje común utilizado diariamente o, inclusive, recurriendo al diccionario. Es más, aún si el tipo penal ofreciera una definición de cada uno de estos procedimientos, tendría que mencionar expresamente cada una de las reglas y plazos que regulan dichos procedimientos, puesto que, de lo contrario, seguiríamos ante una ley penal en blanco. Adicionalmente, tendrían que ser la fiscalía y el juez penal quienes determinarían si dichos procedimientos fueron

cumplidos o no, lo cual, suponiendo que están en la capacidad de determinarlo, podría no ser coincidente con lo que la Administración Pública hubiese decidido en sede administrativa.

Efectivamente, tal como indica Hurtado Pozo, “el principio de legalidad no debe ser más comprendido en sentido estricto, como en sus orígenes, pues la complejidad de los comportamientos humanos y la imprecisión del lenguaje (vago, polisémico, ambiguo) hacen imposible describir de manera exhaustiva y precisa los comportamientos incriminados” (2015, p. 127).

Sin perjuicio de esto, lo más relevante es lo siguiente: aún si el legislador describiera, en el ejemplo del citado artículo 106 del Código Penal, la totalidad de lo que consiste cada uno de los procedimientos enunciados y sin que exista la necesidad de remitirse a ninguna norma extrapenal, subsistiría una de las principales razones por las que las leyes penales en blanco son necesarias: cada vez que los procedimientos concursales varíen, tendrá que variar la norma penal. Por lo tanto, recurrir a las leyes penales en blanco permite evitar “la obsolescencia de los tipos penales y la necesidad de hacer una reforma legislativa cada vez que se modifiquen las normas de referencia” (De la Mata, 2018, p. 51).

Esto también nos lleva a responder a una de las críticas relacionada con la tensión del Derecho Penal Económico y el mandato de *lex certa*: al ser la normativa extrapenal mucho más cambiante en el tiempo que la ley penal, se estaría vulnerando la seguridad jurídica que debe subyacer al sistema penal. Y es que, por lo que estamos señalando, no es negativo el que la normativa extrapenal se modifique en el tiempo, debido a que es lo que justamente caracteriza a la economía: a través del tiempo se adecúa a nuevas realidades fácticas, nacionales como internacionales, y tendencias políticas que buscan regularla, lo que impone la necesidad de una actualización normativa constante.

Por lo tanto, el subprincipio de taxatividad que gobierna al ordenamiento legal no puede ser ajena a esta realidad: si los delitos socioeconómicos buscan castigar conductas lesivas contra la economía social de mercado y la regulación de esta es necesariamente evolutiva, entonces, los delitos socioeconómicos deben contemplar fórmulas típicas que permitan recoger esta evolución –sin vaciar de contenido al principio de legalidad a través de su mandato de *lex certa* que, a su vez, tiene como objetivo preservar la seguridad jurídica. Y una de esas fórmulas es la ley penal en blanco, ya que su utilización está condicionada por el cambio frecuente y profundo de las actividades económicas y de las relaciones que se derivan (Hurtado, 2015, p. 125). Así, su uso no solo debe ser permitido por el principio de legalidad, sino que es incluso necesario.

Habiendo establecido que resulta justificable la “flexibilización” que puede presentarse entre el principio de legalidad con los delitos socioeconómicos, sin que esto implique *per se* la vulneración del mismo, cabe cuestionarnos, entonces, cuál sería el límite que puede trastocar dicha “tensión” y volverla en una “transgresión” del mencionado principio, en sus vertientes desarrolladas. En otras palabras, debemos preguntarnos en qué momento la utilización de las leyes penales en blanco puede tornarse inconstitucional por contravenir un principio de *ius puniendi* estatal.

Esta pregunta se la hizo el mismo Klaus Tiedemann quien consideró que el legislador penal, para no trastocar por completo el principio de legalidad, “debe por lo menos haber adoptado la *decisión fundamental* sobre lo que va a ser punible. Esta decisión no debe ser delegada a la administración o a cualquier otra instancia” (2007, p. 79). Esto es, para evitar cuestionamientos de constitucionalidad o legitimidad, el legislador penal no debería dejar en manos de la Administración Pública la definición total de la conducta prohibida.

Asimismo, Tiedemann consideró que el conflicto se acrecienta cuando nos encontramos ante leyes penales en blanco que remiten a actos administrativos generales individuales, acrecentando la problemática aquellos casos en los que la remisión se refiere a actos (administrativos) futuros y, por ende, de contenido incierto (2007, p. 77-78). Dichas remisiones no son otra cosa que las llamadas “cláusulas de autorización”.

Efectivamente, se señaló que las “leyes penales en blanco” son una manifestación de la técnica de remisión legislativa y, en definitiva, son las que más se suele asociar con la técnica. Sin embargo, también hay otras dos manifestaciones de remisión legislativa no muy distintas: los elementos normativos jurídicos y las cláusulas de autorización. (Martínez-Buján, 2023, p. 243)

Por un lado, los elementos normativos en la redacción de los tipos legales están referidos a factores que no pueden ser determinados mediante los sentidos del ser humano, sino que suponen la realización de juicios de valor, sean jurídicos, morales o sociales (Hurtado, 2015, 127). De particular interés para el Derecho Penal Económico, se encuentran las cláusulas generales, las cuales constituyen una categoría extrema de elemento normativo del tipo, y respecto de la cual encontramos términos como: “comerciante”, “proveedor”, “cliente”, “deudor”, “empresa” (Hurtado, 2015, 127), “administrador”, “consumidor”, entre otros e inclusive algunos más sofisticados como “comerciante ordenado”, “cuidadoso jefe del negocio” o “acucioso presidente del Directorio” (Tiedemann, 2007, 81).

Por otro lado, las cláusulas de autorización se refieren a “una remisión concluyente a actos administrativos que hacen del tipo uno «parcialmente en blanco», en atención a lo cual hay que colegir que, en principio, la concurrencia de autorización convierte el hecho en atípico, salvo que la autorización sea nula de pleno derecho” (Martínez-Buján, 2023, p 253).

Dicho esto, la solución propuesta por Tiedemann, asumida en su momento por el Tribunal Constitucional alemán, sigue siendo clarificadora ante la pregunta sobre el límite de la utilización de este tipo de remisiones legislativas: la definición de la conducta punible es finalmente realizada por el texto penal. Efectivamente, como bien señala este Hurtado, “las imprecisiones y los reenvíos indicados son inevitables en derecho penal económico, pero esto no significa que el principio de legalidad debe ser abandonado o relativizado al extremo de hacerlo superfluo. El texto legal, a pesar de sus imprecisiones, constituye siempre el límite de la interpretación” Y, finalmente, tal interpretación debe hacerse siempre de manera estricta. (2015, 127)

Respecto a las cláusulas de autorización, Hurtado Pozo indica que “este reenvío podría ser percibido como una violación del principio de legalidad, salvo que los elementos que hacen el comportamiento punible ya estén suficientemente determinados por la ley penal y, en consecuencia, la disposición administrativa solo responda a ciertas cuestiones de fondo de la incriminación como tal” (Hurtado, 2015, 127).

En este orden de ideas, el lector habrá podido advertir que, ante la inevitable “variabilidad” producto de la remisión legislativa a ordenamientos extrapenales, también es posible advertir una aparente “tensión” con otra manifestación del principio de legalidad: la *lex praevia*.

Dicho componente establece la prohibición de retroactividad en el derecho penal, a menos que se trate de una retroactividad favorable al reo. A este respecto, el problema que puede surgir, respecto de las leyes penales en blanco, es el fenómeno de la tipificación sobrevenida, justamente aprovechando el principio de retroactividad favorable (De la Mata, 2018, 52).

Ante ese problema, la doctrina es mayoritaria al sostener que para determinar si se puede presentar una retroactividad benigna o no, es vital que el operador jurídico distinga si la modificación de la legislación extrapenal (y, por lo tanto, del alcance del tipo penal) obedece simplemente a un cambio de las situaciones fácticas o a un cambio de criterio acerca de la gravedad o dañosidad de la conducta típica (De la Mata, 2018, 152). El principio de retroactividad, pues, sólo operaría en el segundo escenario: ante un cambio en el desvalor del injusto. Tal como señala Martínez-Buján: “el *criterio decisivo* para la apreciación retroactiva de la ley penal en blanco más favorable será, pues, la falta de necesidad de pena, extraída del «contenido» objetivo de la ley [...] y no de los «motivos» subjetivos del legislador (2023, p. 251-252).

En conclusión, la remisión legislativa no vulnera *per se* el principio de legalidad en sus distintas manifestaciones; inclusive, llega a ser necesaria por la naturaleza cambiante y dinámica de la realidad socioeconómica que busca proteger. Sin embargo, esta flexibilidad de la concepción clásica del principio de legalidad no es de “goma”: se debe evaluar en cada caso concreto si es que el núcleo de la prohibición penal queda lo suficientemente determinado en la ley penal, garantizando así la certeza que exige el ordenamiento jurídico penal.

(ii) El fraude a la ley penal

Si bien la referencia a las normas penales en blanco es el asunto relacionado al principio de legalidad de particular interés para este trabajo, no queremos dejar de hacer referencia a otra institución, también vinculada a este principio: el “**fraude a la ley**”.

Se sostiene que, en los delitos socioeconómicos –sobre todo en, pero no limitándose a, aquellos que contienen aspectos cuantitativos para su configuración–, los supuestos de

fraude a la ley, institución particularmente conocida en el derecho civil, podrían presentarse en mayor medida.

Cabe recordar que un caso de fraude a la ley implica que el destinatario de la norma ejecuta un comportamiento que, si bien no está expresamente contemplado en el supuesto de hecho de la norma y, por lo tanto, no está expresamente prohibida por dicha disposición, es contraria a la finalidad que esta norma persigue.

Pongamos como ejemplo el caso propuesto por Hurtado Pozo (2015, p. 122-124): el delito de contrabando (comprendido en el artículo 1 de la Ley No. 28008, Ley de los Delitos Tributarios)⁶. Como se sabe, para la comisión de ese delito, se requiere que el valor de las mercancías objeto del contrabando superen las cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias (UIT). En esa línea, muchos infractores podrán, a pesar de que de igual manera recibirán una sanción administrativa, arriesgarse a ello y “contrabandear” mercancías cuidando de

⁶ **Artículo 1. Contrabando**

Comete delito de contrabando y es reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, siempre que el valor de las mercancías sea superior a cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias, el que:

- a) *Interna mercancías del extranjero al territorio nacional sustrayendo, eludiendo o burlando el control aduanero.*
- b) *Extrae mercancías del territorio nacional sustrayendo, eludiendo o burlando el control aduanero.*
- c) *No presenta las mercancías para la verificación, reconocimiento físico u otra acción de control aduanero dentro del proceso de despacho aduanero. La acción de ocultar o sustraer la mercancía al control aduanero equivale a la no presentación.*
- d) *Extrae, consume, dispone o utiliza las mercancías que se encuentran en la zona primaria delimitada por la Ley General de Aduanas, sin que la Administración Aduanera haya otorgado el levante o autorizado el retiro, según corresponda.*
- e) *Consume, almacena, dispone o utiliza las mercancías durante el traslado, autorizado por la Administración Aduanera, de una zona primaria a otra, para su reconocimiento físico u otra acción de control aduanero, sin el pago previo de los tributos o gravámenes.*
- f) *Interna mercancías de una zona franca, zona de tratamiento aduanero especial o zona de tributación especial y sujeta a un régimen especial arancelario hacia el resto del territorio nacional sin contar con la autorización de la Administración Aduanera, el pago previo de los tributos diferenciales o sin el cumplimiento de otros requisitos de ley.*
- g) *Conduce en cualquier medio de transporte, hace circular, embarca, desembarca o transborda mercancías dentro del territorio nacional, sin que hayan sido sometidas al control aduanero. (Énfasis agregado)*

no superar en cada oportunidad el umbral de las 4 UIT, a pesar de que sumadas todas esas veces (esto es, realiza el contrabando sistemáticamente) superan dicho monto. Y, de tal manera, evitan la sanción penal. Este sería un caso de fraude de ley, ya que, el contrabandista busca “burlar” y, por lo tanto, defraudar la norma a través de acciones aisladas aparentemente atípicas, pero que, finalmente, el resultado de su accionar resulta en una clara contravención de la intención o finalidad de la norma.

En el derecho civil, el remedio ante un caso de fraude a la ley es inmediato: se aplica la norma defraudada. El problema en el Derecho penal estriba en que aplicar la norma penal defraudada sería prácticamente realizar una “analogía de ley penal”, proscrita por el sistema en tanto vulneratoria del mandato de prohibición de analogía (*lex stricta*) que forma parte del principio de legalidad.

Hurtado Pozo comparte que, para solucionar los casos de fraude a la ley penal y, por ende, evitar dejar un margen de impunidad de las conductas defraudatorias, se han presentado dos (2) propuestas: “la primera consiste en integrar, en la parte general del código [Penal] [...], una disposición en la que se regule como categoría particular el «fraude a la ley» [...]. La segunda plantea prever, respecto de algunos delitos, una disposición específica para reprimir el fraude a la ley.” (2015, p. 121)

Volviendo al ejemplo del delito de contrabando, vemos que el legislador “salvó” el supuesto de fraude de ley comentado a través de la segunda propuesta de solución: creó el delito de contrabando fraccionado⁷ (comprendido en el artículo 3 de la Ley No. 28008). Según este

⁷ **Artículo 3. Contrabando fraccionado**

Incurrir en el delito de contrabando, mediante las conductas previstas en el artículo 1, y es reprimido con idénticas penas, el que, con unidad de propósito, realiza el contrabando en forma sistemática por cuantía superior a cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias, en forma fraccionada, en un solo acto o en diferentes actos de inferior importe cada uno, que aisladamente serían considerados infracciones administrativas.

delito, se incurrirá también en contrabando, en cualquiera de sus modalidades, y con la misma sanción si es que se realiza un contrabando sistemático, sea en un acto o en varios actos, se supera el umbral de las cuatro (4) UIT, y siempre que de manera independiente hayan sido consideradas “infracciones administrativas vinculadas al contrabando”.

Sin perjuicio de otras consideraciones a tomarse en cuenta respecto a este particular delito (como si es que previamente cada una de las conductas debió ser sancionada administrativamente), es claro que no todos los delitos susceptibles de defraudación tienen ya una solución expresa o los tendrán. Tal como advierte Hurtado Pazo, “por la falta de disposición expresa que prohíba el fraude a la ley, puede presentarse con frecuencia un problema de interpretación del tipo legal concernido, en particular en relación con la comprensión de un elemento normativo o de una cláusula general” (2015, p. 124).

Ante este problema, coincidimos con la inevitable solución planteada por este mismo autor: “debe interpretarse el texto legal de modo a determinar si el comportamiento realizado constituye un acto comprendido en el margen de libertad que deja la ley o si constituye un acto que se aleja del objetivo perseguido por la disposición que se quiere defraudar” (Hurtado, 2015, p. 124). No cabe duda de que el contexto será el factor determinante para evaluar si el obrar del autor podría encontrarse dentro del límite de la legalidad o ya lo trastoca con la finalidad defraudatoria.

III. 2 El principio de *ne bis in ídem*

Finalmente, queremos terminar este capítulo con uno de los principios con más difícil concreción en el Derecho Penal, sobre todo en cuanto a criminalidad económica nos referimos: el principio de *ne bis in ídem*, o mejor dicho el principio (o regla, según veremos), mediante el cual ***nadie debe ser perseguido o castigado dos veces por lo mismo.***

Este principio implica una doble prohibición o vertiente: “a) *una prohibición material* que alude a que un mismo hecho no debe ser objeto de doble sanción, o más precisamente, que una misma circunstancia o aspecto no debe ser objeto de una doble ponderación (no debe ser valorado dos veces); y b) *una prohibición procesal*, que impide someter a alguien a un juzgamiento simultáneo o sucesivo a otro que recae sobre el mismo hecho.” (Ossandón, 2018, p. 953)

Ahora bien, la doctrina clásica establece que para que se produzca un supuesto de *bis in ídem*, debe presentarse la concurrencia de tres supuestos (o tres “identidades”) en los dos casos que se analizan (*i.e.* dos delitos o un ilícito penal y un ilícito extrapenal): (i) identidad de sujetos, (ii) identidad de hechos e (iii) identidad de fundamentos. En pocas palabras, como señala Ossandón, “un mismo contenido de injusto” (2018, p. 953).

Antes de pasar a desarrollar las soluciones que plantea la doctrina, nos gustaría comentar un par de cuestiones previas en las que se discute respecto de la naturaleza del *ne bis in ídem*.

(i) *Ne bis in ídem*: ¿mandato para el legislador?

Una pregunta que para nosotros es de gran relevancia es si el *ne bis in ídem* constituye un mandato para el legislador, además de para el juez.

Al respecto, Ossandón comenta que “parece ser mayoritaria la opinión de que no le es vinculante, al menos no directamente, pues lo que el principio *ne bis in ídem* prohíbe es que un mismo hecho sea doblemente sancionado, no que sea doblemente tipificado” (2018, p. 960). Esa también sería la posición del Tribunal Supremo español, el cual señaló que “su cumplimiento, insistimos, corresponde, no al que elabora y aprueba la norma, sino al que

la aplica en aquellos supuestos en que un mismo acto o hecho pueda estar tipificado y sancionado en más de un precepto punitivo” (citado en Ossandón, 2018, p. 960).

Sin embargo, para esta autora, la prohibición de punición múltiple debería alcanzar de alguna manera al legislador, debido a que, de lo contrario, se dificultaría la interpretación y aplicación de los preceptos penales (Ossandón, 2018, p. 975). Así, para ella, “es el propio legislador quien debe evitar incurrir en duplicidad de valoraciones de lo mismo a través de distintas normas” (Ossandón, 2018, p. 984).

Coincidimos con esta postura y somos aún más enfáticos. **Es el legislador el llamado, en primer lugar, a garantizar que los delitos que crea y modifica respeten los principios del *ius puniendi*, lo que incluye al *ne bis in ídem*.** Es cierto que, en la práctica, muchas situaciones se pueden presentar que podrían dar pie a un caso de *bis in ídem*, pero es justamente deber del legislador adelantarse a dicha posibilidad, sobre todo en casos tan palpables donde la descripción del tipo penal es prácticamente una copia literal del ilícito administrativo.

Consideramos, pues, que las reglas desde el punto de vista procesal a situaciones del *bis in ídem*, como la que da nuestro Código Procesal Penal acerca de la prevalencia del proceso penal por sobre el administrativo, pueden ser un “remedio” ante dichos supuestos y, en todo caso, contribuyen a evitar pronunciamientos contradictorios. Pero, es de nuestra opinión, que se tratan principalmente de mecanismos reactivos ante una patología normativa (al menos si entendemos a este principio desde su concepción tradicional). Si la norma sustantiva no prevé y evita la duplicidad del injusto desde su diseño, se obliga al ciudadano a soportar la carga e incertidumbre de verse sometido a un doble “proceso” (o doble potestad sancionadora), afectando la seguridad jurídica antes de una intervención judicial.

Esto se ve reforzado por la propia postura del Tribunal Constitucional peruano respecto a que no habría identidad de fundamento entre el ilícito administrativo y el penal. Si es que, entonces, el *ne bis in ídem* no constituye un mandato dirigido al legislador, ¿cuál es el afán de defender la ausencia de *bis in ídem* material desde el análisis de la propia normativa? O, dicho de otro modo, carecería de sentido analizar la compatibilidad normativa antes de la aplicación judicial.

A lo señalado, Ossandón agrega: “no tiene mayor sentido que el legislador estipule dos sanciones para un mismo ilícito, aunque sea con el objetivo de completar o enfatizar el desvalor que le asigna, que puedan ser impuestas en dos procesos distintos. La realización de un procedimiento sancionatorio implica la prohibición de iniciar un segundo procedimiento para imponer la otra sanción [...]” (2018, p. 988).

En otras palabras, cuando el juez penal recibe un cuestionamiento de aplicación de normas alegando la vulneración del *ne bis in ídem* y verifica que, en efecto, sí presenta dicha situación, no solo está resolviendo un conflicto procesal, sino que está evidenciando una falencia legislativa previa, que, finalmente, ha puesto en riesgo la garantía del debido proceso del ciudadano. El hecho de que el ciudadano deba activar esta garantía para evitar una doble sanción demuestra que el legislador falló en su deber primario de delimitar correctamente los ámbitos de intervención punitiva, lo que podría traducirse en un traslado al administrado de los costos de dicha imprecisión normativa.

(ii) *Ne bis in ídem*: ¿principio o regla?

Ahora bien, a pesar de que hemos asumido desde el comienzo que el *ne bis in ídem* es un principio del *ius puniendi*, consideramos que es relevante señalar que existe en la doctrina dos (2) posiciones distintas acerca de la naturaleza de esta institución: de que se trata de un principio o de que se trata más bien de una regla.

Así, para la doctrina mayoritaria, *ne bis in ídem* es un principio, ya que sirve de mandato de optimización destinado a orientar el accionar del legislador y del operador jurídico para evitar un uso abusivo del poder punitivo del derecho y podría cumplirse en diversos grados, dependiendo de cada caso en concreto. Finalmente, un principio también se pondera; en este caso, podría ponderarse con otros principios o bienes de relevancia. Posiblemente, por dicho motivo, es que tenemos varias teorías y criterios que buscan brindar soluciones, parciales o totales, al problema de la doble imposición sancionatoria (García, 2014, p. 234).

Esto nos lleva también a sostener que es un principio relacionado al principio de proporcionalidad, en tanto “a un delito no se le puede imponer una pena más severa de que la que le corresponde por su gravedad, ni tampoco varias penas que, en conjunto, sobrepasen su gravedad” (García, 2014, p. 234).

Nuestro Código Procesal Penal asume que el *ne bis in ídem* es un principio. Así, en el precepto que lo contiene –el artículo III del Título Preliminar– se estipula lo siguiente:

Artículo III. Interdicción de la persecución penal múltiple

*Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. **Este principio** rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo. (Énfasis agregado)*

No obstante ello, parece lógico pensar que, al momento de aplicar el principio, su operatividad la vuelve una especie de regla y nos lleva a cuestionarnos si solo se trata de un problema de proporcionalidad (Ossandón, 2018, p. 978).

Para autores como Ossandón,

*el ne bis in ídem es una regla, pues goza de las características que distinguen a las reglas en contraposición con los principios: concretan cuáles son los supuestos de hecho a los que se refieren, operan para casos concretos, no admiten aplicación gradual y **operan por subsunción**, no por ponderación. [...] [L]a prohibición de sancionar dos veces por lo mismo se encuentra ligada a consideraciones tanto de proporcionalidad como de **seguridad jurídica**, perspectiva desde la cual se conecta también con el **principio de legalidad**' (Ossandón, 2018, p. 978). (Énfasis añadido)*

Para esta autora “aunque se considera que esta prohibición [la doble imposición sancionatoria] encuentra su fundamento último en consideraciones de proporcionalidad, dicha proporcionalidad debe ser expresada a través de una forma determinada, que garantice una mayor seguridad jurídica.” (Ossandón, 2018, p. 980)

Más allá del debate conceptual, esta distinción resulta vital debido a sus consecuencias operativas. Así, si concebimos al *ne bis in ídem* meramente como un principio sujeto a ponderación, se podría abrir la puerta a validar la doble persecución bajo el argumento de que la suma de sanciones no resulta desproporcionada. Por el contrario, si asumimos que ante la triple identidad el *ne bis in ídem* opera como una regla (de prohibición absoluta), la consecuencia necesariamente será la exclusión del ilícito de alguno de los fueros.

Consideramos que, sin duda alguna, el *ne bis in ídem* es una garantía del ciudadano ante una real o potencial arbitrariedad del Estado. Y reconocemos, como ya hemos venido sosteniendo, que la naturaleza particular del Derecho Penal Económico nos obliga a replantearnos las garantías del *ius puniendi*. Esto, nos permite decantarnos por la tesis de que el *ne bis in ídem* es un principio. Sin embargo, sostenemos que, aunque aceptemos su fundamento principalista, su aplicación práctica debe aspirar a la rigidez de una regla (a lo que justamente se refiere un mandato de optimización). Es decir, una vez verificada la triple

identidad, el mandato de prohibición debe respetarse en la mayor medida posible. De lo contrario, se corre el riesgo de vaciar el contenido de esta garantía. Esto será de relevancia al momento de buscar soluciones ante un supuesto de *bis in ídem* que se pueda presentar en la aplicación del delito materia de investigación de este trabajo.

(iii) Aproximaciones a la resolución de conflictos con el *ne bis in ídem*

Hay que recordar que se habla de dos vertientes de este principio: un material y una procesal. Sin duda, la vertiente procesal presenta sus propios problemas, pero para efectos de este trabajo nos centraremos más en la vertiente material, debido a que analizaremos directamente el tipo penal del delito de práctica anticompetitivas, aunque, sin duda, haremos referencia a reglas procesales (como la cuestión previa).

Sin perjuicio de ello, no queremos dejar de mencionar que nuestro sistema –el ya citado artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal– sigue la regla general que predomina en la doctrina penal: “que el proceso penal debe prevalecer sobre el procedimiento administrativo” (García, 2014, p. 240). En el caso que el procedimiento administrativo sancionador ya haya iniciado y este mismo hecho (que tiene triple identidad) se presente en sede penal, debería suspenderse dicho procedimiento administrativo, en conformidad con lo expresado en el artículo 5.3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General que prohíbe que el acto administrativo contravenga resoluciones judiciales firmes.

Sin duda, tenemos otros supuestos interesantes, propios de la naturaleza del Derecho Penal Económico como lo son las cuestiones de prejudicialidad penal y los requisitos de procedibilidad, donde un órgano administrativo debe decidir acerca de la configuración del hecho infractor de manera previa al derecho penal.

Finalmente, “el problema del *bis in ídem* es en realidad un problema de coordinación entre los dos tipos de sanciones del *ius puniendi*, cuya raíz se encuentra en que no existe una distinción limpia entre ambas sanciones, de tal forma, que prima facie, un mismo hecho puede ser susceptible de poder ser subsumido tanto en el tipo sancionador como en el penal.” (De la Mata, 2018, p. 53)

Hechas estas breves anotaciones, pasemos ahora a la discusión acerca del *ne bis in ídem* material.

Previo a plantearnos posibles soluciones respecto a un supuesto de *bis in ídem*, este, pues, debe presentarse. En otras palabras, primero debe determinarse si estamos ante una triple identidad: de sujetos, hechos y fundamento.

Los dos primeros son relativamente sencillos de comprender y verificar si se presentan.

Cabe anotar, sin embargo, que en lo que respecta a la identidad del sujeto, es discutido “si esta identidad se presenta cuando se impone una sanción penal a las personas naturales que actúan en el lugar de la persona jurídica y una multa administrativa a la persona jurídica misma” (García, 2014, p. 236). Nuestra postura es clara: coincidimos con la doctrina mayoritaria en que no existe identidad sujetos entre ambas, ya que, naturalmente, estamos ante distintos sujetos que serían sancionados. Por lo tanto, si nos encontramos ante la aplicación de la ya mencionada institución de “actuar en lugar del otro”, no se presentaría una identidad de sujetos si es que la empresa representada, en el ámbito administrativo, ha recibido una multa.

Claramente, esto distinto sería el caso en que nos encontremos ante delitos sobre los cuales se ha establecido la responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas; esto es, los supuestos planteados en la Ley No. 30424 - Ley que regula la responsabilidad

administrativa de las personas jurídicas en el proceso penal. En este caso, si esta misma persona jurídica hubiese sancionado por el mismo hecho en el ámbito administrativo, es posible hablar de una identidad de sujetos y habría que valorar si también se presenta una identidad de fundamento.

Ahora bien, sin perjuicio de que hemos considerado que no hay identidad de sujeto ante sanciones a la persona natural y a la persona jurídica, pues considerando que esta consideración surgiría porque estamos hablando del mismo hecho, García Caveró anota perspicazmente que igualmente, a pesar de que no se negaría la doble imposición de sanciones (justamente, porque no hay la triple identidad), se corre el riesgo de que, si los dos procesos se activan al mismo tiempo, las decisiones pueden ser contradictorias. Por lo tanto, sería recomendable que el proceso penal de naturaleza judicial concluya antes (García, 2014, p. 236).

La identidad de hecho, por su parte, “se refiere al hecho fáctico que motiva las sanciones concurrentes, por lo que debe tratarse del mismo suceso histórico” (García, 2014, p. 236).

Finalmente, llegamos al punto más álgido de la discusión del *bis in ídem*: la identidad de fundamento, que implica determinar si es que en ambos ilícitos se busca proteger o salvaguardar los mismos intereses y/o bienes jurídicos. Es, evidentemente, un aspecto de corte valorativo.

Para resolver el impase, existen dos (2) teorías clásicas que han intentado responder a la pregunta de la diferenciación entre el ilícito administrativo y el ilícito penal desde el aspecto de la identidad del fundamento.

Por un lado, tenemos las *teorías de la diferenciación cuantitativa o unitaria*, las que establecen que, en realidad ambos ilícitos protegen lo mismo, es decir, ambos tutelan

bienes jurídicos, pero el derecho penal reprime solo las agresiones más graves a éstos y, por ello, restringe libertades con mayor intensidad. Por lo tanto, al ser injustos esencialmente iguales, el derecho penal debería ser cuantitativamente más grave que el administrativo.

La crítica a estas teorías es que no eliminaría la identidad de fundamento entre ambos ilícitos, por lo tanto, estrictamente, nunca se podrán aplicar a la vez justamente por el *ne bis in ídem*. Tal como señala García Caveró, “esta interpretación llevaría a una excesiva ampliación de la identidad de fundamento, excluyendo prácticamente en todos los casos la posibilidad de imponer conjuntamente una sanción penal y administrativa. [...] [N]o debe sorprender que la propia jurisprudencia constitucional intente atemperar la radicalidad de esta consecuencia” (García, 2014, p. 236-237).

Consideramos, pues, que estas teorías y las soluciones que plantean no son las más adecuadas para resolver un caso de *bis in ídem*. Un criterio meramente cuantitativo, aunque podría solucionar un cuestionamiento de mínima intervención del Derecho penal, no elimina por completo la identidad de los ilícitos, debido a que se siguen sancionando doblemente las conductas en ambos fueros, solo que esta vez las conductas más graves. Dicho de otro modo, se reduce el universo de infracciones sancionadas en el ámbito administrativo sancionado y en el ámbito penal, mas este no se elimina. Este criterio podría ser adecuadamente utilizado si es que permite delimitar qué conductas se sancionan en cada ámbito, como en el ya citado delito de contrabando. En dicho caso, se ha utilizado un criterio cuantitativo diferenciador, pero este no radica en una identidad de fundamento, sino que rompe con la identidad de hechos (dependiendo del valor de las mercancías, estaremos ante un ilícito administrativo o un ilícito penal).

Por otro lado, tenemos las *teorías de la diferenciación cualitativa o diferenciadora*, según las cuales, se protegen siempre intereses jurídicos diferentes, por lo que no será cierto que los dos tutelan bienes jurídicos. Así, los injustos en ambos ordenamientos serán eminentemente distintos no solo en su gravedad sino en su esencia porque el derecho administrativo sancionador tendría un alcance más amplio que reprimir únicamente afectaciones a bienes jurídicos.

Esta es la teoría por la que la jurisprudencia, tanto penal como constitucional, parecen inclinarse en nuestro país. Así, tenemos por ejemplo la Resolución de Nulidad No. 2090-2005-Lambayeque, en la que se señala lo siguiente:

Que el procedimiento administrativo sancionador busca garantizar sólo el funcionamiento correcto de la Administración Pública, las sanciones disciplinarias tienen, en general, la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas para el buen orden y desempeño de las diversas instituciones colectivas y, como tal, suponen una relación jurídica específica y conciernen sólo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción, como acontece en general con las normas jurídicas penales. (Corte Suprema de Justicia – Sala Penal Permanente, 2006, fundamento 4)

No obstante, esta teoría llevaría a que nunca exista identidad de fundamento entre ambas sanciones, y por lo tanto siempre se puedan aplicar las dos, lo cual tampoco resulta satisfactorio porque implicaría un “vaciamiento de los casos de *ne bis in ídem*” (García, 2014, p. 237).

Consideramos, pues, que aunque ambos ordenamientos obedecen, en su concepción, a lógicas distintas y siguen reglas diferentes, no es cierto que el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador (no Derecho administrativo en general) *siempre* tendrán fines

distintos, máxime en los casos en que el delito replica prácticamente el ilícito penal. Y no debemos olvidar que en el “Derecho penal económico, la intervención penal se estructura a través de delitos de peligro abstracto en torno a bienes jurídicos colectivos, difusos y contruidos normativamente en función de la regulación administrativa del sector de que se trata, de tal modo que las diferencias con la regulación administrativa prácticamente desaparecen” (Ossandón, 2018, p. 992). Finalmente, ambas son modalidades del *ius puniendi* estatal y, por ello, tienen principios en común que observar, incluyendo el *ne bis in ídem*.

Para evitar ambos extremos, García Cavero propone aceptar que existe una diferencia cualitativa entre la infracción administrativa y la penal, pero que, al decidir si es posible o no aplicar las dos sanciones, debe reemplazarse la averiguación en torno a la identidad de fundamentos por la averiguación en torno a la *identidad de efectos*. Propone este autor que

lo más conveniente no es hablar de una identidad de fundamento para decidir si existe una situación de bis in ídem, sino, en todo caso, de una identidad de efectos, es decir, que la imposición de una sola sanción (la más grave), alcanza empíricamente al fin de protección de la sanción desplazada. (...) [L]a identidad de fundamento debería reformularse y entenderse, más bien, como identidad de efectos, en el sentido de que una sola sanción cubra la función que a ella se le asigna y la que corresponde a la sanción desplazada. (2014, p. 237)

En otras palabras, si la aplicación de una de las dos sanciones puede cumplir la función de ambas normas, entonces esta debería ser la única que se aplique. Para García Cavero, “lo más conveniente es una solución general a favor de la sanción penal, [...] [que] cubre empíricamente las necesidades de castigo del Derecho administrativo sancionador”. Así, “si un mismo hecho constituye un delito económico y, a la vez, una infracción administrativa,

habrá que imponer solamente la sanción penal por ser la más grave desde el punto de vista normativo”. Según el autor, esta solución encontraría respaldo en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal. (2014, p. 237-238)

El planteamiento de García Caveró nos lleva, ciertamente, a replantear la concepción clásica del *ne bis in ídem*. Se trata, sin duda, de una solución pragmática, orientada fundamentalmente a evitar una sobreacción al nivel de la sanción (sin perjuicio de que el autor considera que también hay una prohibición de doble procesamiento). Sin embargo, aunque válida como mecanismo de corrección judicial, consideramos que puede persistir el riesgo de desincentivar la prolijidad legislativa. Esto se hace aún más patente en el caso ya mencionado de tipos penales que constituyen una copia literal de los ilícitos administrativos. Aunque se argumente que ambos ordenamientos tienen distintos fines o que la sanción penal “absorbe” los efectos de la sanción administrativa (como suele ser el caso de relaciones de sujeción general), el vicio original persiste: la duplicidad normativa no resuelta.

Por ello, nuestra postura es que una técnica legislativa respetuosa de esta garantía debería prever *ex ante* **un criterio cualitativo que permita distinguir ambos ilícitos**, haciendo que el remedio procesal sea innecesario o, en todo caso, complementario. Este criterio cualitativo no implicaría necesariamente un cambio en el bien jurídico tutelado entre ambas conductas, pero sí en la significación social del hecho y en el **objeto de protección**. De esta manera, la identidad del fundamento no se presentaría.

Sostenemos que este criterio cualitativo no exigirá necesariamente cambiar o “inventar” un nuevo bien jurídico tutelado (distinto al protegido administrativamente), sino elevar o, más precisamente, **reenfocar** el umbral de punibilidad. Esta diferenciación no es en vano: si nos limitamos únicamente a “elevar” el umbral, corremos nuevamente el riesgo de regresar a

los problemas de diferenciación meramente cuantitativa (donde la identidad de fundamento persiste). Al proponer “reenfocarlo”, por ejemplo, hacia la lesividad material y a la trascendencia social del objeto de protección, podemos romper dicha identidad: ya no se sancionará la mera infracción a las “reglas del juego” en el ámbito administrativo (como las del mercado o proceso competitivo), sino la materialización de un perjuicio particularmente intolerable para la sociedad (lo que se sancionará en el ámbito penal).

Indudablemente, hay mucho que discutir acerca de las teorías que pretenden explicar y solucionar conflictos vinculados al *ne bis in ídem* y, ciertamente, aún no hay una posición unánime en la doctrina. La propia postura expuesta abre también una puerta a seguir discutiendo el contenido de este principio (fundamentalmente, a seguir discutiendo qué implica una identidad de fundamentos).

Sin embargo, la discusión dogmática no debe implicar, bajo ningún supuesto, ignorar el principio de *ne bis in ídem*, puesto que este redundaría finalmente en la expectativa de seguridad jurídica que tienen los destinatarios de las normas sancionadoras.

Veremos, pues, en el tercer capítulo de este trabajo que este tema es medular en el análisis del tipo penal que sanciona las prácticas anticompetitivas en nuestro ordenamiento. Y también veremos cómo es que estas teorías pueden ofrecer distintas soluciones.

Capítulo 2: La regulación de la libre competencia en el Perú

Habiendo ya desarrollado algunos de los principales aspectos del Derecho Penal Económico y la criminalidad económica –su justificación, fines y características–, corresponde adentrarnos a aquel delito socioeconómico que es objeto de este trabajo. Sin embargo, para ello, es necesario conocer de antemano cuál es el lugar que ocupa en nuestro ordenamiento el bien jurídico o el interés jurídicamente relevante que este delito busca proteger o salvaguardar.

La protección de la libre competencia constituye un pilar fundamental dentro del modelo de Economía Social de Mercado consagrado por la Constitución Política peruana. Este principio, lejos de ser una mera declaración programática, configura un eje estructural alrededor del cual debe organizarse el rol del Estado en la economía y hasta dónde llega este.

En este contexto, la defensa del proceso competitivo requiere de un entramado normativo complejo y multifacético. Como señala acertadamente García Caveró, la legislación peruana asume un "modelo de protección conjunta, lo que significa tener una protección tanto administrativa como penal de la libre competencia" (2004, p. 14-15). Comprender este modelo, dentro del programa económico del Estado, nos permitirá, a su vez, determinar si es que el ordenamiento peruano cuenta con los instrumentos idóneos para enfrentar las amenazas a la libre competencia

En consecuencia, el presente capítulo se estructura en tres (3) partes orgánicamente vinculadas. En primer lugar, se analizan los fundamentos constitucionales que justifican y delimitan la intervención estatal en la defensa de la libre competencia. En segundo término, se examina el régimen administrativo sancionador de las conductas anticompetitivas a cargo del Indecopi. Finalmente, se aborda la respuesta penal, explorando su justificación,

contrastándola con experiencias comparadas clave y presentando una introducción sobre su desarrollo en el ordenamiento jurídico peruano.

Así, la finalidad de este recorrido sistemático por la arquitectura normativa peruana de protección de la libre competencia servirá como antesala para el tercer y último capítulo. De esta manera, tanto el primer como el segundo capítulo de este trabajo servirán de herramientas para el análisis dogmático y constitucional del delito que sanciona las prácticas anticompetitivas en nuestro país contenido en el artículo 232 del Código Penal.

I. El rol del Estado en la protección de la libre competencia según la Constitución Política de 1993

Comprender la posición del Estado respecto a la libre competencia implica comprender su rol en la economía nacional. Ineludiblemente, la primera y más importante fuente para ello no es otra que la carta política del país: la Constitución Política del Perú.

Así, el marco constitucional peruano establece las bases y los límites de la intervención estatal en la economía. Para comprender la legitimidad y el alcance de las normas administrativas y penales que reprimen las prácticas anticompetitivas, es indispensable remitirse a los principios fundamentales que la Constitución consagra.

I.1. La economía social de mercado en la Constitución de 1993

La Constitución Política del Perú de 1993, al igual que su predecesora, establece que el régimen económico del país es la "**Economía Social de Mercado**". Así, en el artículo 58 de la Constitución, se consagra lo siguiente:

Artículo 58.- Economía Social de Mercado

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura

Pero ¿qué implica una "Economía Social de Mercado"?

Kresalja y Ochoa sostienen que dicha expresión no tiene un contenido definido, ya que es una cláusula abierta que, no obstante, ha tenido éxito. Fundamentalmente, sostienen, que nos permite entender que las reglas económicas deben regirse principalmente por los mecanismos del mercado, pero el Estado también tiene deberes que cumplir al respecto (2009, p. 59).

Sin perjuicio de esta aproximación inicial, es pertinente mencionar los cimientos ideológicos e históricos de esta concepción para su mayor comprensión.

Tal como señala Flores, "el término Economía Social de Mercado aparece en la literatura económica y política haciendo referencia al modelo económico puesto en marcha en la Alemania de posguerra" (2015, p. 14). Sería la Escuela de Friburgo la encargada de forjar esta teoría, teniendo como uno de sus principales exponentes a Erwin Von Beckerath, quien desarrolló una concepción a la que denominó el "ordoliberalismo" (Flores, 2015, p. 15).

Los llamados "ordoliberales" tenían como meta última la libertad individual en una economía de mercado de competencia perfecta, bajo la cual era posible alcanzar tanto el bienestar económico como social. Así,

La concepción ordoliberal se distancia del socialismo al hacer hincapié en la propiedad privada de los medios de producción y en la formación libre de precios en el mercado; y del antiguo liberalismo, acentuando fuertemente el reconocimiento que

el orden competitivo no se da naturalmente sino solo tendencialmente y, por lo tanto, tiene que ser organizado como un programa estatal y estar asegurado contra tendencias inminentes de deterioro mediante el orden jurídico. (Flores, 2015, p. 15)

Entonces, la economía social de mercado tiene un origen en el propio liberalismo económico. Sin embargo, tal como señalan Kresalja y Ochoa, se diferencia de este, porque el mercado estará organizado conscientemente "bajo un sistema de reglas o instituciones, con un objetivo determinado, sin por ello desconocer que la libertad es la que rige las decisiones económicas" (2009, p. 57).

En ese sentido, si bien el ejercicio de la libertad se ejerce a través del mercado y la libre competencia, las cuales confieren poder de la decisión final a los consumidores, se reconoce que este ejercicio, a su vez, puede generar y, de hecho, genera, perturbaciones que impiden esta misma competencia. Es falso que el mercado pueda cuidarse a sí mismo. Acertadamente Kresalja y Ochoa mencionan que "un sistema económico abandonado a sí mismo destruiría la competencia" (2009, p. 80)

En pocas palabras: en tanto es el propio mercado el que genera desviaciones, el Estado y el ordenamiento jurídico serán los llamados a garantizar el real y correcto funcionamiento del mercado y la competencia. Esta garantía no debe ser entendida como intervenciones arbitrarias, subjetivas y mercantilistas.

Finalmente, no es posible tener una concepción completa de la Economía Social de Mercado desconociendo su carácter humanista. En efecto, en la base de este régimen, existe "una noción de persona y de su dignidad como valores anteriores y superiores y una noción de justicia que aspira a generar bienestar general para todo ser humano" (Flores, 2015, p. 20).

Fue la Constitución Política de 1979 la primera Constitución en la que se introdujo el constitucionalismo económico. Sin embargo, no podemos entender la Constitución actual de 1993 en el mismo sentido exacto, teniendo en cuenta sobre todo el contexto en el cual fue concebido.

La Constitución peruana de 1979 se inserta en el marco de las constituciones europeas de la segunda mitad del siglo XX que normaron el denominado Estado Social de Derecho; mientras que la Constitución de 1993 fue concebida en un contexto nacional e internacional distinto. Desde el punto de vista económico, implicó una adecuación al contexto del liberalismo económico producto del Consenso de Washington.

La Constitución de 1993 consolidó, así, la reforma económica en marcha y, aun cuando se mantuvo formalmente la expresión Economía Social de Mercado, las normas constitucionales representaban una mayor liberalización de la economía (Flores 2015, p. 21).

Entre las nuevas y más importantes variaciones en el plano económico de la actual Constitución tenemos las siguientes (Álvarez, 2014):

- La eliminación de la potestad de intervención de la economía en situaciones de grave crisis que contemplaba el artículo 132° de la Constitución de 1979.
- La inclusión del abuso de poder de dominio como situación susceptible de ser enfrentada en procura de garantizar la competencia.
- La absoluta libertad para la inversión extranjera y para el comercio internacional.
- La consagración constitucional de la intangibilidad de los contratos.

Ahora bien, no solo de la lectura de la norma constitucional y de las fuentes doctrinarias podemos determinar el alcance del rol del Estado peruano en la economía nacional. El Tribunal Constitucional, en diversas sentencias, se ha pronunciado sobre el tema, siendo la más relevante sobre el tema la sentencia recaída en el Expediente No. 008-2003-AI. En esta resolución, se definieron los alcances del modelo de la Economía Social de Mercado y se desarrolló el contenido constitucional de las principales libertades económicas. El Tribunal Constitucional considera en esta sentencia que la Economía Social de Mercado está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes:

- a) *Bienestar social, lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso;*
- b) *[Un] mercado libre, lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida prima facie por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios;*
y
- c) *Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales. (Tribunal Constitucional del Perú, 2003, fundamento 13)*

Asimismo, enfatiza que la satisfacción de las necesidades del consumidor y del usuario es el punto de referencia que debe tenerse en cuenta al momento de determinar el desenvolvimiento eficiente del mercado.

I.2. El deber de facilitación y vigilancia del Estado peruano de la libre competencia

Ya habiendo definido en qué consiste el régimen de la Economía Social de Mercado, es importante especificar ahora el rol del Estado de cara a uno de los aspectos que regula este régimen: el de la libre competencia en el mercado.

Debemos partir nuevamente del texto constitucional, esta vez en su artículo 61:

Artículo 61.- Libre competencia

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. (Énfasis añadido)

En esta norma se establecen dos (2) obligaciones principales por parte del Estado: el facilitar y el vigilar la libre competencia. Y, posteriormente, se señala una obligación que deriva de este deber de vigilancia: **el combate de las prácticas anticompetitivas**, siendo el abuso de posición dominante o monopólica una de ellas.

Es importante destacar que, aunque a veces se suele pensar erróneamente lo contrario, la Constitución no prohíbe la existencia de posiciones de dominio en el mercado. Lo que se busca combatir es *el abuso* de esta posición, el cual puede devenir en una alteración del correcto funcionamiento de la libre competencia. En ese sentido, un monopolio natural en el mercado no puede ser sancionado por el Estado, sino, por ejemplo, las conductas que limiten el ingreso de nuevos competidores. Tal como señala Gallegos,

La economía social de mercado es incompatible con cualquier forma de concentración económica que incurra en abuso de posición de dominio de mercado ya sea proveniente del sector privado o del sector estatal. No obstante, las mismas,

dependiendo de determinadas circunstancias y en tanto no abusen de la posición y relevancia que tuvieran en el mercado, no son rechazadas "per se", sino que son sometidas a regulación estatal y competencia." (2010, p. 63)

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado respecto al contenido de esta norma. En la sentencia recaída en el Expediente No. 0008-2003-PI, señaló que según lo expresado en el artículo 61° de la Constitución, el Estado no solo debe asegurar la participación de los agentes de mercado, sino también la protección de quienes cierran el círculo económico en calidad de consumidores y usuarios (2003, fundamento 13).

Por lo tanto, la protección de los agentes económicos no se limita solo a los competidores, a pesar de que la legislación administrativa distingue las normas que protegen, de un lado, la competencia (aunque tengan impacto final en los competidores), de aquellas que son directamente referidas a los consumidores.

Habiendo, entonces, determinado el rol del Estado de protector de la libre competencia en el mercado desde una posición de facilitación y vigilancia, encontramos distintas herramientas que el Estado tiene a su disposición para materializar estos objetivos fundamentales.

Estos mecanismos no solo se reducen a los punitivos y sancionadores de conductas anticompetitivas, sino también a algunos preventivos y facilitadores. Entre ellos, por ejemplo, el control previo de operaciones de concentración empresarial o las normas que buscan eliminar barreras burocráticas que puedan generar desincentivos de inversión y competencia en los distintos mercados.

Sin perjuicio de esto, la materia que nos convoca en el presente ensayo está referida específicamente a los mecanismos punitivos, específicamente, los penales, los cuales se deberán contrastar en su análisis con los mecanismos administrativos sancionadores.

En conclusión, el régimen de la Economía Social de Mercado previsto en nuestra Constitución Política, si bien garantiza la libertad económica, permite la intervención del Estado en calidad de supervisor y garante. Esto debido a que nos encontramos en la realidad con un mercado imperfecto, que requiere, por ende, de pautas normativas para corregir estas distorsiones y proteger así no solo el bienestar económico, sino también el orden social y democrático.

Es por este motivo que el Estado peruano, bajo el amparo de las normas constitucionales, ha desarrollado una política en libre competencia que incluye mecanismos punitivos contra las prácticas anticompetitivas, entre las cuales se encuentra la utilización del Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal.

II. La regulación administrativa de la libre competencia

La defensa de la libre competencia en el Perú encuentra su principal desarrollo en el ámbito administrativo, a través de un marco legal especializado y un organismo técnico especializado encargado de su aplicación: el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Veamos los principales aspectos de esta regulación que nos son de interés.

II.1. El rol del Indecopi en la protección de la libre competencia

Empecemos comentando brevemente acerca del organismo protagonista de la defensa del mercado frente a prácticas que vulneren la libre competencia en nuestro país y que cuenta

con autonomía técnica y económica para llevar a cabo sus funciones: El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

Cabe mencionar, a la fecha de este trabajo, el Congreso de la República ha aprobado una reforma constitucional que le daría la categoría de “organismo constitucionalmente autónomo”, mediante la incorporación del artículo 64-A a la Constitución Política. Sin embargo, esta norma deberá ser confirmada por la ciudadanía a través del mecanismo del referéndum al no alcanzar los votos suficientes para eludir la consulta popular (Infobae, 2025).

Las funciones del INDECOPI son "vigilar la libre iniciativa privada y la libre empresa, la eliminación de barreras burocráticas, defender la libre y leal competencia, sancionando las conductas anticompetitivas, corregir las distorsiones causados por el *dumpling* y los subsidios, proteger los derechos de los consumidores, proteger el crédito [...] y [...] los derechos intelectuales" (Kresalja y Ochoa, 2009, p. 143).

En el ámbito específico de la libre competencia, el Indecopi, a través de sus “autoridades de defensa de la libre competencia” tiene la facultad de investigar y sancionar las conductas anticompetitivas, las cuales son las siguientes:

- La Comisión de Defensa de la Libre Competencia: Es el órgano que se encarga del cumplimiento de la ley que sanciona las prácticas anticompetitivas, declara la existencia de una conducta anticompetitiva e impone las sanciones y medidas correctivas correspondientes (artículo 13 del Decreto Legislativo No. 1034).
- La Secretaría Técnica de la Comisión: Es el órgano encargado de realizar la labor de instructor del procedimiento de investigación y emite la opinión sobre la

existencia de la conducta infractora (artículo 15 del Decreto Legislativo No. 1034).

- El Tribunal: Es el órgano encargado de revisar en segunda y última instancia los recursos impugnatorios emitidos contra los actos de la Comisión o la Secretaría Técnica (artículo 16 del Decreto Legislativo No. 1034).

También cabe resaltar que el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) es el organismo encargado de aplicar las normas de libre competencia (como el Decreto Legislativo No. 1034) en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.

II.2. Marco legal: El Decreto Legislativo No. 1034

Actualmente, la norma que reprime las prácticas contrarias al proceso competitivo es el **Decreto Legislativo No. 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**⁸, entró en vigor en el año 2008. Esta norma tiene por finalidad principal prevenir, prohibir y sancionar las conductas anticompetitivas, con el objetivo de proteger el proceso de competencia en el mercado y, por ende, el bienestar de los consumidores. Puntualmente el artículo 1 de la ley establece lo siguiente respecto a su finalidad:

Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley. -

La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

⁸ La última versión de su Texto Único Ordenado fue aprobada por el Decreto Supremo No 111-2024-PCM en el año 2024.

Antes de comentar los principales aspectos de esta norma, cabe mencionar algunos antecedentes legislativos relevantes.

Así, tenemos que fue el Decreto Supremo No. 296-90-EF, el que por primera vez prohibió el abuso de posición de dominio en el mercado, así como las prácticas colusorias que restringen la libre competencia. Como comenta García Caveró, esta norma nunca fue aplicada, fundamentalmente porque carecía de la jerarquía legal requerida (2004, p. 18).

Pero, en definitiva, el antecedente normativo más relevante en materia de represión de conductas anticompetitivas fue el Decreto Legislativo No. 701, al cual –como veremos en el siguiente capítulo– se remite la primera versión del artículo 232 del Código Penal (al ser la “ley en la materia”). Esta norma estableció el primer gran marco regulatorio de la competencia en nuestro país. Su principal modificación vino de la mano del Decreto Legislativo No. 807 en abril de 1996, precisando las facultades de las comisiones del Indecopi que, como mencionamos, hoy en día se encarga de declarar la existencia de las conductas anticompetitivas y de imponer las sanciones que correspondan, de ser el caso.

Otra modificación relevante que también analizaremos en el siguiente capítulo es aquella que establece que la Comisión de Libre Competencia debe determinar si las infracciones fueron realizadas “dolosamente” y que “el perjuicio fuera de naturaleza tal que se hubieran generado graves consecuencias para el interés económico general”, con el fin de que, de ser ese el caso, formular la denuncia de parte al Ministerio Público.

La emisión del Decreto Legislativo No. 1034, finalmente, obedeció a la necesidad de modificar y, sobre todo actualizar el marco legal anterior, estableciendo un régimen más robusto y acorde con los estándares internacionales, pero esencialmente para adaptarse a las nuevas obligaciones asumidas por el Perú en el marco de la firma del Acuerdo de Promoción Comercial que suscribió con los Estados Unidos de América.

Según la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo No. 1034, la anterior norma –el Decreto Legislativo No. 701– presentaba una serie de deficiencias y vacíos sustanciales normativos, entre las cuales se encontraban (Presidencia del Consejo de Ministros, 2008, p. 4-9):

- La falta de claridad en torno de ciertos conceptos, como el de los precios abusivos, que derivaron en pronunciamientos contradictorios.
- La falta de una delimitación precisa entre la aplicación de la regla *per se* y la regla de la razón en el análisis de prácticas colusorias, que condujo en un tratamiento inconsistente de conductas anticompetitivas graves.
- La vulneración del principio de tipicidad de cláusulas abiertas como la del literal f) del artículo 5 que se refería a “otros casos de efecto equivalente”.
- La insuficiencia de los plazos para la presentación de descargos y pruebas.
- La falta de notificación del Informe Técnico a las partes.
- La superposición de funciones entre el órgano instructor y el resolutivo, lo cual comprometía la imparcialidad del procedimiento sancionador.
- La inadecuación de mecanismos como el compromiso de cese o de exoneración de responsabilidad.
- La omisión de incorporar figuras importantes como la primacía de la realidad.

Por lo tanto, el Decreto Legislativo No. 1034 busca corregir dichas omisiones. Sin perjuicio de que la norma, en efecto, contiene numerosas novedades legislativas, nos gustaría enfatizar las siguientes definiciones –a través del siguiente glosario de términos– de tal

modo que nos permita saber a qué nos estamos refiriendo cuando describamos el tipo penal del artículo 232° –que, como veremos, se remite al Decreto Legislativo No. 1034 a través de la técnica de la ley penal en blanco:

Concepto relevante	Ubicación en el Decreto Legislativo No. 1034	Definición
Conductas anticompetitivas	Título III	Dentro de ellas se encuentran el abuso de posición de dominio, las prácticas colusorias horizontales y las prácticas colusorias verticales.
Mercado relevante	Artículo 6	Concepto integrado por el mercado producto relevante (“bien o servicio materia de la conducta investigada”) y mercado geográfico relevante (“conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante”).
Posición de dominio en el mercado	Artículo 7	Cuando el agente económico tiene la “posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad”.

Prohibición absoluta	Artículo 8	Regla que establece que, para verificar la existencia de la infracción administrativa, será suficiente probar la existencia de la conducta.
Prohibición relativa	Artículo 9	Regla que establece que, para verificar la existencia de la infracción administrativa, además de la existencia de la conducta, se debe verificar si ésta “tiene o podría tener efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores”.
Abuso de posición de dominio	Artículo 10	“Cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.”
Prácticas colusorias horizontales	Artículo 11	“Acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como: (a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;

		<p>(b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;</p> <p>(c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas;</p> <p>(d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;</p> <p>(e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;</p> <p>(f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;</p> <p>(g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;</p> <p>(h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación;</p> <p>(i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;</p> <p>(j) Concertar o coordinar ofertas, posturas</p>
--	--	---

		o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u, (k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica”.
Prácticas colusorias sujetas a prohibición absoluta	Artículo 11.2	<p>“Prácticas colusorias horizontales inter marca que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos y que tengan por objeto:</p> <p>a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;</p> <p>b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;</p> <p>c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,</p> <p>d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates”.</p>
Prácticas colusorias verticales	Artículo 7	“Acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o

		comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.”
--	--	---

Tabla I. Conceptos relevantes contenidos en el Decreto Legislativo No. 1034 (Elaboración propia)

Finalmente, nos gustaría mencionar cómo la Comisión de Defensa de la Libre Competencia determina las sanciones a imponerse, esto es, las multas (sin perjuicio de que también se pueden imponer medidas correctivas). Así, el artículo 44 del Decreto Legislativo No. 1034, establece los siguientes criterios para determinar (i) la **gravedad** de la infracción y, por lo tanto, (ii) la aplicación de las multas:

Artículo 44.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa. -

La Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

- (a) El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;*
- (b) La probabilidad de detección de la infracción;*
- (c) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;*
- (d) **La dimensión del mercado afectado;***
- (e) La cuota de mercado del infractor;*

(f) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores;

(g) La duración de la restricción de la competencia;

(h) La reincidencia de las conductas prohibidas; o,

(i) La actuación procesal de la parte. (Énfasis agregado)

La jurisprudencia del Indecopi se ha encargado –y continúa trabajando en ello– de dotar de contenido cada uno de estos factores, así como las fórmulas más adecuadas para cuantificar el perjuicio y, por lo tanto, las multas a aplicar.

A modo de ejemplo, tenemos la última resolución del Indecopi en el caso “Cártel de Medicamentos”, mediante el cual la Comisión de Defensa de Libre Competencia sancionó, a través de su Resolución No. 213-2025/CLC-INDECOPI, de fecha 14 de noviembre del 2025, a trece (13) empresas (entre laboratorios y distribuidoras de medicamentos) por coludirse, a través de la coordinación de propuestas de precios y abstenciones, en procesos de licitaciones públicas entre el 2006 y febrero del 2020 con una multa total de 100 852.72 UIT (539 millones de soles aproximadamente). Asimismo, sancionó a cinco (5) ejecutivos involucrados en las conductas infractoras con una multa conjunta ascendente a 262.67 UIT (1.4 millones de soles aproximadamente).

Sin entrar en detalle, nos gustaría resaltar que, dentro del análisis de la gravedad, siguiendo lo establecido en el citado artículo 44, la Comisión aplicó un interesante factor agravante: “el riesgo en la salud de los consumidores generado por la conducta sancionada” (Indecopi, 2025, fundamento 4161). Al respecto, cita el ya conocido “Cártel de las Farmacias” del 2016, recaído en la Resolución No. 078-2016/CLC-INDECOPI, en el que se determinó que

“cuando los productos tienen efecto directo en el tratamiento de enfermedades y el cuidado de la salud, y los consumidores tienen una capacidad limitada para sustituirlos, se magnifica el daño potencial de la conducta anticompetitiva” (citado en Indecopi, 2025, fundamento 4182).

Efectivamente, tal como lo señala el Indecopi en el “Caso del Club de la Construcción”, recaído en la Resolución No. 80-2021/CLC-INDECOPI, de fecha 15 de noviembre del 2021, “los criterios como la dimensión del mercado afectado, los efectos reales y potenciales generados sobre estos competidores y los consumidores, la participación de mercado del infractor y la duración de la conducta ilícita son factores que permiten apreciar las repercusiones de la conducta infractora y, de esta manera, ayudan a establecer la gravedad de la infracción” (2021, fundamento 1881). En dicho caso, es de resaltar el análisis que se realiza sobre la dimensión del mercado afectado como factor para determinar la gravedad del acuerdo colusorio, en el que se señala que “el sistema de reparto investigado involucró diversas obras para la construcción, rehabilitación, mejoramiento y mantenimiento de carreteras en la costa, sierra y selva del país” (Indecopi, 2021, fundamento 5072).

El lector se preguntará cuál es la relevancia de destacar estos criterios de determinación de la gravedad de la conducta. El motivo reside en que nos permiten observar que Indecopi, incluso si se tratan de prácticas colusorias sujetas a prohibición absoluta (es decir, que, para su configuración, no es necesario determinar los efectos negativos en la competencia o en los consumidores), siempre realiza una evaluación de la gravedad de la conducta incluyendo dichos factores (que, finalmente, intentan medir el daño causado), ya que, sin ello, no podría determinar el *quantum* de la multa.

Esto nos será de utilidad para cuando planteemos nuestras consideraciones respecto a criterios cuantitativos y cualitativos que pueden permitir resolver los cuestionamientos

constitucionales –principios de última ratio y del *ne bis in ídem*– realizados a la tipificación actual del delito que sanciona las prácticas colusorias.

II.3. Mecanismos de colaboración del Indecopi como herramientas de persecución de conductas anticompetitivas

Para potenciar su labor de detección y persecución de cárteles, el Indecopi cuenta con mecanismos de colaboración eficiente. Los principales son el Programa de Clemencia, el Programa de Recompensas, el Compromiso de Cese y el Reconocimiento de Infracción. Entre ellos, el Programa de Clemencia destaca por su efectividad y, para efectos de este trabajo, porque su funcionamiento servirá, como veremos, como uno de los argumentos de los críticos a la criminalización de los acuerdos colusorios.

El Programa de Clemencia, comprendido en el artículo 26 del Decreto Legislativo No. 1034 tiene como objetivo "incentivar a que empresas involucradas en un cártel, de manera espontánea, revelen su existencia a la autoridad, ayudando en su detección y contribuyendo con su efectiva persecución" (Indecopi, 2017, p. 8). Este programa se reforzó con la aprobación del Decreto Legislativo No. 1205 en el 2015, que establece reglas más claras para su correcta aplicación.

La experiencia internacional ha demostrado que la efectividad de estos programas radica en ofrecer beneficios suficientemente atractivos. Así, existen tres (3) tipos de clemencia (Indecopi, 2017, p.6-8):

- *Clemencia Tipo A*: Exoneración total de la sanción para el primer solicitante ("primer *ticket*") que revele un cártel del cual el Indecopi no tenía noticia.

- *Clemencia Tipo B*: Reducción de hasta el 100% de la multa si la solicitud se presenta después de que el Indecopi tenga indicios del cártel, pero el colaborador aporta un "valor agregado" a la investigación.
- *Clemencia Tipo C*: Reducción de hasta el 50% de la multa si la solicitud se presenta cuando ya existe un primer solicitante o haya un procedimiento sancionador en trámite, siempre que su colaboración aporte un "valor agregado" a la investigación.

Coincidimos en que el Programa de Clemencia constituye una herramienta relevante y útil para la labor investigativa del Indecopi. Recuérdese que, sobre todo respecto de los cárteles "más duros", estos se caracterizan por su alto grado de sofisticación, por lo que detectar pero sobre todo probar esta clase de acuerdos en el ámbito privado es sumamente difícil. Veremos, pues, si es que es posible conciliar este mecanismo con el Derecho Penal Económico, el marco de este modelo de protección conjunta que comentamos.

La opinión de la OCDE ya nos da ciertas luces: "si no se ofrece inmunidad penal, existirían muy pocos incentivos para solicitar clemencia" (citado en Floríndez, 2020, p. 215).

III. La regulación penal de la libre competencia

Llegamos así a la regulación penal de la libre competencia o, directamente a la regulación que sanciona las prácticas contrarias a la libre competencia.

Antes de pasar al desarrollo de este acápite, sería relevante comentar brevemente qué es lo que un delito que sanciona prácticas anticompetitivas, más allá de su necesidad criminológica o política, busca proteger. En otras palabras, cuál es el bien jurídico tutelado (de asumir que el Derecho penal tutela bienes jurídicos).

Ciertamente, no podríamos sostener por más que estamos ante un delito socioeconómico o por más que se encuentra en el título de “Delitos contra el Orden Económico” del Código Penal, que lo que busca proteger este delito es el orden socioeconómico. Tal como señala Reyna Alfaro, “dicha concepción ubica el bien jurídico en un nivel de abstracción que resulta intolerable” (2004, p. 180).

Coincidimos, ya que se debe hacer una identificación del bien jurídico siempre considerando cada figura delictiva concreta. Por ser un delito económico, ya nos encontramos ante bienes supraindividuales a los que se les critica su nivel de abstracción. Justamente por ello se debe hacer el esfuerzo de concretizarlo.

Así, he identificado dos (2) principales posiciones respecto a cuál es el bien jurídico protegido por el artículo 232 del Código Penal (el delito que sanciona las prácticas anticompetitivas en nuestro ordenamiento):

- a. **El bien jurídico protegido es la libre competencia.** Esta es la posición mayoritaria de la doctrina y que es seguida por autores como Manuel Abanto, Bajo Fernández y Peña Cabrera.

Abanto es enfático al respecto. Señala que

“la libertad de competencia como valor, dentro de una economía social de mercado, ha sido unánimemente reconocida como bien jurídico. Su importancia radica en la operatividad que otorga al sistema de economía de mercado [...] hace real la consecución, no solamente de fines económicos (aumento de bienestar), sino también de fines políticos: el permitir el máximo desarrollo posible de libertad individual. No puede haber economía (social) de mercado sin libertad de competencia.

Tampoco puede existir libertad de competencia, si ésta no tiene una mínima protección legal [...].” (2000, p. 28)

Para Peña Cabrera, “el bien jurídico [...] constituye la libre competencia, la cual implica el libre ejercicio de la actividad de los agentes económicos en un mercado donde la oferta y la demanda son los que determinan la acción y la elección de proveedores y compradores, así como los precios de los productos y servicios que se ofertan en el circuito económico” (2009, p. 89).

- b. El bien jurídico protegido es la norma que garantiza a los ciudadanos las condiciones normales de acceso al mercado.** Esta es la posición de Percy García Caveró.

Para sustentar ello, este autor indica que

[...] el Derecho penal no se centra en el funcionamiento global de la competencia, sino en las concretas afectaciones que produce el ilícito en la constitución de la sociedad. En este sentido, la reacción penal no recurre a una perspectiva globalizada, sino, más a una perspectiva individualizada que atiende a lo concretamente defraudado por el ilícito penal (García, 2004, p. 41-42).

Es en base a esto que el bien jurídico que García Caveró sugiere responde a una labor de individualización de lo que estrictamente se busca proteger con el tipo penal.

Sin duda, se trata de un debate de corte iusfilosófico y dogmático muy interesante que amerita mayor abordaje. Si bien para efectos prácticos de este trabajo utilizaremos la

posición mayoritaria (el bien jurídico protegido es la libre competencia), no queríamos dejar de presentar esta cuestión.

III.1. La necesidad de criminalizar las prácticas anticompetitivas

Como hemos visto, la regulación penal de la libre competencia encuentra justificación en la Constitución Política Peruana. Y es que, tal como señala Lamas Puccio,

“resulta contraproducente y hasta inoportuno (...) la concurrencia de una economía en la que predomina la libertad y la libre competencia y que no lleve por necesidad incurso un sistema jurídico que además de marcar pautas y reglamentaciones económicas sobre su funcionamiento, incluya también aspectos de orden punitivo de probada eficacia muy particularmente cuando la magnitud de los daños que se generan son capaces de ocasionar un descalabro en el funcionamiento de la economía” (1996, p. 39).

No se trata de un mero intervencionismo estatal como algunos pretenden señalar. Al contrario, el Derecho Penal, a través de la sanción penal de las prácticas anticompetitivas, busca **facilitar** la economía. En términos coloquiales, *no existiría nada más “promercado” que eliminar las trabas del libre mercado*. El Estado, lejos de querer entrometerse en el proceso competitivo de los mercados, garantiza, a través de sus mecanismos punitivos, que nadie impida su correcto y libre desarrollo. Y nuestro orden constitucional le otorga tal valor a la libre competencia, que justifica que sus agresiones más graves sean también protegidas por el Derecho penal. Analizaremos en el siguiente capítulo, si es que, en realidad el Derecho penal está cumpliendo con dicha función adecuadamente.

La intervención del Derecho penal en este ámbito se justifica por la necesidad de proteger un bien jurídico de relevancia constitucional: la libre competencia. Como señala Chanján

(2020), "la intervención del Derecho Penal en este ámbito de las relaciones sociales se justifica, en la medida en que se pretende preservar diversos intereses de índole constitucional: los intereses de los consumidores, la correcta formación de precios y, en general, el correcto funcionamiento del mercado económico".

La Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) a través de sus estudios empíricos, estima "el impacto de los cárteles sobre la economía en miles de millones de euros al año". Particularmente, sobre los cárteles de núcleo duro o "*hardcore cartels*", "La OCDE ha estimado que los daños causados por los cárteles de núcleo duro oscilan, la mayoría de las veces, entre el 5% y el 20%, alcanzando en ocasiones hasta el 50%. A largo plazo, los cárteles de núcleo duro pueden provocar una pérdida importante de productividad en una industria que se refleja directamente en la economía de un país" (Fonseca, 2015, p. 84).

Podemos ver así, que la gravedad de las prácticas anticompetitivas, en especial de los cárteles a los que actualmente se limita el tipo penal del artículo 232 del Código Penal, ha llevado al legislador peruano a complementar la sanción administrativa con la penal, configurando así el "modelo de protección conjunta" que mencionamos al inicio del capítulo.

La pena de prisión, en este contexto, actúa como un desincentivo fundamental para los individuos que toman la decisión de coludirse, cubriendo un espacio que las sanciones puramente pecuniarias a empresas no logran alcanzar plenamente.

III.2. Legislación comparada

El análisis del derecho comparado revela un espectro diverso de aproximaciones a la criminalización de las prácticas anticompetitivas, particularmente de los cárteles. Si bien es cierto este capítulo se enfoca en la regulación peruana, hemos visto pertinente agregar un

breve apartado sobre la regulación penal de las conductas anticompetitivas en otros países, a fin de que esta mirada comparada nos ayude a tener un análisis más enriquecido cuando evaluemos la conveniencia de modificar el artículo 232 del Código Penal.

La doctrina ha clasificado estas aproximaciones en tres (3) modelos principales, que van desde la ausencia total de sanción penal hasta la criminalización amplia de las conductas colusorias (Fonseca, 2015, p. 105-107):

(i) Modelo de la no-criminalización:

Este modelo se caracteriza por la renuncia a la imposición de penas de prisión, optando por combatir los cárteles exclusivamente mediante el derecho administrativo sancionador. Este sería el caso de países como Suecia, Suiza e Italia. (Fonseca, 2015, p. 107)

Nos llama la atención el caso de Suecia, respecto del cual nos comenta Fonseca que la *Konkurrensverket* (KKV) centra sus esfuerzos en la lucha contra los cárteles a través de la legislación especial y, teniendo en cuenta el contexto nórdico que se caracteriza por una mayor intervención estatal en la economía, el Derecho penal socioeconómico es visto como contrario a los objetivos del Estado, privilegiándose el uso del Derecho administrativo (Fonseca, 2017, p. 108).

El caso italiano también es interesante, ya que, a través de la Ley Antimonopolio No. 287/1990 el país renunció expresamente a la utilización de sanciones penales, imponiendo sólo sanciones administrativas a las empresas cartelistas. Entre las razones para esta opción se encuentran la tensión con el principio de legalidad, al considerarse que los tipos penales en esta materia suelen ser vagos e indeterminados, y razones de eficacia, dado que en el ordenamiento italiano no está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas para estos delitos (Fonseca, 2017, p. 108-109). Sin perjuicio de ello, cabe destacar

que el ordenamiento italiano tiene una figura similar al delito de fraude en remates, licitaciones y concursos públicos del artículo 241 de nuestro Código Penal. Así, el artículo 353 del Código Penal italiano, sanciona a todo que, mediante violencia o amenaza, o mediante actos de soborno, impida o perturbe el proceso de licitación o concurso público.

(ii) Modelo de criminalización parcial:

Este modelo se distingue por criminalizar únicamente una categoría específica de conductas anticompetitivas: los cárteles en licitaciones. Este sería el caso de Alemania, Austria y Hungría. (Fonseca, 2017, p. 107)

Fonseca considera que Alemania es un caso paradigmático en esta materia y no podemos estar más de acuerdo. Tras un pasado –durante el III *Reich*– donde los cárteles fueron incentivados e incluso obligatorios, la comisión de especialistas de los años 70, con Klaus Tiedemann a la cabeza, impulsó el debate sobre la criminalización de estas conductas. Sin embargo, por razones políticas, el Ministerio Federal de Justicia optó por prescindir de dicha propuesta (Fonseca, 2017, p. 109-112).

La criminalización se concretó, finalmente, en 1997, cuando “el legislador penal alemán ha considerado necesaria la introducción de, por lo menos, un tipo penal para proteger a la competencia” (Abanto, 2000, p. 30). Este es el artículo 298 del Código Penal alemán (StGB), que sanciona los acuerdos colusorios en el marco de licitaciones públicas. Según García Cavero, este castigo penal se da “en el marco de la lucha contra la corrupción” lo que permitiría hablara de un criterio de delimitación cualitativo entre los ilícitos administrativo y penal (2004, p. 13).

Fonseca añade que la introducción de dicho tipo penal se dio en el contexto de graves denuncias que conmocionaron a la opinión pública alemana, en tanto se “destaparon”

diversos casos de cárteles en licitaciones, especialmente en el sector de construcción civil (2017, p. 112).

Por su parte, Austria y Hungría siguen el mismo patrón, sancionando penalmente solo los cárteles en licitaciones (Fonseca, 2017, p. 113).

Ahora bien, un caso muy especial es el de España, ya que existe una discusión muy relevante en la actualidad respecto a si su Código Penal contempla conductas anticompetitivas como los cárteles.

Así, el artículo 284 del Código Penal español sanciona a todo aquel que

“empleando violencia, amenaza, engaño o cualquier otro artificio, alterasen los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, instrumentos financieros, contratos de contado sobre materias primas relacionadas con ellos, índices de referencia, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderles por otros delitos cometidos.” (Énfasis añadido)

Como se podrá advertir, la controversia versa sobre el medio comisivo de “o cualquier otro artificio” – introducido en el 2019—, lo cual, según algunos autores podría incluir a las prácticas colusorias y, en dicho caso, podríamos inscribir al ordenamiento español dentro de este modelo parcial de criminalización (o incluso en un modelo amplio o total). Este es el caso de Albert Estrada, quien considera que “con el actual enunciado, en el que se prohíbe cualquier artificio para alterar los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos o servicios, se pueden castigar los acuerdos colusorios” (2019).

No obstante, otro grupo de autores no concuerda con dicha perspectiva. Así, por ejemplo, Antonio Lascuráin (2019) señala que dicha fórmula no criminaliza a los acuerdo de cártel

por los siguientes motivos: (i) el legislador no tiene la intención de penalizar todas las alteraciones ilícitas de la competencia, sino solo las que considera más graves por el modo de realización de la conducta; (ii) el adjetivo “otro” deben entenderse con un desvalor semejante a los otros medios comisivos (la violencia, la amenaza o el engaño); (iii) difícilmente podamos equiparar un mero acuerdo con un “artificio”; y (iv) si el legislador hubiera querido criminalizar todo cártel, habría ya previsto un mecanismo de exención de responsabilidad del denunciante-

Nosotros nos adherimos a esta postura, puesto que una interpretación contraria vulneraría los principios de taxatividad (*lex certa*) y del *ne bis in ídem*.

(iii) Modelo de criminalización total o amplia: Estados Unidos, Reino Unido, Francia y Brasil

Este modelo contempla la imposición de penas de prisión para todas las conductas de cárteles (Fonseca, 2015, p. 113).

En primer lugar, tenemos el caso de Estados Unidos, que es el ejemplo más antiguo y, en definitiva, el más agresivo. La “*Sherman Act*” de 1890 establece que “todo contrato, combinación [...] o conspiración restrictiva del comercio” es un delito, sancionable, a partir de la última reforma del 2004 (con la *Antitrust Criminal Penalty Enhancement Act*) para las personas físicas con penas de prisión de hasta 10 años y multas de hasta 1 millón de dólares y, para las empresas, con multas hasta los 100 millones de dólares; además de la aplicación de sanciones de inhabilitación y la suspensión de derechos o autorizaciones (Fonseca, 2015, p. 63-64).

Desde los años 90, el *enforcement* criminal se ha fortalecido con “[el] aumento de las penas, [la] adopción de un programa de amnistía por la División *Antitrust* del Ministerio de Justicia

norteamericano (DOJ) y la introducción de las *US Sentencing Guidelines*" (Fonseca, 2015, p. 118).

Ejemplos de la aplicación rigurosa de la ley estadounidense, tenemos el del "Cártel de pantallas LCD", que resultó en condenas de prisión para ejecutivos y multas de 500 millones de dólares para AU Optronics (Fonseca, 2015, p. 120); el del "Cártel de Vitaminas" donde también se sancionó por 500 millones de dólares a la empresa F. Hoffmann-La Roche y con penas desde los tres hasta los cinco años de prisión para los ejecutivos involucrados (*United States Department of Justice*, 1999); y el del "Cártel de autopartes", que resultó con la aplicación de multas que superan los 740 millones dólares a nueve empresas japonesas y dos ejecutivos de las mismas, así como penas privativas de libertad de hasta catorce meses (*United States Department of Justice*, 2013).

Por su parte, el Reino Unido, a través de su "*Enterprise Act*" de 2002 creó el delito de cártel que sanciona a la persona que, de forma deshonesto, acuerda realizar prácticas colusorias como la fijación de precios, la limitación de la producción o el reparto del mercado. Se trata de un delito sancionado con hasta 5 años de prisión y/o con multa ilimitada. La persecución puede ser realizada tanto por la *Serious Fraud Office* (SFO) como por la *Competition and Markets Authority* (CMA) (Fonseca, 2015, p. 114-115). No obstante, la dificultad de probar el elemento de "deshonestidad" ha llevado a la casi nula aplicación del delito y, por lo tanto, a los debates sobre la necesidad de reformar el tipo penal para facilitar su aplicación (Fonseca, 2015, p. 115).

El caso de Francia, comenta Fonseca, es particular. Su ordenamiento no criminaliza las conductas anticompetitivas en sí mismas, sino que, a través del artículo L. 420-6 del *Code de commerce*, se sanciona con pena de prisión a aquel que desempeña un "papel personal y decisivo" en la concepción, organización o ejecución del acuerdo colusorio o de la

situación de abuso de posición dominante. Así, para que se configure este delito, se exige un elemento intencional específico: que el autor haya actuado "fraudulentamente" (*mauvaise foi*) (2015, p. 115-117). Por estas consideraciones, al contrario de lo que señala la citada autora, considero que Francia se ubica en un modelo de criminalización parcial.

Aterrizando ya en Latinoamérica, comentaremos los casos de Brasil y Chile.

Brasil fue pionero en Latinoamérica respecto a la represión penal de este tipo de conductas. Así, la Ley 8.137/90 tipificó como delito la formación de cárteles, estableciendo penas de prisión de dos a cinco años de prisión. Por su parte, la Ley 12.529/2011 descriminalizó varias conductas "anti concurrenciales" para evitar un *bis in ídem* con la normativa administrativa, pero manteniendo el tipo penal de formación de cárteles y, de forma separada, a los cárteles en licitaciones.

En definitiva, el caso más conocido en Brasil como en Latinoamérica es el de Petrobras, en el que, además de otros delitos, se sancionó a sus funcionarios por los delitos de cartel y fraude en licitación (Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2020).

Finalmente, nos gustaría comentar el caso chileno. Muy similar al caso peruano, puesto que sanciona las prácticas colusorias horizontales consideradas más graves. Así, en el artículo 62° del Decreto Ley No. 211 que fija normas para la defensa de la libre competencia, se prevé pena de cárcel para aquel que "*celebre, ejecute u organice*" (fórmulas más acertadas que "el que participe", como en el caso peruano), "*un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos*".

Esta panorámica internacional demuestra que no existe un consenso único, sino que la opción por un modelo u otro depende de factores históricos, culturales y de política criminal de cada Estado. La tendencia, sin embargo, se inclina hacia la criminalización, al menos de las conductas más graves, como un instrumento necesario para desincentivar la participación individual en los cárteles.

III.3. La tipificación de las prácticas contrarias a la libre competencia en el Perú

El delito que sanciona prácticas anticompetitivas en el Perú fue incorporado a nuestro ordenamiento a través del artículo 232 del Código Penal por primera vez en 1991. Esta versión coincidía con un cambio importante en la realidad política y económica del país: la modificación de su régimen socioeconómico.

Si bien la Constitución Política del Perú actual entró en vigor en el año 1993, el Código Penal de 1991 ya se encontraba nutrido de la impronta liberal que el Perú adoptaría a través de la –ya desarrollada– figura de la economía social de mercado. Por lo tanto, cobraría pleno sentido que el Estado peruano busque sancionar aquellas conductas que busquen minar el correcto desarrollo del libre mercado, presupuesto indispensable de una economía social de mercado.

Tal como Peña Cabrera señala, este tipo de injustos penales se configuraron a partir de una exigencia de mayor intervención del Estado en el mercado económico de conformidad con el nuevo modelo económico que ya se había insertado en la Constitución Política de 1979 (2009, p. 90). Sin embargo, advertimos ya que no debemos confundir la tipificación de delitos que buscan sancionar prácticas violatorias de la libre competencia como un mero intervencionismo estatal, lo cual parece tener connotaciones contra liberales. Al contrario, tal como hemos desarrollado, una economía de corte liberal busca, protege y promueve la

libre competencia de los actores en los mercados. Es esto lo que justifica la regulación estatal en el marco de una economía social de mercado.

Como evidencia de este nuevo pensamiento, en la Exposición de Motivos del Código Penal de 1991 se comenta lo siguiente:

La Ley penal no podía permanecer insensible ante la evolución y complejidad de la actividad económica entendida como un orden. Con basamiento constitucional, el nuevo Código Penal no prescinde de la represión de los delitos que atentan contra el orden económico. Nuestra norma fundamental garantiza el pluralismo económico y la economía social de mercado, principios que deben guardar concordancia con el interés social. Asimismo, se establece la promoción por parte del Estado del desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad y la racional utilización de los recursos.

Por estas consideraciones es que el Código Penal le dedica un título a la criminalidad económica bajo el rótulo de "Delitos contra el Orden Económico", con el fin de contribuir, a través de la regulación penal, a la misión constitucional del Estado de promover y garantizar el desarrollo económico y social, sancionando a todo aquel que lo disturbe.

Sin duda alguna, la criminalización de las prácticas anticompetitivas no solo tiene una justificación de carácter constitucional (la protección a los ataques más graves al libre mercado que caracteriza nuestra economía nacional), sino que también se inscribe en una tendencia internacional de sancionar este tipo de conductas. Ciertamente, la cuestión central no residirá, entonces, en si deben tipificarse penalmente estas prácticas, sino en **cuáles y cómo deben ser tipificadas**, de tal manera que no se vulneren los principios del *ius puniendi* estatal.

Así, veremos en el siguiente y último capítulo la evaluación normativa del artículo 232 del Código Penal hasta su configuración actual. Notaremos que, en la actualidad, el delito que sanciona las prácticas anticompetitivas en nuestro ordenamiento puede ser incluido dentro de **un modelo de criminalización parcial**, en tanto se limita a sancionar las prácticas colusorias horizontales sujetas a prohibición absoluta (cárteles de núcleo duro).



Capítulo 3: Análisis dogmático del delito de prácticas anticompetitivas y consideraciones para una mejor técnica legislativa

En el Perú, el delito que sanciona las conductas que lesionan la libre competencia es aquel que se encuentra tipificado en el artículo 232 del Código Penal. Este delito se encuentra enunciado bajo el rótulo de “abuso de poder económico”. Sin embargo, como veremos, este no sanciona prácticas de abuso de posición de dominio en el mercado, sino prácticas colusorias horizontales sujetas a prohibición absoluta. La denominación de “abuso de poder económico” representa, pues un rezago de las modificaciones que la criminalización de las prácticas anticompetitivas ha experimentado en nuestra legislación durante el paso del tiempo.

Así, en este capítulo final, realizaré un recorrido por las distintas versiones legislativas del mal llamado delito de “abuso de poder económico”, junto con el análisis dogmático correspondiente. El mencionado recorrido recoge el contexto económico, político y social en el que el delito fue incorporado, derogado, reincorporado y modificado en el Código Penal. Por su parte, el análisis jurídico, de orden dogmático y procesal, se centrará en responder las siguientes preguntas: (i) ¿cuál es la descripción del tipo penal?; (ii) ¿la tipificación vulnera algún principio del *ius puniendi* estatal?; y (iii) ¿la tipificación presenta algún problema de aplicación práctica? De esta manera, el primer objetivo de este capítulo es analizar la constitucionalidad y viabilidad práctica de las tipificaciones de los atentados contra la libre competencia en el Perú.

No obstante, es evidente que el debate no puede quedar circunscrito a un análisis exegético del delito, en tanto, a lo largo de este trabajo, he desarrollado cuál es la importancia de que el ordenamiento legal e, incluso, el penal proteja la libre competencia y, por lo tanto, el orden económico. Es en este capítulo, por lo tanto, donde, como segundo y principal objetivo, se

brindará algunas consideraciones que permitan desembocar en propuestas de corte legislativo que lleven a una mejor tipificación del delito materia de análisis. Así, estas consideraciones representarán un esfuerzo de índole dogmático, procesal y práctico por absolver los cuestionamientos aquí planteados.

Ahora bien, es importante realizar un par de precisiones para una mejor comprensión del desarrollo de este capítulo:

- Si bien el delito –tal como se adelantó– ha tenido en el Código Penal la nomenclatura de “abuso de poder económico”, en tanto la tipificación ha variado en el tiempo no solo sancionando prácticas adicionales a las conductas de abuso de poder de mercado, sino que prácticas distintas a esta (como en la versión vigente), me referiré a él como “**delito de prácticas anticompetitivas**”.
- Ya se ha desarrollado en el anterior capítulo las diferencias posturas doctrinarias respecto al bien jurídico que se busca tutelar al criminalizar las conductas que restringen o afecta la libre competencia. No entraré aquí en mayores discusiones sobre este aspecto –que, sin duda, merece un abordaje más exhaustivo– y se adoptará la posición dominante que sostiene que el bien jurídico de este tipo de delitos es el de la libre competencia.

I. Las anteriores versiones del “delito de prácticas anticompetitivas”

Como se ha adelantado, el delito de prácticas anticompetitivas ha mutado a lo largo del tiempo en nuestra legislación penal, teniendo tres versiones que difieren significativamente entre sí: (i) la de 1991, con la entrada en vigor del Código Penal y que fue posteriormente derogado en julio del 2008; (ii) la del 2020, con su reincorporación en el contexto de la pandemia del COVID-19; y (iii) la del 2023, que es la versión vigente.

En este apartado, se analizará dogmáticamente las versiones legislativas que preceden a la actual. Como se indicó en la parte introductoria de este capítulo, se buscará identificar el contexto en el que fueron promulgadas (y derogada, como en el caso de la primera tipificación) y qué problemas de índole constitucional y de aplicación práctica han presentado.

I.1 La primera tipificación y posterior derogación: la versión de 1991

El primer delito que sanciona prácticas anticompetitivas en el Perú fue incorporado en el artículo 232 del Código Penal de 1991. Esta versión coincidía con el régimen socioeconómico que el Perú ya había adoptado en ese entonces y que se expresa en lo que la Constitución Política llama una “economía social de mercado”. Ya mencionamos que dicho régimen permite concebir la necesidad de que el Estado busque sancionar las prácticas que impiden el correcto funcionamiento del libre mercado, lo que incluye una libre concurrencia de competidores.

Así, nace la tipificación que busca recoger la mencionada necesidad, bajo el rótulo de “**abuso de poder económico**”. La tipificación era la siguiente:

Artículo 232.- El que, infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36°. incisos 2 y 4.

A continuación, analizaremos algunas características de este injusto penal, para posteriormente comentar el porqué de su derogación.

(i) Elementos típicos del delito

A. Tipicidad objetiva

Empecemos describiendo la tipicidad objetiva del delito. Siguiendo los verbos rectores del mismo, podemos identificar rápidamente que este delito no sanciona únicamente el **abuso de poder económico**, sino también la **participación en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios**.

Las preguntas que surgen de inmediato son las siguientes: ¿qué es el abuso de una posición monopólica?, ¿y de una posición oligopólica?, ¿cuáles son las prácticas y acuerdos restrictivos de los mencionados tipos de actividades? Como hemos señalado en los anteriores capítulos, se tratan de cuestiones que hacen referencia a conceptos de la ciencia económica y que han sido desarrollados por la regulación administrativa. En otras palabras, nos encontramos ante una ley penal en blanco, elemento de la tipicidad objetiva muy característico de los delitos socioeconómicos al que ya nos referimos en el primer capítulo.

Y, en tanto, el tipo penal señala “el que, infringiendo la **ley de la materia (...)**”, es posible afirmar que se trata de una ley penal en blanco propia, expresa y dinámica, en tanto se remite directamente a la normativa administrativa que regula este tipo de conductas –a pesar de no indicar de forma directa cuál sería esta norma. Como hemos desarrollado, este tipo de fórmulas no es incorrecta o contingente: permite la adaptación del tipo penal ante el eventual cambio de la norma administrativa que regule la materia específica a la que se hace referencia en la norma penal; en este caso, a la norma que regule la libre competencia.

En esta línea, debemos ubicar cuál es esa ley de la materia a la que el tipo penal del artículo 232 del año 1991 hacía referencia. Esta norma no sería otra que el entonces vigente Decreto Legislativo No. 701, publicado en el diario El Peruano el 7 de noviembre de 1991.

Como adelantamos con nuestras preguntas, el tipo penal estaría comprendiendo dos conductas o, como veremos, **dos grupos de conductas infractoras** de la libre competencia. Así, por ejemplo, Abanto señala lo siguiente: “Según el artículo 19 de dicho Decreto, modificado por el Decreto Legislativo 807, sólo son perseguibles penalmente los supuestos específicos de abuso de posición dominante en el mercado y de prácticas colusorias de los artículos 5 y 6 [...]” (1997, p. 145).

Aunque estoy de acuerdo en que dichas conductas son a las que, finalmente, el alcance de la tipicidad objetiva debería circunscribirse, no coincido en que dichas sean exactamente las conductas a ser sancionadas por el legislador, siguiendo la literalidad del tipo penal.

Veamos, pues, en qué considero consisten estos dos grupos de conductas sancionados por el artículo 232 del Código Penal, de acuerdo con lo que estipulaba el Decreto Legislativo No. 701, y qué problemas de técnica legislativa evidencian:

1. *Abuso de posición monopólica u oligopólica en el mercado*

El Decreto Legislativo No. 701, en su artículo 3, indica que están prohibidos y serán sancionados aquellos actos o conductas que constituyen abuso de posición de dominio en el mercado. Posteriormente, los artículos 4 y 5 nos brindan en su conjunto una definición de abuso de posición de dominio, siendo el artículo 4 aquel que delimita el concepto de posición de dominio en el mercado y el artículo 5, el que enumera cuáles serían los actos que implican un abuso de dicha posición.

No obstante, como podrá advertir el lector, el Decreto Legislativo No. 701 no habla de posición monopólica u oligopólica como sí lo hace el tipo penal. Una lectura muy simplista sería asumir que esto en realidad no es otra cosa que expresar la fórmula de la posición de dominio en el mercado tal como lo hace el Decreto No. 701. No obstante, esto no sería del todo correcto, ya que no estamos ante conceptos que, aunque puedan parecer similares y, de hecho, pueden estar relacionados, no son los mismos.

El abuso de posición económica puede presentarse en cualquier tipo de mercado, siempre que sea posible que –según la propia definición del Decreto Legislativo No. 701– una empresa pueda actuar “de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores” (artículo 4). No necesariamente se tiene que tratar de un mercado donde exista un monopolio o un oligopolio (entendido como un mercado donde pocas empresas ofrecen sus productos o servicios). Ciertamente el abuso de posición económica suele presentarse en dichos tipos de mercados, pero también en otros donde hay una gran cantidad de competidores pero que, aun así, factores como la participación significativa se encuentran presentes permitiendo determinar que una determinada empresa tiene una posición de dominio en dicho mercado respecto a sus competidores.

Considero que esta diferenciación, que no ha sido advertida por la doctrina en su momento, es importante, debido a que implica que, durante la vigencia de dicho tipo penal (y más allá de que, como se mencionará más adelante, su aplicación ha sido prácticamente nula), este **no comprendía todos los casos de abuso de poder económico**: únicamente aquellos que se realizaban en el contexto de mercados monopólicos u oligopólicos (además del requisito de dañosidad social sobre el que más adelante se hará referencia).

Por lo tanto, esto pudo llevar a que, en el eventual supuesto de que alguien sea imputado por el delito, sin perjuicio de los aspectos procesales involucrados (el requisito de procedibilidad al que se hará mención), una de las defensas del acusado podría estar dirigida a que, si bien pudo haber incurrido en una situación de abuso de poder económico, esta no se dio en el contexto de un mercado monopólico u oligopólico y, por lo tanto, la conducta sería atípica.

Cabe preguntarse si es que acaso esta restricción de la conducta típica a estos tipos de mercados obedeció a un intento de diferenciar el ilícito penal del ilícito administrativo, agregándole un plus de desvalor a este último. Si bien esta interpretación podría contribuir a la defensa de la constitucionalidad del delito, no parece haber sido la intención del legislador, sobre todo considerando que el tipo penal fue introducido meses antes de la promulgación del Decreto Legislativo No. 701 y que buscaba completar su contenido remitiéndose a la legislación en la materia. Empero, asumir la interpretación de que, debido a esto último, debe entenderse que el delito sanciona todo abuso de posición económica no solo está contraviniendo la literalidad del tipo penal, sino que también sería una interpretación en perjuicio del reo, al ampliar el espectro de las conductas punibles.

Con esto dicho, se puede concluir que, respecto a este primer grupo de conductas, se sanciona a todo aquel que ostenta una posición de dominio (definido por el artículo 4 del Decreto Legislativo No. 701⁹) en un mercado monopólico u oligopólico y realiza

⁹ Artículo 4.- Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución.

alguna de las siguientes conductas (que, según el artículo 5 del Decreto Legislativo No. 701 constituyen casos de abuso de posición de dominio):

- Se niega injustificadamente a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios (según la modificación que realizó el Decreto Legislativo No. 807 al Decreto Legislativo No. 701 en el año 1996; hasta entonces, solo fueron punibles aquellas negativas de satisfacer las demandas de compra de productos del mercado local);
- Aplica, en las relaciones comerciales, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros (no serían punibles, en tanto la norma administrativa las excluye de este supuesto, los otorgamientos de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por circunstancias compensatorias y en igualdad de condiciones); o
- Subordina la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

Otras conductas que también implicaron casos de abuso de posición económica, pero únicamente hasta 1996, año en que los incisos d) y e) del artículo 5 del Decreto Legislativo No. 701 que las contenían fueron derogados eran las siguientes:

- El aplicar, en la venta local de materias primas, condiciones de venta, de entrega o de financiamiento que impliquen la obtención de mayores valores de

venta en el mercado local que los valores de venta Ex Planta netos obtenibles en la exportación de dichas materias primas; y

- El aprovechar los términos concedidos por los Convenios de estabilidad tributaria suscritos con anterioridad a la vigencia del Decreto Legislativo No. 701, de forma tal que se impida a otras empresas productoras de bienes similares competir equitativamente.

Es menester mencionar que el Decreto Legislativo No. 701, en el citado artículo 5 incluyó como caso de abuso de posición de dominio a aquellos de efecto equivalente (inciso f). No obstante, esto no debe considerarse como una ampliación del tipo, en tanto no es posible aplicar una norma penal por analogía. Lo contrario implicaría una vulneración al principio de legalidad, referido específicamente a la exigencia de *lex stricta*. En esta misma línea, García Caverro concluyó que esta exclusión se encuentra justificada “en el llamado mandato de determinación o certeza, el cual exige que la conducta delictiva deba estar precisada previamente por ley” (2004, p. 45-46).

2. *Prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios*

El otro grupo de conductas sancionadas por esta primera versión del artículo 232 del Código Penal son las prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios.

Aunque pueda parecer que se trata de dos conductas claramente diferenciables, lo cierto es que “prácticas” y “acuerdos” restrictivos tienen una relación género-especie. En efecto, los acuerdos restrictivos de la libre competencia son un tipo de práctica restrictiva, al igual que lo son las recomendaciones o decisiones de restringir, por

ejemplo. Esto también se colige de la propia redacción del artículo 6 del Decreto Legislativo No. 701, al indicar lo siguiente:

Artículo 6.- Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. (Énfasis agregado)

Por lo tanto, se debe entender que el artículo 232 del Código Penal sanciona todas las prácticas restrictivas en la actividad productiva, mercantil o de servicios, **además de** los acuerdos restrictivos.

Respecto a qué se debe entender como actividad productiva, mercantil o de servicios (pregunta que no ha sido contestada detenidamente por la doctrina, la cual asumió directamente –aunque de forma correcta– una perspectiva amplia), considero que, si bien no se trata de la fórmula más “feliz” (la actividad de servicios podría subsumirse total y parcialmente en la actividad mercantil, y esta última no se contempla en la norma de remisión), no debió causar complicaciones en los destinatarios de la norma. Esto, debido a que es posible entender que la fórmula delictiva tiene como fin contemplar las distintas etapas de la actividad económica, desde la **producción de bienes tangibles hasta la comercialización de estos, incluyendo la provisión de servicios.**

Esta interpretación es acorde, además, con lo regulado por la norma de remisión, el Decreto Legislativo No. 701, el cual indica en su artículo 1 que la norma tiene por objeto la eliminación de “prácticas [...] restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los

usuarios y consumidores”. (Énfasis agregado).

En esta línea, como la libre competencia se erige como principio que rige la actividad económica entendida en los términos desarrollados, basta con indicar que **lo que el artículo 232 sancionaba en esta segunda modalidad eran las prácticas restrictivas de la libre competencia, incluidos los acuerdos restrictivos.**

Ahora bien, estaría realizando prácticas restrictivas de la libre competencia, según el artículo 6 del Decreto Legislativo No. 701, aquel que:

- Fija concertadamente entre competidores, de forma directa o indirecta, precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
- Reparte el mercado o las fuentes de aprovisionamiento;
- Reparte las cuotas de producción;
- Concierta la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente (hasta antes de la modificación que realizó el Decreto Legislativo No. 807 al Decreto Legislativo No. 701 en el año 1996, la norma no consideraba la conducta como concertación si es que, a pesar de afectar negativamente a los consumidores, existía la correspondencia a las mencionadas normas);
- Aplica, en las relaciones comerciales, condiciones desiguales para prestaciones que son equivalentes y que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros (no entra en esta prohibición el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, o que se concedan por circunstancias

compensatorios, siempre que existan iguales condiciones);

- Subordina la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- Se niega concertada e injustificadamente a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios (modalidad agregada a través de la modificación del Decreto Legislativo No. 807 al Decreto Legislativo No. 701 en 1996); o
- Limita o controla concertadamente la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones (modalidad agregada a través de la modificación del Decreto Legislativo No. 807 al Decreto Legislativo No. 701 en 1996).

Al igual que con el caso de la modalidad de abuso de poder económico, el artículo 6 incluyó como un caso más de práctica restrictiva de la libre competencia a “otros casos de efecto equivalente” (literal j). Tal como ya se mencionó, este tipo de cláusulas no pueden ser consideradas dentro del alcance de la norma penal, por vulnerar el mandato de determinación o certeza que inspira al principio de legalidad en el Derecho Penal.

El citado artículo 6 del Decreto Legislativo No. 701 comprendía también, en su literal i), al establecimiento, concertación o coordinación de ofertas o de abstención de ofertas en las subastas públicas, sino también en licitaciones, concursos, subastas remates y públicos. Entonces, ¿por qué no incluirlas en el alcance del artículo 232?

La razón por la que estas últimas no se debían incluir dentro del alcance del tipo penal radica en la existencia de otro delito que proscribe específicamente este tipo de conductas colusorias. Este es el delito de fraude en remates, licitaciones y concursos públicos, específicamente en la modalidad –vigente hasta el año 2008– prevista en el inciso 3 del artículo 241° del Código Penal. Esta modalidad establecía que serán reprimidos aquellos que, en el marco de un remate público, en una licitación pública o en concurso público de precios “conciertan entre sí con el objeto de alterar el precio”. Se trataba, pues, de un concurso aparente de delitos que se solucionaba con el criterio de especialidad. En esa misma línea, García Caveró opinó que “ante esta duplicidad regulativa, deberá precisarse el tipo penal que resulte más adecuado para reprimir las licitaciones colusorias [...] [, por lo que] deberá aplicarse el artículo 241 inciso 3 del Código penal, ya que este tipo penal describe completamente la conducta prohibida [...].” (2004, p. 61-62)

Ya habiendo delimitado el alcance del tipo penal en su vertiente objetiva, cabe comentar brevemente otros aspectos dogmáticos previo a continuar con el análisis del tipo subjetivo:

a) Sujeto activo:

Un aspecto importante de la tipicidad objetiva es quién tenía la calidad de sujeto activo en esta primera versión del delito de prácticas anticompetitivas.

En primer lugar, esta pregunta nos lleva a analizar si el sujeto activo puede ser una persona natural o jurídica. Al respecto, señala García Caveró que “el sujeto activo del delito del artículo 232 solamente podrá ser una persona natural, a diferencia del ámbito administrativo sancionador [...]. [...] habrá que individualizar dentro de la organización empresarial quiénes resultan competentes originarios o secundarios por los hechos cometidos desde la persona jurídica.” (2004, p. 46-47)

Considero que, para el análisis, primero debemos identificar si estamos ante un delito común o especial; esto es, si es que el autor del delito debe tener una cualidad específica para que su conducta sea típica. Para dicho efecto, será necesario nuevamente volver a las dos modalidades sancionadas en esta primera versión del artículo 232:

- Respecto a las conductas que significan un abuso de la posición de dominio en un mercado monopólico u oligopólico, es claro que el sujeto activo será aquella persona que ostenta una posición de dominio en un mercado monopólico u oligopólico. Por lo tanto, estamos en este caso ante un delito especial, ya que, evidentemente, no cualquier persona o empresa (i) tiene una posición de dominio en el mercado en el que participe y, aún en dicho supuesto, (ii) no todas participan en un mercado que puede catalogarse como monopólico u oligopólico.

Ahora bien, si bien es posible que personas naturales que se dediquen a actividades económicas puedan cumplir con ambas características (posición de dominio y participación en mercado monopólico u oligopólico), en la práctica es fácilmente constatable que aquellos que casi siempre cumplen con estas características –e inclusive, que suelen ser los agentes económicos– son **personas jurídicas**, independientemente de su configuración societaria.

- Respecto a las prácticas restrictivas de la libre competencia (que, como comentamos, incluyen a los acuerdos restrictivos), aquí ni la norma penal ni la norma administrativa establecen alguna restricción sobre el sujeto infractor o, mejor dicho, respecto a alguna característica especial que debe tener el competidor. Se podría decir, en todo caso, que la única característica necesaria

para que se configure la infracción penal (y también la administrativa) es que el sujeto activo debe estar participando o compitiendo en un mercado, más allá de su cuota de participación en este y más allá de qué mercado se tratase. Considero que, a pesar de no existir una mayor exigencia para la configuración del ilícito, la sola necesidad de que el autor deba estar participando como agente competidor en un mercado específico, ya hace que se trate de un delito especial también respecto a esta modalidad.

Esta también sería la posición de García Cavero, para quien “la modalidad de prácticas colusorias constituye igualmente un delito especial, ya que quien es parte de los acuerdos colusorios es la empresa y no, por ejemplo, el administrador” (2004, p. 47).

Dicho esto, es posible arribar a similar conclusión a la de la modalidad anterior: el delito puede ser cometido por cualquier persona natural o jurídica (siempre que participe en un mercado específico) y, en la práctica, este es más el caso de las personas jurídicas. La diferencia, como veremos, estriba en que en el caso de las personas jurídicas, las personas naturales que actúen en su representación o en beneficio de ella pueden realizar directamente el hecho fáctico sin necesidad de una cualificación particularmente especial (como tener una posición de dominio en el mercado).

Habiendo determinado que el delito de prácticas anticompetitivas en esta primera versión de 1991 –y en ambas modalidades– constituye un delito especial que puede ser cometido tanto por personas naturales como personas jurídicas, cabe referirnos a estas últimas.

Las empresas serán sujetos activos del delito en tanto son ellas y no sus administradores, gerentes, accionistas o trabajadores las que, respecto al primer grupo de conductas, tienen la posición de dominio en el mercado monopólico u oligopólico y las que, respecto al segundo grupo, tienen la calidad de competidores en un determinado mercado.

Como es sabido, las personas jurídicas no podían ser sancionadas penal y autónomamente por delitos que se cometen por integrantes de estas (la responsabilidad penal de la persona jurídica fue recién prevista en nuestro ordenamiento en el año 2018 para ciertos delitos e, inclusive, hasta la actualidad, no contempla el delito de prácticas anticompetitivas), más allá de las obligaciones de carácter administrativo-penal que se les impone como parte régimen de las consecuencias accesorias del artículo 105° del Código Penal (para lo cual es necesaria la sanción previa de la persona individual).

Por dicho motivo, se hace utilización de la fórmula del “actuar en lugar del otro” contemplada en el artículo 27° del Código Penal. La utilización de esta fórmula, en tanto contempla la teoría de la representación, implica que solo podrán responder penalmente los representantes de la persona jurídica.

Ahora bien, a pesar de que esta fórmula puede ser utilizada para ambas modalidades, autores como García Caveró, indican que esta solo sería necesaria para la primera modalidad, en tanto esta exige que una persona abuse de *su* posición de dominio, lo cual hace necesario referirnos a la teoría de la representación contenida en el mencionado artículo 27°. Sin embargo, respecto a la modalidad de prácticas colusorias, a pesar de que es un delito especial, García Caveró sostiene que

“a diferencia de la modalidad de abuso, en las prácticas colusorias no resulta necesario acudir al artículo 27, sino que basta, para poder justificar la imputación penal al administrador o a cualquier miembro de la empresa, una interpretación fáctica de los elementos del tipo penal. La participación en el acuerdo colusorio [...] dejaría de entenderse en un sentido jurídico y se haría, más bien, en un sentido fáctico, por lo que podría hacerse responsable sin mayores problemas a las personas naturales que actuaron en lugar de la empresa. Se trata de los llamados supuestos de actuar en lugar de otro impropios y que pueden perfectamente solventarse con la perspectiva fáctica del análisis. [...]” (2004, p. 47)

En otras palabras, aquellas personas que se logren individualizar fueron partícipes de prácticas colusorias serían imputables de este delito.

b) Consumación y tentativa:

Sobre el momento consumativo del delito, la primera y más evidente aproximación es que se trata de un delito de peligro y no de resultado debido a cómo está enunciado el delito. En efecto, la fórmula *“con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia”* nos lleva, en una primera instancia, a sostener que no es necesario que las conductas típicas generen efectivamente el impedimento, la restricción o la distorsión de la libre competencia. Por el contrario, el tipo penal sólo exige que las prácticas anticompetitivas sean realizadas con dicho objetivo. García Caveró coincide con este postulado y señala que *“la sola realización de la conducta típica dirigida a limitar la competencia en el mercado consumará el tipo penal sin atender a su incidencia concreta en la competencia”* (2004, p. 64).

No obstante, debemos recordar que esta versión del delito de prácticas anticompetitivas se remitía a la “ley en la materia”, el Decreto Legislativo No. 701. Como veremos más adelante respecto al requisito de procedibilidad, el artículo 19° de este decreto, que hace referencia al envío de la persecución del ilícito desde el ámbito administrativo al penal, fue modificado constantemente a lo largo del tiempo hasta que, finalmente el decreto que lo contiene fue derogado en 2008. Lo que es de nuestro interés en esta sección es la versión del artículo 19° que estuvo vigente desde el 19 de abril de 1996 (tras la publicación del Decreto Legislativo No. 807) hasta el 1 de febrero del 2006 (fecha en que entran en vigor las disposiciones modificatorias del Nuevo Código Procesal –Decreto Legislativo No. 807). Esta versión es la siguiente:

Artículo 19.- *Si la Comisión estimara que en las infracciones tipificadas en los incisos a), b) y c) del Artículo 5 e incisos a), b), c), d), e), f), g), h) e i) del Artículo 6, el responsable actuó dolosamente y que el perjuicio fuera de naturaleza tal que se hubieran generado graves consecuencias para el interés económico general, procederá a formular la correspondiente denuncia penal ante el Fiscal Provincial Competente. La iniciativa de la acción penal ante el Poder Judicial, por infracción del Artículo 232 del Código Penal, compete exclusivamente al Fiscal Provincial, quien la inicia sólo luego de recibida la denuncia de la Comisión. (Énfasis agregado)*

Como se desprende del tenor de esta disposición, durante el tiempo en que dicho artículo estuvo vigente, esto es, por diez (10) años, el delito de prácticas anticompetitivas ya no solo requería que el verbo rector sea ejecutado con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, sino que exigía –por esta remisión al Decreto Legislativo No. 701– que haya un perjuicio efectivo traducido en la generación de graves consecuencias para el interés económico general.

Independientemente de a qué se refería la fórmula administrativa con “graves consecuencias para el interés económico”, es evidente que nos encontrábamos ante un delito de resultado, ya que el tipo penal, al completarse con la ley en la materia, requiere un “efecto lesivo sobre el interés económico general. [...] no se trataría de un delito de emprendimiento o de preparación con elemento subjetivo de tendencia (finalidad), sino de un delito resultado.” (García, 2004, p. 64)

Al respecto, García Cavero señala que hay “autores que afirman que el requisito del perjuicio grave sobre el interés económico general no debe entenderse como un elemento del tipo penal, sino como una condición objetiva de punibilidad” (2004, p. 65). Este postulado implicaría que la conducta típica se configuraría sin importar los efectos anticompetitivos que se hubieran generado de ella (análisis en la categoría de tipicidad), pero la sanción penal únicamente podrá ser impuesta (análisis en la categoría de punibilidad) si es que se logra probar que la mencionada conducta generó un perjuicio de graves consecuencias en el interés económico general.

La ubicación de las graves consecuencias para el interés económico general en una u otra categoría del delito (mayoritariamente aceptadas como cuatro [4]: tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad) tiene como consecuencia la determinación del momento consumativo del delito. Así, de aceptar la tesis comentada por García Cavero, el tipo penal se consumaría únicamente con la comisión de la práctica anticompetitiva destinada a impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, ya que el perjuicio producido únicamente será un criterio para determinar la punibilidad de la conducta en sede penal.

Lo que parece ser, finalmente, un debate meramente doctrinario, en mi opinión, sí llega a tener un efecto práctico y este consiste en la determinación de la tentativa.

Al respecto, García Caveró indica que, por el lado del abuso de posición de dominio, se castigaría sólo el ejercicio abusivo de un derecho que no va a derivar necesariamente en un perjuicio a terceros o al interés económico general; mientras que, por el lado de las prácticas colusorias, estas ya constituyen actos preparatorios que han sido criminalizados (2004, p. 65). Por lo tanto, de aceptar esta tesis, podría ser complicado construir una tentativa en ambos grupos de modalidades comprendidos en el artículo 232. De hecho, García Caveró concluye que “en ambas modalidades del delito de abuso de poder económico lo más adecuado resultaría negar la posibilidad de castigar a título de tentativa” (2004, p. 65-66).

Sobre el particular, considero que lo más correcto es considerar al perjuicio de “naturaleza tal que se hubieran generado graves consecuencias para el interés económico general” como parte del tipo objetivo del delito. Esto se debe a que, en la lectura completa del tipo penal, el delito, finalmente, se está configurando por dos condiciones objetivas claras: se ha incurrido en una práctica anticompetitiva y dicha práctica ha generado un perjuicio consistente en graves consecuencias para el interés económico general. Poco importa en este extremo si quien realizará el análisis en primer lugar será la Comisión de Libre Competencia –sin perjuicio de los cuestionamientos constitucionales sobre el ejercicio de la acción penal, sin duda, válidos– y que la redacción del mencionado artículo 19° del decreto no tenga la mejor técnica legislativa, ya que, finalmente, si no se presenta un perjuicio grave en el interés económico no solo la conducta anticompetitiva no será sancionable, sino que tampoco será perseguible; en otras palabras, se trata de una conducta que no es comprendida en la descripción legal del artículo 232, es decir, no es una conducta típica.

En caso el cuestionamiento a este postulado venga por el lado de que se estaría

permitiendo que una norma administrativa determine, finalmente, qué conducta es típica, este argumento no tendría asidero, simplemente porque la norma administrativa ya se encuentra realizando dicha función para otros elementos típicos: qué se debe entender por abuso de posición de dominio y qué se debe entender por prácticas y acuerdos restrictivos. Aquí no cabe duda de que la norma administrativa se encuentra “completando” la conducta típica.

En todo caso, pongámonos en el supuesto de que la exigencia del grave perjuicio al interés económico general se encontrase redactado en el mismo artículo 232 del Código Penal. ¿Sigue siendo, para los defensores de esta postura, una condición punitiva? ¿Es acaso el cuerpo legal donde se encuentra la descripción típica el que necesariamente determinará cuando un elemento es parte de la tipicidad y cuando es parte de la punibilidad? Considero que la respuesta es que no, más allá de que se pueda tratar de una deficiente técnica por parte del legislador.

Veamos, para ejemplificar lo indicado, el caso del delito de contaminación del ambiente. El artículo 304^{o10} vigente del Código Penal sanciona a aquellas conductas (según los verbos rectores indicados en dicho artículo y remitiéndose también a la normativa en la materia) que causen o puedan causar “perjuicio, alteración o daño grave el ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental”. Por

¹⁰ **Artículo 304.- Contaminación del ambiente**

El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.

consiguiente, cabe la siguiente pregunta: ¿no es acaso esta exigencia del perjuicio, alteración o daño grave al ambiente un elemento típico del delito? Estimo que difícilmente se puede sostener lo contrario.

Considero así que, al asumir la segunda posición desarrollada, se deja abierta la posibilidad de construir supuestos de tentativa, por lo que podría ser también útil desde el punto de vista político-criminal. Así, por ejemplo, en caso un grupo de competidores realizan un acuerdo colusorio de fijación de precios que potencialmente podría haber generado un grave perjuicio al mercado en el que se desenvuelven y, por lo tanto, al interés económico general (se trata, por ejemplo, de un mercado de primera necesidad), pero dicho acuerdo fue detectado a tiempo por la autoridad administrativa, estos competidores podrían ser también sancionados penalmente en grado de tentativa. La postura contraria –aquella que sostiene que el perjuicio grave es una condición de punibilidad– dejaría impune esta conducta en el ámbito penal, ya que la conducta, a pesar de ser típica, no sería sancionable por el juez penal.

Ahora bien, cabe preguntarnos qué significaba en la citada fórmula del artículo 19°: “*graves consecuencias para el interés económico general*”. Ciertamente, la norma administrativa no lo desarrolló. Tal como indica Abanto, “la «dañosidad» de la conducta, entendida en sentido cuantitativo, requiere de cuantías específicas que la ley, lamentablemente no menciona” (1997, p. 146). Sin perjuicio de ello, es posible que esta fórmula haya podido ser la que, finalmente, hubiese permitido diferenciar al ilícito penal del ilícito administrativo (más allá de que no fue desarrollada por la legislación ni por la jurisprudencia del Indecopi¹¹). Volveremos al respecto más

¹¹ Por ejemplo, en el Expediente No. 005-2002/CLC, la Comisión de Libre Competencia del Indecopi, en el marco del procedimiento administrativo que resuelve, se pronuncia también sobre el pedido de los denunciantes de interponer una denuncia penal contra las personas naturales investigadas por infracción al artículo 232 del Código Penal. Al respecto señala que “a criterio de esta Comisión, sin

adelante.

B. Tipicidad subjetiva

Habiendo ya desarrollado la tipicidad objetiva de esta primera versión del delito de prácticas anticompetitivas, corresponde examinar la tipicidad ahora desde la óptica subjetiva, en otras palabras, qué se entiende por dolo en este delito.

Para desarrollar este punto, debemos recordar que, sin perjuicio de las correspondientes matices, existen dos grandes teorías del delito que dotan, cada una, de diferente contenido a lo que debe entenderse de dolo: la llamada teoría voluntarista, que define al dolo como conocimiento del hecho delictivo y la voluntad de la realización de su resultado (para el dolo directo), y la teoría normativista que define al dolo únicamente en términos del conocimiento. Esta diferenciación es importante, ya que podría llevarnos a resultados distintos en lo que se entiende del tipo subjetivo de este delito dependiendo de cuál teoría se adopte.

Así, adoptando la primera teoría, García Caveró considera que difícilmente podríamos hablar de un dolo directo o de primer grado: por el contrario, “[...] la exigencia de un dolo directo podría dejar sin contenido la prohibición penal, pues parece claro que nadie tiene la intención directa de afectar la libre competencia, sino más bien la de obtener determinados beneficios económicos” (2004, p. 63).

bien las personas naturales investigadas infringieron los artículo 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, **el perjuicio al interés económico no ha sido de tal magnitud que justifique la interposición de una denuncia penal** ante el Ministerio Público por la comisión del delito tipificado en el referido artículo 232 del Código Penal, motivo por el cual corresponde declarar improcedente la solicitud [...]” (Indecopi, 2005, fundamento 66) (Énfasis agregado). Así, en este caso, el Indecopi señala que, a pesar de la existencia de un daño, la conducta sólo representó un perjuicio mínimo a la competencia. No obstante, no brinda criterios que permitan diferenciar un mero daño e incumplimiento de la normativa de uno capaz de ocasionar un perjuicio al interés económico y, por lo tanto, volverse susceptible de ser denunciado penalmente.

Abanto Sánchez, por el contrario, señala que sí sería posible –y de hecho en muchas ocasiones sería así– que el autor que realiza la conducta objetiva lo haga con dolo directo, en tanto “su conducta va dirigida precisamente a la eliminación de la competencia con sus competidores o a perjudicar o desplazar a un competidor en el mercado” (2000, p. 67).

Otra opinión es la de Caro Coria (2023), quien señala que en realidad se trata de un “delito de tendencia interna trascendente [delito incongruente por exceso subjetivo], es decir la finalidad del autor de “impedir, restringir o distorsionar la libre competencia”, con los problemas probatorios que pueda acarrear pero que otorga un plus de gravedad frente al mero ilícito administrativo”. Es interesante que García Cavero en su momento consideró que dicha finalidad no exige un elemento subjetivo adicional, como, por ejemplo, pudo haber sido la obtención de una ventaja patrimonial indebida (2004, p. 63).

Más allá de este debate doctrinario, sin duda relevante y sobre el cual retomaremos cuando analicemos la versión vigente del delito de prácticas anticompetitivas, coincido con Abanto en que aquel “que concierne una restricción de la competencia o abusa de su posición de dominio en el mercado estaría siempre actuando con dolo” (2000, p. 67). Efectivamente, más allá de que el autor haya querido o no causar algún estrago en la libre competencia o, inclusive, en la economía nacional, al realizar la conducta anticompetitiva (sea un abuso de poder económico o una práctica restrictiva de la competencia) tiene conocimiento de que está yendo en contra de las reglas de la libre competencia¹², buscando, por ejemplo, que varios competidores fijen un precio específico, que cierto competidor no ingrese al mercado, que a cada uno le corresponda una cuota geográfica del mercado, etc., lo cual, en cualquier

¹² De forma análoga, en el ya mencionado delito de contaminación ambiental (artículo 304° del Código Penal), no es que los autores hayan buscado o querido necesariamente causar un perjuicio al medio ambiente o al ecosistema (y, de hecho, es virtualmente imposible, que alguna organización busque ello), pero se sanciona que tuvieron conocimiento de que su conducta infractora de las regulaciones administrativas estaba causando o podría causar un daño grave al medio ambiente.

escenario, tiene como resultado que los consumidores tengan elección libre sobre los productos y servicios que buscan adquirir.

Bastará, por lo tanto, que el autor tenga conocimiento de que ha abusado de su posición de dominio en un mercado monopólico u oligopólico o ha participado en prácticas o acuerdos anticompetitivos.

Ahora bien, algunas personas podrían cuestionar si es que verdaderamente un empresario actuaría con dolo si es que no saben a “ciencia cierta” que su organización ostentaba una posición de dominio en el mercado específico. Como bien se sabe, y sobre todo en delitos socioeconómicos, la imputación de conocimiento que fundamenta el dolo “no requiere entrar en los aspectos concretamente regulados por la normativa administrativa, sino que desde la regulación general del tipo penal cabe realizar ya la imputación de conocimiento con base en las competencias de conocimiento del autor y sus concretas circunstancias personales” (García, 2004, p. 62)

En el caso mencionado, es muy poco probable que un empresario no conozca cuál es su cuota en el mercado y, por lo tanto, si tiene una posición relevante o no en ella, puesto que es parte de su negocio y del análisis de mercado que se realiza al interior de su organización conocer este tipo de información. Es más, en tanto esta primera versión del tipo penal establecía que este abuso se comete en un mercado monopólico u oligopólico, es mucho más evidente que un empresario sepa que se ubica en un mercado de pocos competidores, haciendo aún más sencillo que estos tengan conocimiento de su posición en ese específico mercado.

Sin perjuicio de lo señalado, sería una equivocación suponer la imposibilidad de un error de tipo. Para esto, tendría que evaluarse cada caso en concreto y aquellas circunstancias (e.g. informes técnicos defectuosos [García, 2004, p. 63], cláusulas contractuales engañosas,

etc.) y si dichos errores pudieron ser vencibles o invencibles (aunque, en ambos casos, la conducta no sería punible, en tanto el tipo penal no admite modalidad culposa).

Merece también comentario lo establecido en el artículo 19 del Decreto Legislativo No. 701 respecto del “dolo” en las conductas bajo análisis. Este artículo, que ya citamos con anterioridad, en su primera versión indicaba lo siguiente:

Artículo 19.- Si la Comisión estimara que en las infracciones cometidas el responsable actuó dolosamente, procederá a formular la correspondiente denuncia penal ante el Fiscal Supremo en lo Penal.

Solo está penada por el artículo 232 del Código Penal, la comisión dolosa de los actos de abuso de posición de dominio y de las prácticas restrictivas de la libre competencia tipificadas en los incisos a), b) y c) del artículo 5 y a), b), c), d), e) y f) del artículo 6 de la presente Ley. (Énfasis agregado)

Este artículo fue derogado en febrero de 1992, restablecido en julio de 1992 y, posteriormente, modificado mediante el Decreto Legislativo No. 807 en abril de 1996, indicando lo siguiente:

Artículo 19.- Si la Comisión estimara que en las infracciones tipificadas en los incisos a), b) y c) del Artículo 5 e incisos a), b), c), d), e), f), g), h) e i) del Artículo 6, el responsable actuó dolosamente y que el perjuicio fuera de naturaleza tal que se hubieran generado graves consecuencias para el interés económico general, procederá a formular la correspondiente denuncia penal ante el Fiscal Provincial Competente. [...] (Énfasis agregado)

Recordemos también que el artículo fue modificado nuevamente mediante el Decreto Legislativo No. 957, publicado el 29 de julio de 2004. Esta versión, que se mantendría hasta

la derogación del Decreto Legislativo No. 701, ya no contenía ninguna mención al dolo.

Naturalmente, emerge la pregunta de si la referencia al “dolo” en estas previsiones de la norma administrativa (que, más allá de que haya variado con el tiempo –al menos hasta el 2004– mantuvo una fórmula similar: si la Comisión estimara que se trata de conductas dolosas, deberá realizar la denuncia penal ante el Ministerio Público), tuvo un significado distinto al dolo penal.

García Cavero menciona, pues, que este dolo “administrativo”, según la jurisprudencia de la Comisión de Libre Competencia, exige un reproche adicional al exigido penalmente, pudiendo presentarse este dolo “especial”, por ejemplo, cuando el autor ha continuado realizando la práctica restrictiva a pesar de haber recibido por parte de la autoridad administrativa la orden de cesar dicha conducta, cuando haya utilizado alguna práctica fraudulenta o cuando haya tenido directamente la intención de provocar un daño (2004, p. 63). Para Abanto, este dolo “especial” sería una especie de “*dolos malus*”, similar al que se ha desarrollado desde el derecho penal (1997, p. 146).

Naturalmente, cabe también una interpretación adicional: que el dolo empleado en la norma administrativa no es distinto al dolo penal, por lo que, en realidad, la intención de la norma es confirmar que las conductas anticompetitivas comprendidas en el alcance de dicho artículo 19 serán perseguibles penalmente si se cumple con que fueron cometidas con dolo, según este es entendido dentro de la teoría del delito en el derecho penal.

Sin duda, dicha interpretación permite resolver las discusiones respecto a qué diferencia un dolo penal del administrativo para efectos de identificar las conductas denunciables por parte de la autoridad administrativa. No obstante, surge el cuestionamiento (acaso también replicable para las otras interpretaciones) de si la Comisión de Libre Competencia es la

entidad encargada o, inclusive, apta para poder determinar que las infracciones han sido cometidas con dolo penal.

De una u otra forma, parece que el legislador quiso incorporar la fórmula de “actuar dolosamente” con el fin de establecer un criterio delimitador entre el ilícito administrativo y el ilícito penal. Y, en concordancia con el tipo penal del artículo 232 del Código Penal, se podría concluir que este “actuar doloso” contiene la intención de “impedir, restringir o distorsionar la libre competencia”. Como ya se mencionó, esta intención no sería más que un reflejo del dolo directo, en tanto el dolo típico incluye ya la “intención de restringir o distorsionar la libre competencia”. (Abanto, 2000, p. 69)

En consecuencia, la fórmula administrativa comentada, vigente hasta el año 2004, no estaría realmente diferenciando al ilícito penal del administrativo, en tanto siempre las mencionadas infracciones, con las salvedades esbozadas, son cometidas con dolo. Efectivamente, un “dolo especial” podría ser un elemento diferenciador, pero el legislador no solo no ha establecido en qué consistiría, sino que dicho “dolo especial” no puede contenerse en una fórmula como el “objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia”, ya que ésta redundaría en el dolo directo subyacente al tipo penal.

(ii) Requisito de procedibilidad:

Uno de los temas más importantes alrededor de esta primera versión de delito de prácticas anticompetitivas y que no se encuentra contenido en su redacción literal en el Código Penal es el referido a su requisito de procedibilidad.

En efecto, el Decreto Legislativo No. 701 (como ya mencionamos, “la ley en la materia”), en su artículo 19° disponía lo siguiente:

Artículo 19.- Si la Comisión estimara que en las infracciones cometidas el responsable actuó dolosamente, procederá a formular la correspondiente denuncia penal ante el Fiscal Supremo en lo Penal.

Solo está penada por el artículo 232 del Código Penal, la comisión dolosa de los actos de abuso de posición de dominio y de las prácticas restrictivas de la libre competencia tipificadas en los incisos a), b) y c) del artículo 5 y a), b), c), d), e) y f) del artículo 6 de la presente Ley.

La iniciativa de la acción penal ante el Poder Ejecutivo por infracción del artículo 232 del Código Penal compete exclusivamente al Fiscal Supremo en lo Penal, quien la verifica sólo luego de recibida la denuncia mencionada en el primer párrafo de este artículo. (Énfasis agregado)

Como se ha mencionado ya, este artículo sufrió diversos cambios a lo largo del tiempo, siendo derogado por la Ley No. 25399 en febrero de 1992, reincorporado por el Decreto Ley No. 25629 en julio de ese mismo año y modificado posteriormente por el Decreto Legislativo No. 807. Esta versión, que entró en vigor el 19 de abril de 1996, establecía lo siguiente:

Artículo 19.- Si la Comisión estimara que en las infracciones tipificadas en los incisos a), b) y c) del Artículo 5 e incisos a), b), c), d), e), f), g), h) e i) del Artículo 6, el responsable actuó dolosamente y que el perjuicio fuera de naturaleza tal que se hubieran generado graves consecuencias para el interés económico general, procederá a formular la correspondiente denuncia penal ante el Fiscal Provincial Competente. La iniciativa de la acción penal ante el Poder Judicial, por infracción del Artículo 232 del Código Penal, compete exclusivamente al Fiscal Provincial, quien la inicia sólo luego de recibida la denuncia de la Comisión. (Énfasis agregado)

Finalmente, antes de su derogación definitiva –esto es, la derogación del Decreto Legislativo No. 701 con la promulgación del Decreto Legislativo No. 1034 en el 2008– el artículo 19 tuvo una última modificación en julio del 2004 por la octava disposición modificatoria y derogatoria del Decreto Legislativo No. 957 (que entró en vigor en febrero del 2006), siendo su última versión:

Artículo 19, Decreto Legislativo N° 701. *El ejercicio de la acción penal es de oficio.*

Cuando la Comisión estimara que se ha infringido el artículo 232 del C.P. pondrá tal hecho en conocimiento del Ministerio Público.

Ciertamente, en las primeras dos versiones del artículo 19 se establecía como requisito de procedibilidad la denuncia ante el Ministerio Público por parte del Indecopi (respecto a la última versión del 2004, aunque tampoco con mucha claridad, puede argumentarse lo contrario). Esto implica que, sin dicha comunicación, el fiscal estaba imposibilitado de iniciar las investigaciones preliminares que correspondían. “Quiere decir esto, que la vía administrativa es la que decide finalmente qué [sic] conductas pasan a ser perseguibles penalmente [...]” (Peña Cabrera, 2009, p. 98-99).

En otras palabras, “[...] antes de que se diera inicio a la investigación penal, era indispensable que el Indecopi haya determinado previamente que existió una conducta anticompetitiva pasible de ser sancionada administrativamente bajo las normas de libre competencia vigentes en la época” (Floríndez, 2020, p. 209).

Ahora bien, procesalmente, esta consideración nos lleva a concluir que, en caso un fiscal hubiese decidido iniciar una investigación sin que previamente haya recibido la denuncia correspondiente por parte de la Comisión, el investigado podía promover ante el juez penal una “cuestión previa”. Tal como indicaba el artículo 4 del entonces vigente Código de Procedimientos Penales (Ley No. 9024):

Artículo 4.- *Contra la Acción Penal pueden promoverse:*

a) Cuestiones Previas y

b) *Cuestiones Prejudiciales*

Las Cuestiones Previas proceden cuando no concurre un requisito de procedibilidad

y pueden plantearse en cualquier estado de la causa o resolverse de oficio. Si se declara fundada, se anulará lo actuado dándose por no presentada la denuncia. [...]

(Énfasis agregado)

Carlos Caro refuerza lo ya señalado indicando que “la exigencia del agotamiento de la vía administrativa o de un informe técnico previo al ejercicio de la acción penal constituyen lo que la doctrina procesal denomina “condiciones procesales” [...] [y] la inobservancia de una condición procesal da lugar a la procedencia de las cuestiones previas” (Caro, 1994, p. 223-224).

Volviendo al contenido del requisito de procedibilidad, varios autores criticaron en su momento esta regla¹³, al considerarla inconstitucional, en tanto la Constitución Política del Perú establece que la persecución del delito compete al Ministerio Público, por lo que no puede depender de la decisión de un ente administrativo.

Precisamente, Peña Cabrera consideró que esta regla implicaba un “decaimiento de la Justicia Penal a favor de la Instancia administrativa [...], [en tanto la Constitución] es contundente al establecer que la titularidad de la acción penal la ejerce el Ministerio Público

¹³ Autores como Dino Caro, Alonso Peña Cabrera y Manuel Abanto (quien indicó que la regla era a todas luces criticable y atentatoria contra los efectos preventivo-generales del artículo 232 del Código Penal, [2020, p. 71]). Peña Cabrera agregó que “si bien en ciertos ámbitos de la criminalidad que requieren conocimientos especializados, órganos administrativos, como en este caso el Indecopi, deben colaborar con la investigación del delito, el titular de la acción penal, constitucionalmente revestido para este efecto, es el Ministerio Público en cumplimiento del principio de legalidad procesal” (2009, p. 99).

de forma exclusiva, tratándose de delitos perseguibles por acción penal pública” (2009, p. 99). Finalmente, consideró que este requisito que sería una especie de “prejudicialidad administrativa” (aunque ya vimos que no estamos ante una cuestión de prejudicialidad en estricto, sino ante una cuestión previa por tratarse de un requisito de procedibilidad), supondría un favorecimiento injusto a determinados grupos de poder económico (Peña Cabrera, 2009. p. 99-100).

Estas críticas, que pueden realizarse a otros delitos del Código Penal que requieren un pronunciamiento previo de la autoridad administrativa, así como a la versión vigente del delito de prácticas anticompetitivas como veremos más adelante, parten de considerar que el Ministerio Público tenía la obligación de iniciar investigación una vez recibida la comunicación del Indecopi.

Consideramos que la redacción del citado artículo no es lo suficientemente clara para arribar de manera definitiva a dicha conclusión. En efecto, tal como se ha señalado, se establece que la acción penal será iniciada luego de recibida la denuncia de la Comisión; sin esta denuncia, no hay investigación ni proceso penal. Sin embargo, la norma no obliga al fiscal a iniciar las diligencias preliminares únicamente si recibe la denuncia por parte del Indecopi. Es más, el artículo –en sus dos primeras versiones– resalta que la iniciativa de la acción es competencia exclusiva del fiscal provincial, reforzando esta postura.

Al contrario de lo que asumen diversos autores, considero que, justamente para salvar la constitucionalidad de la norma (esto es, a partir de una interpretación conforme a la Constitución Política), debería interpretarse que, si bien, el Ministerio Público no puede iniciar una investigación sin la comunicación previa del Indecopi, esta última no le es vinculante. Esta interpretación tiene, además, justificación práctica. Piénsese en el caso en que el delito hubiera prescrito: ¿debería el Fiscal igualmente disponer el inicio de las

investigaciones? O, supongamos que la resolución del Indecopi indica que, si bien dos empresas acordaron dividirse determinadas zonas geográficas, dicho acuerdo nunca fue ejecutado y/o no generó ningún perjuicio económico a la sociedad (aspecto que el Indecopi debía determinar según la segunda versión del artículo 19° de 1992). En este último caso, donde es evidente la ausencia de un elemento de la tipicidad del delito (o la condición de punibilidad, según algunos autores, ¿el fiscal provincial también necesariamente deberá disponer el inicio de la investigación?

Esta interpretación, por supuesto, tampoco está exenta de cuestionamientos, ya que se puede argumentar que sigue existiendo un detrimento en las facultades del Ministerio Público, constitucionalmente revestidas (lo cual, a su vez, puede ser contraargumentado aludiendo a la naturaleza del derecho penal económico).

También es posible sostener que sería muy complicado –en la práctica– que el fiscal provincial opte por no iniciar investigaciones preliminares, en tanto las ocasiones en las no correspondería este inicio serían muy escasas y, aun así estas se presenten, el Fiscal podría igualmente preferir la apertura de las diligencias para evitar algún posible cuestionamiento de prevaricato.

Ciertamente, sin perjuicio de la interpretación conforme a la Constitución sugerida, lo ideal hubiese sido que el legislador precise los alcances de la naturaleza procesal de la denuncia comunicada por la Comisión del Indecopi.

Otro aspecto que no ha quedado claro es en qué consistía la estimación de la Comisión respecto a la configuración de las infracciones que permitía la formulación de su denuncia. Las opciones pudieron ser varias: un informe técnico, una resolución administrativa de primera instancia (y, por lo tanto, recurrible) o en una resolución administrativa de segunda instancia (y, por lo tanto, que haya agotado la vía administrativa).

Respecto a este punto, es interesante lo establecido en el Decreto Ley No. 26017, Ley General de Propiedad Industrial, el cual coexistió por aproximadamente cuatro años (hasta su derogación en abril de 1996) tanto con el artículo 232 del Código Penal como con el citado artículo 19° del Decreto Legislativo No. 701. Esta ley estableció, pues, en su Segunda Disposición Final, respecto al delito materia de estudio (artículo 232 del Código Penal) y otros, lo siguiente:

SEGUNDA. - *Antes de iniciar la acción penal por los delitos a los que se refieren los artículos 216 a 220, 222 a 225, 232 y 238 a 240 del Código Penal, al Fiscal deberá solicitar el informe técnico del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPÍ), el cual deberá emitirlo en un plazo de cinco días.*

Dicho informe constituye uno de los elementos a ser merituados por el Juez o el Tribunal al expedir resolución. (Énfasis agregado)

Al leerse las tres normas en conjunto, se obtiene como resultado que, durante dicho periodo de tiempo, era suficiente, para que el Ministerio Público inicie la acción penal, el informe técnico del Indecopi y no el agotamiento de la vía administrativa.

Con la derogación del Decreto Ley No. 26017, ya no quedaba claro si es que la denuncia del Indecopi al Ministerio Público requería únicamente un informe técnico o la resolución sancionadora (y si esta debía ser firme o no). Consideramos que, en tanto la norma administrativa no establece ningún requisito para la presentación de la denuncia, sumado al antecedente de la citada disposición del Decreto Ley No. 26017, bastó que la exigencia al Indecopi sea la presentación del informe técnico correspondiente.

Tal como se adelantó, en febrero del 2006, con la entrada en vigor del octava disposición modificatoria y derogatoria del Decreto Legislativo No. 957, se eliminó cualquier referencia a una denuncia presentada por el Indecopi como requisito de procedibilidad, señalándose únicamente que “cuando la Comisión estimara que se ha infringido el artículo 232 del C.P. pondrá tal hecho en conocimiento del Ministerio Público”.

Si bien ya no será necesaria la denuncia previa por la autoridad administrativa para el ejercicio de la acción penal por parte de la fiscalía, podemos preguntarnos en qué consistirá tal puesta en conocimiento por parte de la Comisión al Ministerio Público. En tanto la norma no indica formalidad, podría haberse tratado desde un oficio, un informe técnico hasta el envío de alguna resolución administrativa cuando la Comisión haya logrado la imposición de alguna sanción. Finalmente, no se establece en qué estadio la Comisión puede realizar dicha comunicación, dejándose al criterio de la autoridad administrativa la oportunidad y medio de comunicación.

Para terminar este apartado, cabe recordar que, sobre todo durante la segunda versión del artículo 19 del Decreto Legislativo No. 701, no bastó con que la Comisión del Indecopi comunique simplemente la comisión de una infracción, sino que también debió analizar si la conducta fue realizada de manera doloso e inclusive si suponía “graves consecuencias para el interés económico general”.

(iii) Consideraciones desde los principios del *ius puniendi*

El desarrollo de los elementos configurativos de la primera versión del delito de prácticas anticompetitivas contenido en el artículo 232 no obedecen únicamente a un afán descriptivo (aunque, indudablemente, valioso), sino también a poder analizar la constitucionalidad del precepto legal y así evaluar si la evolución de la técnica legislativa del delito hasta su versión vigente ha sido positiva.

Asociados a la constitucionalidad de un precepto normativo de naturaleza penal se encuentran los principios del *ius puniendi* estatal, los cuales, como hemos ya indicado, son aquellos que limitan el ejercicio punitivo del Estado permitiendo que los individuos gocen de las garantías propias de un Estado de Derecho.

Hemos también desarrollado que los principios que controlan el poder punitivo del Estado se “flexibilizan” en el Derecho penal económico, sin que ello, no obstante, implique su transgresión o vaciarlos de contenido. Es por ello que el marco teórico expuesto en el primer capítulo es de absoluta relevancia.

Dicho esto, considero que, particularmente respecto a esta primera tipificación, es posible esbozar las siguientes observaciones respecto al principio de legalidad:

- Si bien la técnica legislativa no ha sido la más feliz –desde el nombre del delito (abuso de poder económico, a pesar de que no prevé todas las prácticas de abuso de posición de dominio y que también tipifica las prácticas restrictivas en el mercado) hasta las constantes modificaciones de la normativa administrativa a la que se remite– que, aunque de por sí no implican una vulneración del principio de legalidad, generan un cuestionamiento a la certeza del delito y, por ende, a la seguridad jurídica.
- Vemos que no se vulnera el principio de *lex certa* por la mera existencia de una ley penal en blanco (tal como se señaló en el Capítulo 1): la remisión a la “ley de la materia”, siendo en este caso el Decreto Legislativo No. 701 con sus constantes modificaciones.
- Tampoco se presenta una vulneración de la *lex certa* por la existencia de conceptos aparentemente indeterminados, ya que estos son completados tanto

por la norma administrativa (como para la definición de “prácticas restrictivas”) como por ser elementos normativos del tipo (como “posición monopólica” u “oligopólica”).

- Tampoco se ha evidenciado una vulneración de la *lex stricta*, debido a que, a pesar de la existencia de la cláusula en la norma administrativa de “otros casos de efecto equivalente”, el aparente conflicto es fácilmente solucionado no comprendiendo dicha cláusula en el alcance del tipo penal, justamente porque, de lo contrario, se estaría abriendo la puerta a la proscrita analogía.
- Considero, no obstante, que si existe una posible vulneración del principio de legalidad (que también va a fundamentar la brecha en el principio del *ne bis in ídem*, que veremos a continuación), en su vertiente de *lex certa*, es respecto a lo que se estipula en la norma administrativa a la que se remite.

Así, en primer lugar, tenemos que para la configuración del delito que habilitaba la denuncia por parte de la Comisión de Libre Competencia ante el Fiscal Provincial, durante diez (10) años –según el artículo 19° del entonces vigente Decreto Legislativo No. 701, modificado por el Decreto Legislativo No. 807– la Comisión debía determinar si el responsable actuó dolosamente y que el perjuicio hubiese generado graves consecuencias para el interés económico general.

Como hemos indicado, la legislación no desarrolla (i) en qué consiste este dolo “especial” (y si es que acaso es distinto del dolo directo entendido como se entiende en el derecho penal) y (ii) qué configura las graves consecuencias para el interés económico general (tampoco lo precisaba con claridad la jurisprudencia del Indecopi).

Por más que estos aspectos estén relacionados al requisito de procedibilidad, es de nuestra posición que terminan por completar el tipo penal –más allá de que también pudiera hacerse un cuestionamiento desde el mandato de *lex scripta*. Consecuentemente, al no haber un desarrollo de los conceptos ya mencionados, la incertidumbre jurídica se ha presentado por casi toda la vigencia de este primer tipo penal. Esto no quiere decir que la fórmula sea necesariamente inadecuada –sobre todo el caso de las «graves consecuencias para el interés económico general»–, pero sin una definición o criterios delimitadores, los destinatarios de la norma se encontraban expuestos a eventuales arbitrariedades interpretativas (como que el Indecopi, solo por «máximas de la experiencia» decida que un daño a la libre competencia es menor o grave).

Como se ha señalado, estos últimos conceptos nos permiten también esbozar algunas líneas respecto al principio de *ne bis in ídem*. Dejando de lado la diferenciación de *bis in ídem* material o procesal, la identidad de sujetos (que asumimos a continuación), la identidad del bien jurídico afectado (como parte de la identidad de fundamentos), y otros temas que, sin duda, serán abordados más adelante, es posible señalar lo siguiente:

- Fuera del periodo de vigencia del artículo 19° introducido por el Decreto Legislativo No. 807, no ha habido (o, al menos, no de forma clara) un criterio delimitador entre el ilícito administrativo y el ilícito penal.

Como hemos señalado, el elemento «con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia» –considerado por algunos autores como un elemento de tendencia interna trascendente con capacidad de diferenciar el injusto penal del administrativo– no tiene mayor eficacia práctica en nuestra

opinión, ya que el competidor que realiza prácticas anticompetitivas siempre tendrá conocimiento de que está generando una distorsión de la libre competencia.

Por otro lado, el acotar las conductas de abuso de poder económico al mercado monopólico y oligopólico no puede ser considerado un criterio delimitador, ya que solo reduce el número de conductas que pueden presentar un supuesto de *bis in ídem*, mas no las elimina. Asimismo, se seguían sancionando el resto de las prácticas restrictivas de la libre competencia, cuyo universo es bastante amplio.

- Así, parecía ser que los criterios delimitadores de esta primera versión del delito, durante determinados lapsos de su vigencia, fueron los ya mencionados elementos que debían ser estimados por la Comisión de Libre Competencia del Indecopi: la especie de dolo “especial” o “adicional” y que «el perjuicio fuera de tal naturaleza que se hubieran generado graves consecuencias para el interés económico general». En esta línea, García Caveró consideró que el artículo 232 castigaba “penalmente todos los ilícitos administrativos contra la libre competencia siempre que se den los elementos adicionales al dolo y grave perjuicio” (2004, p. 42).

Como ya hemos señalado, más allá que el legislador no ha definido ninguna de las dos fórmulas y la jurisprudencia administrativa hasta entonces (y mucho menos la inexistente jurisprudencia penal) tampoco, la existencia de un dolo “adicional” o “especial” es particularmente problemática debido a su inutilidad práctica.

En efecto, tal como hemos argumentado, un dolo adicional (más aún si se entiende como con la ya descartada fórmula de “intención de restringir o distorsionar la libre competencia”) parece redundar en el dolor directo de la conducta. Y, si así como señala García Caveró, se trata de un dolo “administrativo”, ¿por qué un dolo administrativo sería el que diferencia al ilícito administrativo del penal y no un propio “dolo penal”? Dicho de otro modo, ¿no debería ser una institución penal la que dote de contenido al dolo penalmente relevante? Pensemos, pues, que el Indecopi en algún momento llegase a interpretar en su jurisprudencia el dolo “administrativo” como un dolo civil (dolo del que al menos podemos tener cierta noción sólida). Entonces, ¿el dolo civil es lo que diferencia a la infracción administrativa de la penal?

Si es que dicho dolo “administrativo” se tratase, como dice García Caveró se ha entendido en parte de la jurisprudencia de Indecopi, de uno que se presenta cuando el autor ha continuado realizando la práctica restrictiva a pesar de haber recibido por parte de la autoridad la orden de cesar la conducta, ¿no es esto parte acaso del tipo objetivo?¹⁴

- Por lo tanto, coincidimos con Abanto en que *–aunque con las matrices que más adelante se comentarán–* para esta primera tipificación del delito de prácticas anticompetitivas, “el único elemento de utilidad práctica para efectuar la distinción tiene que estar en elemento del “perjuicio para interés económico general” (2000, p. 70). Esto, debido a que es el único elemento que, con el correspondiente desarrollo jurisprudencial o legal, podría tener un impacto

¹⁴ Piénsese en una fórmula como la siguiente: “El que, a pesar de recibir una orden de cese por parte de la autoridad administrativa competente, realiza o continúa realizando una práctica que restringe la libre competencia (...)”.

práctico en la diferenciación de los ilícitos, específicamente, en el desvalor del resultado. Sin embargo, ya vimos que dicho desarrollo no se presentó, lo que generó que, como se ha indicado, se haya vulnerado el principio de legalidad (*lex certa*).

(iv) La derogación del delito en el 2008

El 25 de junio del 2008, la legislación administrativa en materia de libre competencia cambiaría sustancialmente (y, en general, positivamente) con la publicación del Decreto Legislativo No. 1034, vigente hasta el día de hoy. Este decreto derogaría y reemplazaría en su totalidad al Decreto Legislativo No. 701.

Sin embargo, además de sus relevantes modificaciones en torno a la precisión de las conductas infractoras, así como a las nuevas facultades de las autoridades administrativas en materia de libre competencia, el mencionado decreto deroga la primera versión del delito de prácticas anticompetitivas (el ya mencionado artículo 232), a través del inciso b) de su Segunda Disposición Complementaria y Derogatoria. Misma suerte correría el artículo 233 del Código Penal, referido al delito de acaparamiento:

SEGUNDA. - Derogación expresa. -

Quedan derogadas expresamente a partir de la vigencia de la presente Ley, las siguientes normas:

- a) *El Decreto Legislativo No. 701 y sus normas modificatorias, complementarias, sustitutorias y reglamentarias; y,*
- b) *Los Artículos 232 y 233 y el Numeral 3 del Artículo 241 del Código Penal.*

Cabe mencionar que el citado decreto entró en vigor a los treinta (30) días de su publicación en el Diario Oficial El Peruano. Por lo tanto, el delito de prácticas anticompetitivas estuvo vigente en nuestro ordenamiento hasta julio de 2008.

Los motivos para esta derogatoria son mencionados en la Exposición de Motivos para la aprobación del nuevo decreto, los cuales se pueden resumir en las dos razones siguientes:

- a. A la fecha del proyecto, no se ha había procesado penalmente a ninguna persona por violaciones al Decreto Legislativo No. 701; y
- b. La posibilidad de llevar la discusión sobre la conducta anticompetitiva al ámbito penal podría generar impunidad.

Sin duda alguna, el primer motivo nos puede llevar a revalorar la necesidad de tipificar una determinada conducta. La nula aplicación práctica suele ser una razón que se esgrime cuando se evalúa la permanencia o no de un determinado tipo penal, entendiéndose que se puede tratar de un motivo de política criminal. Sin embargo, este postulado no solo es insuficiente para optar por la derogación de un delito, si no que de por sí puede derivar en inferencias erróneas.

Cabe preguntarnos, pues, si debemos eliminar ciertos delitos o incluso infracciones administrativas ya que pocas personas o ninguna están siendo denunciadas por dichos ilícitos. Arrieta (2020) hace la pregunta que cae por su propio peso: “¿deberíamos derogar el delito de genocidio porque nunca se ha procesado a nadie por él? La respuesta es evidente. La utilidad de un tipo penal no depende solo de las veces que se aplicó”. En efecto, no porque un tipo penal no esté siendo aplicado implica la desaparición del desvalor de dicha conducta.

Las razones que pueden explicar una falta de aplicación de un tipo penal pueden ser variadas: desde que no se ha presentado la conducta, hasta que exista confusión o poca claridad para su procesamiento. En todo caso, esto último es lo que se debería evaluar y, así, poder determinar si es que, posiblemente, la mejor solución podría ser una modificación legislativa, mas no directamente la derogación del tipo sin ahondar en mayor explicación.

Es más, podríamos ir más allá y preguntarnos ¿no es acaso positivo que no se esté procesando a nadie por el delito de prácticas anticompetitivas? ¿esto no implicaría acaso que el fin preventivo general del Derecho Penal está cumpliéndose y, por lo tanto, la tipificación del delito es lo suficientemente disuasoria? Ciertamente, no sería este el caso en la materia que estamos analizando, ya que las conductas anticompetitivas –inclusive las de gran bagatela– han seguido presentándose a lo largo del tiempo, pero es claro que la pobre justificación del legislador en este extremo lleva a que se puedan postular estos lógicos contraargumentos y preguntas.

La cuestión, por lo tanto, no debería ser si es que el hecho de que no se ha procesado penalmente a nadie implica *per se* la obsolescencia del tipo, sino si es que acaso este hecho deriva de que otro sistema punitivo –el administrativo sancionador– está persiguiendo y sancionando de mejor manera estas conductas.

El segundo argumento de la Exposición de Motivos es aún más burdo. El legislador indica que la criminalización de la conducta puede generar impunidad a los que están siendo sometidos en el procedimiento administrativo, ya que “tienen actualmente la posibilidad de paralizar el procedimiento administrativo si se coluden con un tercero para que los denuncie en el ámbito penal”.

En primer lugar, resulta extraño sostener que los particulares preferirían arriesgarse a afrontar un proceso penal en vez de un procedimiento administrativo. Y es que no solo

estamos hablando de sanciones mucho más graves como lo son la inhabilitación y la privación de la libertad (aspecto que el legislador también omite mencionar, diciendo, por el contrario, que en sede judicial podría obtenerse una sentencia más benévola) –las mismas que además no podrían ser asumidas directamente por la empresa–, sino también de la manifiesta carga estigmatizante que implica ser sometido a un proceso penal y, posteriormente, ser condenado. El aspecto reputacional es, pues, particularmente relevante en el sector empresarial, ya que finalmente se traduce en la confianza de sus *stakeholders* y, por ende, en ganancias o pérdidas económicas, además del estatus socioeconómico.

En segundo lugar, el legislador habla de la posibilidad de paralizar el procedimiento administrativo, ya que se estaría aperturando un proceso penal por hechos similares. Este postulado es, sin duda, interesante ya que abre la puerta a la discusión del *bis in ídem*.

Sin embargo, en vez de entrar en dicha discusión (la mera existencia de dos ilícitos que tendrían identidad de fundamento), lo que hace el legislador es argumentar, sin ningún sustento empírico, que los administrados harían uso de dicha “estrategia” o “artimaña”: no presenta casos en que se hubiera utilizado durante la vigencia de la norma. Y, nuevamente, no es concluyente que el ciudadano necesariamente prefiera la sanción administrativa a la penal.

Inclusive, a pesar de que la solución procesal (establecida en el Código Procesal Penal) a un caso de *bis in ídem* –como parece advertir el legislador– es la prevalencia del proceso penal al procedimiento administrativo, nada obsta a que, en la práctica, el fiscal o juez decida no paralizar el procedimiento administrativo. Esto, fundamentalmente, podría darse por dos (2) motivos: que, siguiendo con la tendencia jurisprudencial peruana, considere que el ilícito administrativo tiene *per se* un fundamento distinto del ilícito penal; y/o que concluya que el Indecopi es el que debe determinar, tras la conclusión del correspondiente

procedimiento administrativo, que la conducta constituyó una práctica restrictiva de la competencia¹⁵, por lo que no habría que paralizar ningún procedimiento administrativo sino que el proceso penal es el que no empezará. Y, finalmente, o es que –por aplicación del *ne bis in ídem*– ya no se iniciará el proceso penal o –por la ya mencionada de la tendencia jurisprudencial– igualmente decidirá iniciar un proceso penal.

Así, cabe hacer la pregunta: ¿no hubiese sido mucho mejor, interesante e incluso necesario analizar si la misma tipificación del delito de prácticas anticompetitivas y su eventual procesamiento vulneraban al *ne bis in ídem* en sus vertientes material y procesal? Finalmente, si es que los administrados iban a usar, según el legislador, la mencionada maniobra, entonces había espacio para la discusión. Discusión que el legislador no se atrevió a realizar y que, de haberla abordado, podría haber tenido una justificación mucho más razonable para una eventual modificación o, inclusive, para sostener la derogación del delito.

En suma, ninguno de los argumentos esgrimidos satisface la razonabilidad de la derogatoria.

No obstante, sería un error que dicha falta de justificación nos lleve a concluir directamente que el delito no debió ser derogado. Ya hemos, pues, realizado algunas preguntas que exigen un debido análisis, el mismo que realizaremos más adelante.

¹⁵ Además, era (y es) mucho más probable que el Indecopi culmine su procedimiento administrativo y que decida denunciar luego la conducta ante el Ministerio Público (finalmente, la norma administrativa a la que se remitía el artículo 232 del Código Penal antes de su derogatoria podía interpretarse de esa manera, tal como se desarrolló) a que el Indecopi, una vez detectada o recepcionada una denuncia de práctica anticompetitiva, decida directa y unilateralmente comunicarla al Ministerio Público. Lo contrario –tomando lo dicho por el propio legislador– implicaría que, por la amplitud del tipo penal, el Indecopi correría siempre el riesgo de que sus procedimientos administrativos sean paralizados.

Ahora bien, el cambio normativo se habría dado en el contexto de la implementación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos durante el entonces gobierno del expresidente Alan García¹⁶. Varios autores sugieren que una de las exigencias para la suscripción del acuerdo habría sido la descriminalización de las conductas anticompetitivas y critican principalmente dos cuestiones.

En primer lugar, que la derogación “creó la disparidad consistente en que si una empresa peruana realizaba [sic] estas actividades en los Estados Unidos podían ser perseguido penalmente, mientras que si una empresa norteamericana realizaba una conducta similar en el Perú la máxima sanción era administrativa, no penal” (Caro, 2023).

Esta crítica es muy interesante. Más allá de si efectivamente se trató de una condición por parte del gobierno de Estados Unidos al peruano, la desigualdad mencionada por Caro es cierta. Como hemos comentado, Estados Unidos no solo sanciona penalmente distintas conductas restrictivas de la competencia –y severamente–, sino que es pionera en este tipo de provisiones. Asimismo, establece disposiciones específicas para empresas extranjeras que vulneran su ordenamiento. Por lo que el que el Perú despenalice este tipo de conductas no es coherente con la tendencia global de su criminalización, impulsada por el propio Estados Unidos. Por el contrario, coloca a las empresas peruanas en una situación de desventaja y desigualdad a comparación de sus competidores estadounidenses.

¹⁶ En la Exposición de Motivos del Proyecto del Decreto Legislativo No. 1034 (2008, p. 2), se menciona que “con la finalidad de coadyuvar a la consecución de los objetivos de mejorar la competitividad económica y asegurar un impacto positivo del APC Perú - EE. UU. [(el Acuerdo de Promoción Comercial suscrito por Perú y Estados Unidos de América)] sobre el bienestar social, y en el contexto del tema “mejora del marco regulatorio”, se propone el siguiente Proyecto”. En la página 4, se señala que “en el Perú se encuentra vigente el DL 701 (1991). De acuerdo con la experiencia adquirida en su aplicación y en base a las nuevas necesidad surgidas con relación a la ampliación de los mercados producto del APC Perú - EE. UU. y del resto de acuerdos comerciales por suscribir, el presente Proyecto contiene una serie de mejoras, procurando una solución de conflictos oportuna, predecible y confiable” (2008, p. 4).

La segunda crítica que los autores han realizado es de corte más político-criminal, al indicar que este acuerdo comercial y, por lo tanto, la derogación del delito estudiado conlleva también “impunidad”. Peña Cabrera cuestiona: “¿[...] acaso, el abuso de poder económico, el acaparamiento, la competencia desleal han dejado de ser comportamientos que afecten gravemente el correcto funcionamiento de nuestro Sistema Económico, bajo las reglas de una economía social de mercado?” (2009, p. 85) Para este autor, la respuesta es negativa, ya que las mencionadas conductas “siguen generando distorsiones significativas en el bien jurídico tutelado, por lo que su despenalización sólo puede ser entendida en el marco de un desprendimiento necesario de nuestra soberanía estatal, amén de lograr el Acuerdo Comercial con USA” (Peña Cabrera, 2009, p. 85).

En esta misma línea se inscribió García Caveró, quien también objetó en su momento este proceder legislativo, en tanto, según su opinión, siguen siendo conductas que causarían estragos significativos en los intereses jurídicos tutelados, por lo que su punibilidad sería necesaria para la disuasión a los agentes económicos respecto de incurrir en dichos estados de disvalor (citado en Peña Cabrera, 2009, p. 85).

Añade Lamas Puccio que esta derogatoria implicó “un peligroso retroceso en materia del control de prácticas anticompetitivas, [en tanto] [...] “los órganos administrativos que controlan estas actividades adolecerían de una serie de prerrogativas que solo incumben a los órganos jurisdiccionales” (citado en Peña Cabrera, 2009, p. 91).

Sin duda, esta segunda crítica arraiga una discusión mucho más profunda: ¿se deben criminalizar las vulneraciones a la libre competencia? Esta pregunta, que es una de las preocupaciones centrales de este trabajo, subyace a las posteriores versiones del delito y subyacerá a aquellas nuevas que se propongan.

I.2 La reincorporación del delito de prácticas anticompetitivas: la versión del 2020

Doce años después, el 29 de agosto del 2020, en medio del convulso contexto de la pandemia del COVID-19¹⁷, el delito de prácticas anticompetitivas fue reincorporado al Código Penal mediante el artículo 1 de la Ley No. 31040 –Ley que modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración, nuevamente bajo el rótulo de “abuso del poder económico”. La nueva redacción fue la siguiente:

Artículo 232.- Abuso del poder económico

El que abusa de su posición dominante en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2 y 4.

Como se puede observar, esta nueva versión del delito de prácticas anticompetitivas tiene, a primera vista, un contenido bastante similar a su predecesora.

Antes de pasar a desarrollar las características de este injusto penal y sus respectivos cuestionamientos, cabe mencionar algunas de las críticas que se presentaron en el

¹⁷ La pandemia por el COVID-19 provocó aproximadamente 19,614 defunciones únicamente hasta el 1 de agosto del 2020 (mes en que se publicó la Ley No. 31040) y siendo el día 26 de agosto de ese mismo año, la fecha en que el Perú alcanzó el mayor índice de mortalidad per cápita del mundo, lo que convirtió al Perú, en dicho momento, en el noveno país con mayor cantidad de muertes mortales en el planeta. (Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades del Ministerio de Salud del Perú, 2020).

momento que el delito fue reincorporado a nuestro ordenamiento y cuál fue, en todo caso, la justificación que los legisladores le dieron a la criticada reincorporación.

(i) Objeciones a su reincorporación:

Así como, en el año 2008, la derogación del artículo 232 fue duramente criticada por un importante sector de la doctrina, su reincorporación también lo fue. Así, autores como Stucchi y Ballón indicaron que “no existe sustento técnico ni evidencia de que se haya analizado o de que se acredite objetivamente que el sistema administrativo de represión de conductas anticompetitivas, a cargo del [...] Indecopi [...], no haya cumplido su finalidad preventiva, correctiva y sancionadora” (2021, p. 235).

El Poder Ejecutivo, por su parte, también fue crítico a la reincorporación del artículo 232: mediante Oficio 103-2020-PR, de fecha 2 de julio de 2020, la Presidencia de la República fundamentó sus observaciones a la Ley No. 31040 a la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos.

Como observación general, el Presidente señaló que “todo tipo penal debe ser estructurado y diseñado sobre la base de los principios de legalidad, tipicidad y última ratio, subsidiariedad y fragmentariedad, además de pasar por un test de proporcionalidad, que determine su idoneidad, necesidad y la proporcionalidad de la intervención en referencia a la lesión (o puesta en peligro) grave de un bien jurídico de suma importancia, lo que incluye la determinación del marco punitivo (pena)” (2020, p. 1) y que dichas garantías están directamente orientadas al legislador.

Específicamente respecto al delito de abuso de poder económico¹⁸, “se observó la falta de evidencia de que la tutela administrativa de la competencia hubiera fallado y que, por tal razón, se requiera la intervención del Derecho Penal” (González y Yabar, 2020, p. 46).

Así, la primera crítica, tanto por parte del Ejecutivo como un sector de la doctrina, se puede sintetizar en que la regulación administrativa a través del Indecopi resultaba suficiente para la protección de la libre competencia. Esta crítica recoge también lo que la Exposición de Motivos del Proyecto del Decreto Legislativo No. 1034 indicó al momento de justificar la entonces derogación de la primera versión del artículo 232: “[...] la experiencia práctica del Indecopi [sic] ha demostrado que la persecución administrativa –y no la persecución penal– constituye la principal forma de represión y desincentivo de prácticas anticompetitivas” (Presidencia del Consejo de Ministros, 2008, p. 51).

Lo mencionado va muy de la mano de la constante –y, ciertamente, válida– observación de que el Ministerio Público, para la correcta aplicación e interpretación del tipo penal, tendría que ostentar un conocimiento técnico y económico a un nivel igual o similar al del Indecopi, lo cual, a su vez, ameritaría una mayor cantidad de recursos destinados a los fiscales para lograr este tipo de especialización en un corto o mediano plazo.

Floríndez agregaría lo siguiente:

No es eficiente ni razonable que se exija al Ministerio Público que cumpla con alcanzar un grado de especialización técnica en materia de libre competencia, sobre todo si ya

¹⁸ Además del delito de abuso de poder económico, la Ley No. 31040 reincorporó al Código Penal el delito de acaparamiento (previsto en el artículo 233 y que anteriormente también había sido derogado por el Decreto Legislativo No. 1340) y modificó los delitos de especulación (artículo 234) y adulteración (artículo 235).

existe una entidad pública que ha venido desarrollando dichas capacidades durante años. [...]

En efecto, el nivel alto de especialización alcanzado por el Indecopi se puede verificar al observar [...] [que] la probabilidad de revertir una decisión del Indecopi en el Poder Judicial es baja.

A manera informativa, desde el 2012, la eficacia del Indecopi en el Poder Judicial ha sido superior al 95%. [...] (2018, p. 214)¹⁹

No se debe olvidar tampoco que, en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo No. 1034 se indicó que “el complejo análisis de efectos anticompetitivos y la generación de eficiencias que este tipo de conductas [anticompetitivas] pueden tener en el mercado, aconseja que sea un órgano técnico y administrativo el encargado de reprimirlas, sin necesidad de recurrir a sanciones más gravosas para los agentes económicos como las de tipo penal” (Presidencia del Consejo de Ministros, 2008, p. 51).

Como se ha adelantado, esta crítica resulta válida hasta cierto punto y seguirá resonando hasta la versión actual del delito. Incluso, constituye un cuestionamiento común a otros delitos socioeconómicos que se remiten a normas de carácter administrativo.

No obstante, considero que hubiese sido muy útil para el debate respecto a la reincorporación o no del delito de prácticas anticompetitivas la mención y el desarrollo de las experiencias de éxito del Indecopi en la disuasión y prevención general de la comisión de prácticas anticompetitivas en el país. Efectivamente, se ha mencionado repetidamente

¹⁹ Los porcentajes de éxito que el autor obtuvo de las Memorias Anuales del Indecopi (2018) contienen dichos porcentajes de éxito hasta el año 2018 e incluyen todos los procesos seguidos por el Indecopi ante el Poder Judicial.

que bastan las medidas administrativas para proteger la libre competencia, pero en ningún momento se ofrece data o estadística que soporte dicha afirmación.

Así, pues, la estadística mencionada por Floríndez (95% de éxito por parte del Indecopi ante el Poder Judicial), sin duda útil para identificar la solidez de la fundamentación del Indecopi, no es útil para lo que estamos señalando. La razón estriba en que dicha estadística de “éxito” no implica un “éxito” del Indecopi frente a la comisión de prácticas anticompetitivas de los agentes económicos, sino únicamente, frente a aquellos agentes que ya han sido denunciados y sancionados administrativamente y cuestionan el resultado en sede judicial como parte de sus mecanismos impugnatorios disponibles. No es, pues, un indicador de que el Indecopi ha podido rastrear, investigar y sancionar una gran cantidad de prácticas anticompetitivas en todos esos años. Dicho porcentaje podría responder, por ejemplo, a dos o tres casos cada año y seguir siendo un porcentaje de 95% en caso los pronunciamientos hayan ido al fuero judicial.

Lo cierto es que la estadística no parece, a primera vista, favorecer mucho al Indecopi: así, entre los años 2011 y 2020 (tomando la fecha en que el delito de prácticas anticompetitivas fue reincorporado al ordenamiento penal), el Indecopi reporta²⁰ que únicamente la Dirección/Comisión de Libre Competencia ha resuelto en dicho lapso un total de treinta (30) denuncias (de parte o de oficio) relacionadas a presuntas conductas de abuso de poder económico, de las cuales *solo una (1) ha sido declarada fundada*. Asimismo, en ese mismo periodo, reporta que se han resuelto solo treinta y ocho (38) casos de prácticas colusorias,

²⁰ A través de sus “Anuarios de Estadísticas Institucionales” –de acceso público– los cuales contienen información estadística sobre la labor de las diferentes comisiones, direcciones, servicios y salas que componen el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Los anuarios consultados en <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/colecciones/3289-anuarios-estadisticos-institucionales-del-indecopi> fueron el Compendio estadístico institucional 2006-2010 y los Anuarios de estadísticas institucionales correspondientes desde el año 2011 hasta el año 2024.

de las cuales veintiséis (26) fueron declaradas fundadas. Esto significa, que *Indecopi*, en diez (10) años, sólo obtuvo veintisiete (27) resultados “positivos” (esto es, con resultado de sanción) relacionados a la conductas que son de interés para el delito analizado.

Con esto no se quiere desdeñar lo que es de conocimiento general: el Indecopi es un organismo público altamente calificado que cumple con suficiencia técnica su labor supervisora. No obstante, si lo que se buscaba defender la innecesariedad de reincorporar el delito de prácticas anticompetitivas a nuestro ordenamiento penal, definitivamente era necesaria una muestra empírica que justifique la suficiencia de la norma y el procedimiento administrativos como mecanismos disuasorios frente a la intervención penal.

Por otro lado, respecto a la crítica de que el Ministerio Público no tiene los conocimientos técnicos necesarios para hacer una valoración de tipo económico al momento de determinar si una conducta ha vulnerado la libre competencia, esta debe ser tomada con “pinzas”. Efectivamente, los funcionarios del Ministerio Público no poseen la formación técnica y económica que muchos de los especialistas del Indecopi sí poseen. Sin embargo, para que esta crítica pueda ser determinante al momento de evaluar la reincorporación o no del delito será necesario hacerse las siguientes dos preguntas: (i) ¿el tipo penal realmente exige que el fiscal tenga este tipo de conocimientos?; y (ii) para la configuración del tipo penal, ¿basta con dichos conocimientos técnicos? A estos cuestionamientos se le buscará dar respuesta con el desarrollo del tipo penal. Además, nuevamente estamos ante cuestionamientos comunes que se pueden realizar a otros tipos penales del derecho penal económico, pero que, de alguna u otra manera, han sido resueltos (fundamentalmente a través de los requisitos de procedibilidad).

Ahora bien, otra crítica que se realizó a la publicación de la Ley No. 31040 es que, con la incorporación del nuevo artículo 232 al Código Penal se genera una pérdida de eficacia de

los mecanismos de colaboración que la legislación administrativa había previsto: el Programa de Clemencia, las recompensas, el compromiso de cese y el reconocimiento de la infracción. Así, para Stucchi y Ballón, “[...] el principal efecto negativo del nuevo delito de abuso de poder económico [...] es que su persecución puede perjudicar la principal herramienta de detección de carteles con las que cuentan las autoridades de defensa de la competencia: la delación compensada o el programa de clemencia. [...] La utilización de este mecanismo se ha incrementado en el Perú en los últimos años y ha permitido una mayor detección de cárteles” (2021, p. 239).²¹

En efecto, autores como Gonzáles y Yábar han señalado que esto se debería a que “se generaría un desincentivo a los agentes económicos de colaborar con la autoridad para librarse del pago de una multa administrativa, cuando por dicha colaboración existe el riesgo de ser sancionado penalmente, [...]” (2020, p. 46)

(ii) Elementos típicos del delito

A. Tipicidad objetiva

Al igual que su versión predecesora, notamos que el artículo 232 en su versión del 2020, sanciona también dos grupos de conductas infractoras de la libre competencia: el abuso de posición de dominio y las prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios. No obstante, dos (2) primeras diferencias saltan a la vista.

²¹ Al respecto, Floríndez, mencionó que “[...] para el 2019, el Indecopi recibió 24 solicitudes para acogerse al programa de clemencia [...] e inclusive la Guía de dicho programa fue reconocida internacionalmente como “una importante herramienta para la lucha eficaz contra los cárteles en la categoría *Soft Law*” [...]” (2020, p. 216).

La primera y más evidente es que ya no hay una remisión expresa a la “ley de la materia”. Esto nos lleva a preguntarnos si es que seguimos o no ante una ley penal en blanco o, en todo caso, nos encontramos ante meros elementos normativos del tipo.

Al respecto, Floríndez ha criticado que “la tipificación anterior implicaba [...] un análisis más completo de la conducta anticompetitiva realizada, ya que, para sancionar penalmente el delito de abuso de poder económico era necesario analizar no solo el Código Penal, sino también el Decreto Legislativo No. 701” (2020, p. 208). Adicionalmente, señala que esta versión del artículo 232º podría llevar a inferir que las conductas típicas que contempla podrían no referirse a los artículos 10º, 11º y 12º del Decreto Legislativo No. 1304, “toda vez que ambos tipos no requieren de la verificación de los mismos requisitos” (Floríndez, 2020, p. 210).

Más allá de que esta versión del delito de prácticas anticompetitivas pueda o no tener un elemento que otorgue un disvalor adicional (que analizaremos más adelante), es de nuestra consideración que, a pesar de no haber una remisión expresa, los conceptos de “abuso de posición dominante” y las “prácticas y acuerdos restrictivos de la libre competencia” deben ser entendidos en los términos regulados en el Decreto Legislativo No. 1304²². Ello no solo es acorde con una interpretación histórica de la norma, sino que difícilmente dichos conceptos podrían ser definidos considerando otra norma o conocimiento extrapenal (nos encontramos, pues, en el ámbito del Derecho penal económico). Se trata, pues, de una ley penal en blanco implícita.

²² No deja de ser llamativo que esta segunda versión del delito de prácticas anticompetitivas se remita al instrumento legal (Decreto Legislativo No. 1034) que, a su vez, derogó la primera versión del delito, pues se consideró, como se ha expuesto, que la persecución administrativa de este tipo de conductas era suficiente.

Habiendo determinado ello, surge la siguiente pregunta: ¿será, entonces, el fiscal y el juez penal quienes determinen si es que se configuraron estas conductas basándose (interpretando y aplicando) en las disposiciones de la norma administrativa? Este asunto será analizado cuando hablemos de la cuestión previa (si es que la hay).

La segunda observación es respecto al alcance de las conductas punibles. A diferencia de la versión anterior del artículo 232, el abuso de posición dominante ya no se limita a los mercados monopólicos u oligopólicos, sino que podría presentarse en cualquier mercado independientemente de sus características. Respecto al segundo grupo de conductas infractoras, se observa, por el contrario, que no ha habido modificación alguna.

No obstante, como ya señalamos, la norma administrativa a la que se remite el tipo penal para completar el contenido del tipo penal ya no es el Decreto Legislativo No. 701, sino el Decreto Legislativo No. 1034. En consecuencia, los dos grupos de conductas comprendidas en el artículo 232 serían las siguientes:

1. *Abuso de posición dominante en el mercado*

Según el artículo 10°, numeral 10.2 del Decreto Legislativo No. 1034, el abuso de la posición de dominio en el mercado consiste en las siguientes conductas con efecto exclusorio, las cuales serían, por lo tanto, las conductas sancionados en esta versión del artículo 232:

- Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
- Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;

- Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación;
- Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia que resulten injustificados (la norma administrativa señala “o similares”; no obstante, no dichos contratos o cláusulas no podrán ser considerados dentro del alcance del tipo penal, por la exigencia de prohibición de analogía);
- Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;
- Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; y
- Las conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

2. *Prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios*

Ya hemos argumentado anteriormente que si bien, a primera vista, la norma penal parece diferenciar dos tipos de conductas restrictivas de la libre competencia, las “prácticas” y “acuerdos” restrictivos tienen una relación género-especie.

Ahora bien, si nos vamos al Título III del Decreto Legislativo No. 1304. veremos que dentro de lo que el legislador conoce como “conductas anticompetitivas”, tenemos a los siguientes

grupos de conductas: el abuso de la posición de dominio (respecto del cual ya nos referimos), las prácticas colusorias horizontales y las prácticas colusorias verticales. Por lo tanto, considerando que el abuso de posición de dominio ha sido mencionado de manera explícita, debemos comprender que por “prácticas” y “acuerdos” restrictivos”, estamos ante las prácticas colusorias horizontales y a las prácticas colusorias verticales, que ya hemos definido en el anterior capítulo.

Únicamente al respecto, es importante recordar que, dentro de las prácticas colusorias horizontales, hay dos tipos de conductas: aquellas sujetas a prohibición absoluta (los llamados “cárteles duros” y aquellas sujetas a prohibición relativa. Por lo tanto, el universo de conductas que podrían ser sancionadas en el ámbito penal es sumamente amplio, inclusive mayor al de las conductas que se encontraban comprendidas en la otrora versión del artículo 232 del Código Penal. Esto, sin duda, genera también cuestionamiento al principio de *última ratio* del Derecho Penal.

Comentemos brevemente, ahora, acerca de los otros aspectos dogmáticos relevantes:

a) Sujeto activo:

Este aspecto no ha variado de manera significativa a comparación de la versión derogada. Respecto a las prácticas de abuso de poder dominio, sólo podrán ser sujetos activos del delito aquellas personas naturales o jurídicas (en la práctica, se materializa lo segundo) que ostenten una posición de dominio en un determinado mercado (nuevamente, no es necesario que sea uno monopólico u oligopólico). Considerando que las personas jurídicas no pueden ser sancionadas de manera autónoma por este delito, deberá aplicarse el artículo 27° del Código Penal a modo de extensión de responsabilidad.

Por otro lado, respecto a las prácticas restrictivas de la competencia, también podrán ser sujetos activos las personas naturales o jurídicas. No obstante, si bien pudiera aplicarse la doctrina del actuar en lugar del otro, al ser el verbo rector “participar” en este tipo de prácticas, no sería necesario, debido a que las personas naturales que actúen en representación o en beneficio de las empresas podrán realizar directamente el supuesto de hecho.

b) Consumación y tentativa:

En esta versión del delito de prácticas anticompetitivas nos encontramos nuevamente con la fórmula de “*con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia*”. Habíamos señalado anteriormente que dicha fórmula sería un indicativo de que, para la configuración del delito, no sería necesario que haya una incidencia directa en la competencia o en el mercado. No obstante, también en esa versión anterior, el Decreto Legislativo No. 701 (norma a la que se remitía) establecía que la Comisión de Libre Competencia, para formular la correspondiente denuncia penal al Ministerio Público, debía estimar que se haya dado un perjuicio de tal naturaleza que se hubieran generado graves consecuencias para el interés económico general.

Como sabemos, *durante la vigencia de esta versión* del artículo 232, el Decreto Legislativo No. 1304 –norma actual de remisión– no señalaba nada respecto a una denuncia al Ministerio Público (volveremos, a continuación, sobre ello), por lo que tampoco existía (ni existe) alguna disposición que hable de un perjuicio efectivo sobre la libre competencia como un requisito para la consumación del delito.

En consecuencia, observamos que el delito, para que se consuma, no requiere que la conducta anticompetitiva haya generado una lesión efectiva a la libre competencia o la economía nacional, sino que bastará que la práctica anticompetitiva se configure.

Sin embargo, lo mencionado tampoco es absoluto, debido a que determinadas conductas comprendidas en el tipo penal sí exigen un resultado para su configuración en sede administrativa y ello no como una regla procedimental específica, sino como parte de su propia definición prescrita en la norma. Ese es el caso de los casos de abuso de posición de dominio, cuya definición incluye la obtención de beneficios y el perjuicio a competidores reales o potenciales.

B. Tipicidad subjetiva

Comentamos ya que, dependiendo de la teoría del delito que se adopte, podemos obtener distintos resultados acerca de cuándo este delito puede configurarse en su modalidad dolosa. Y, siguiendo la teoría normativa del delito, bastaría con que el autor tenga conocimiento de que ha abusado de su posición de dominio en el mercado relevante o ha participado en prácticas anticompetitivas para que se configure el delito.

Comentamos también que la fórmula de “con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia” podría ser considerado un elemento subjetivo adicional del dolo, tal como ha señalado Caro Coria; sin embargo, podría señalarse que esta fórmula sigue redundando en el dolo directo, al preguntarnos qué tipo de prácticas no tendrían realmente dicho objetivo. Volveremos a mayor profundidad al respecto cuando analicemos la versión vigente del delito que también mantiene esta fórmula.

(iii) Requisito de procedibilidad o cuestión prejudicial

Comentamos ya que, a diferencia de la versión predecesora, en esta ni la norma administrativa a la que se remite ni la Ley No. 31040 que reincorporó el delito al ordenamiento penal establecen que el Indecopi será el encargado de denunciar este tipo de prácticas, ni que se requiere algún informe de su parte para que el Fiscal provincial inicie la acción penal, ni mucho menos se establece que se debe agotar la vía administrativa que sanciona la conducta infractora antes de ir a sede penal.

Así, esta versión del delito de prácticas anticompetitivas traía dos (2) principales problemas o cuestionamientos: (i) ¿es el fiscal y, eventualmente, el juez penal el que determinará si la práctica anticompetitiva se configuró a partir de las definiciones establecidas en el Decreto Legislativo No. 1034 al que se remite?; y, de no ser ese el caso –es decir, que debe ser el Indecopi el que indique efectivamente la conducta anticompetitiva se presentó–, (ii) ¿cómo es que funcionaría dicha comunicación por parte del Indecopi al fiscal provincial? En otras palabras, la pregunta clave es si es que hay un requisito de procedibilidad implícito en la versión del artículo 232 del 2020.

Floríndez, al respecto, señala que esta versión no obliga expresamente a que exista un pronunciamiento previo del Indecopi para el inicio de la investigación penal correspondiente, por lo que podría correr el riesgo de que las consecuencias de aplicar la norma administrativa. Para este autor, se podría presentar un problema de atipicidad, debido a que se podría arribar a consecuencias administrativas y penales completamente diferentes. (2020, p. 210)

Sin duda, la imprecisión de la norma penal y el silencio al respecto en la ley que reincorporó el delito y en el Decreto Legislativo No. 1034 (la versión de entonces), podrían haber llevado a pronunciamientos contrarios durante este periodo. Por esto último y, sobre todo, por la necesidad de que sea el organismo técnico especializado e investido para dicha función el

que concluya la existencia de la conducta infractora, es que consideramos que tanto el fiscal como el juez no podrían haber determinado la existencia de la conducta anticompetitiva (esto es, la infracción administrativa). Determinar si una conducta constituye un abuso de posición dominante o un acuerdo restrictivo implica un análisis económico-jurídico complejo (piénsese en la definición de aspectos como “mercado relevante”, “cuotas de mercado”, “ponderación de eficiencias”, etc.), competencia técnica especializada que la ley ha conferido al Indecopi.

Efectivamente, una interpretación sistemática de las normas penal y administrativa nos llevan a dicha conclusión. Así, en la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo No. 1034, se establece lo siguiente:

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. - Competencia primaria. -

El control de las conductas anticompetitivas se encuentra regido por el principio de competencia primaria, el cual corresponde al INDECOPI y al OSIPTEL, según lo establecido en las leyes respectivas. No podrá recurrirse al Poder Judicial sin antes haber agotado las instancias administrativas en dichos organismos.

Por lo tanto, la comunicación del Indecopi respecto a que ha determinado previamente la configuración de una infracción administrativa (que se ha vulnerado el Decreto Legislativo No. 1034) debió constituir, en nuestra opinión, un requisito de procedibilidad para la formalización de la investigación preparatoria. Sin embargo, como se sabe, la invocación de una cuestión previa (remedio ante la omisión de requisitos de procedibilidad) requiere,

tal como lo establece el 4° del Código Procesal Penal²³ (ya vigente en ese entonces), la existencia de un requisito de procedibilidad **explícitamente previsto en la ley**.

No obstante, lo que sí se podría haber presentado era una cuestión prejudicial. Tal como lo establece el artículo 5 del Código Procesal Penal, *“la cuestión prejudicial procede cuando el Fiscal decide continuar la Investigación Preparatoria, pese a que fue necesaria en vía extra-penal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho inculcado”*. Esta figura no requiere estar mencionada de manera expresa en el tipo penal para surtir efectos, ya que se desprende de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico y; en este caso, del principio de competencia primaria consagrado en el propio Decreto Legislativo No. 1034.

Así, la configuración de la infracción administrativa por parte del Indecopi se erige como una cuestión de fondo, previa y necesaria para el proceso penal, análoga a lo que puede representar la declaración de propiedad de un bien en un delito de usurpación o la nulidad de un acto administrativo en un delito de prevaricato. Por tanto, debido a la carencia de un presupuesto sustancial esencial para la verificación del hecho delictivo, es que la vía idónea podría haber sido la invocación de una cuestión prejudicial que, en la práctica, habría consistido en la suspensión del proceso hasta la existencia de un pronunciamiento de carácter definitivo en sede administrativa.

En esta misma línea, se inscribe Floríndez, al señalar que “una interpretación sistemática del nuevo artículo 232 del Código Penal y de la Ley de Competencia podría llevarnos a la conclusión de que, a pesar de no haber sido expresamente mencionado en la norma penal,

²³ **Artículo 4.- Cuestión previa. -**

1. La cuestión previa procede cuando el Fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria omitiendo un requisito de procedibilidad explícitamente previsto en la Ley. Si el órgano jurisdiccional la declara fundada se anulará lo actuado. [...]

es necesario que el Indecopi se pronuncie previamente sobre la existencia de una práctica anticompetitiva antes de que esta pueda ser conocida en la vía penal.” (2020, p. 212)

(iv) Consideraciones desde los principios del *ius puniendi*

Corresponde ahora comentar qué observaciones se pueden plantear a la segunda versión del delito de prácticas anticompetitivas en relación con los principios del *ius puniendi* estatal.

Empecemos así con el principio de legalidad:

- Respecto a una posible vulneración del mandato de *lex certa*, considero que, a pesar de que esta tipificación no se remitió de forma expresa a ninguna norma administrativa (“la ley de la materia”), esto no significa que la norma penal haya vulnerado el mandato de certeza, en tanto es posible interpretar que se trata de una ley penal en blanco implícita.
- Al igual que con la anterior versión, tampoco ha habido una infracción al mandato de *lex stricta*, ya que –justamente con el fin de evitar este escenario– las disposiciones del Decreto Legislativo No. 1034 deben interpretarse restrictivamente, lo que provoca que no se deba considerar a las cláusulas abiertas como parte del universo de conductas susceptibles de ser perseguidas penalmente.
- Sin perjuicio de lo mencionado, hemos hecho bastante incidencia en que idealmente se debió haber incluido un requisito de procedibilidad consistente en la comunicación del Indecopi al Ministerio Público respecto de su determinación en el ámbito administrativo de la conducta infractora que forma parte del tipo penal del artículo 232, ya que es la Comisión de Libre Competencia la que tiene

el deber primario y la capacidad técnica-especializada de concluir si se ha configurado una práctica anticompetitiva (incluyendo el abuso de poder económico).

Esta omisión que, en nuestra opinión, causa un escenario de *inseguridad jurídica* (a pesar de que nuestra interpretación jurídica sostiene que podría alegarse, en todo caso, una cuestión de prejudicialidad en una eventual investigación penal) puede cobrar relevancia en caso se investiguen en la actualidad conductas infractoras pertenecientes a este periodo. Así, en el hipotético caso que se haga pública una determinada práctica colusoria que sucedió entre los años 2021 y 2022, el Fiscal podrá considerar que no se exigía en ese entonces una resolución administrativa previa del Indecopi e iniciar la investigación penal, a la par que se puede iniciar un procedimiento administrativo por parte de la Comisión de Libre Competencia. Sin duda, un fiscal diligente debería esperar a que, en todo caso, se termine el procedimiento administrativo, pero nada obsta a que el Fiscal opte por otro camino que pueda llevar, finalmente, en sede judicial a una decisión incoherente e incluso contradictoria con la sanción administrativa (en caso se imponga).

Inclusive, considerando la regla contenida en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal, el cual establece que la interdicción de la persecución penal múltiple y, específicamente, que “el derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo”, el juez penal podría inadmitir la cuestión prejudicial e incluso ordenar la paralización del procedimiento administrativo hasta que se resuelva el proceso penal, bajo el argumento de evitar una eventual caso *bis in ídem* (de considerar el juez que se configura).

Esto nos lleva a reflexionar sobre las posibles observaciones al principio de *ne bis in ídem*. A diferencia de la anterior versión, durante la vigencia de esta, se puede detectar un único elemento que pretende discriminar al ilícito administrativo del ilícito penal: que la práctica se realice «con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia». Sin embargo, como hemos señalado, parece complicado que dicha fórmula –que puede entenderse, como algunos autores lo hacen, como un “elemento subjetivo adicional al dolo” o de “tendencia interna trascendente”– sea de fácil comprobación en la práctica o, en todo caso, puede significar algo realmente distinto al dolo directo.

Como se mencionó la regla establecida en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal brinda como solución ante estos casos la prevalencia del proceso penal por sobre el administrativo. Sin embargo, ello no debería significar que el proceso penal deba “absorber” al procedimiento administrativo y, por ende, que el Indecopi “espere” a qué es lo que dice el juez penal sobre si se ha materializado la conducta anticompetitiva, debido a que es el Indecopi el llamado a determinar la acción infractora.

Al respecto, Stucchi y Ballón plantean una interesante solución: que, a pesar de la declaración en sede administrativa sobre la configuración de la infracción, el Indecopi se inhiba de sancionar a la persona natural que directamente realizó la conducta anticompetitiva y solicite al Ministerio Público la evaluación de la denuncia penal que corresponda (2021, p. 241). Esto, no obstante, no escapa de una cuestión importante: que prácticamente todo el espectro de conductas anticompetitivas sería únicamente sancionado en el ámbito penal por la gran apertura del tipo penal. Esto hace manifiesta la necesidad de volver a la discusión del *ne bis in ídem* material.

Finalmente, y relacionado a esto último, hemos hecho mención de que esta versión del tipo penal comprende a todas las conductas anticompetitivas previstas en el Decreto Legislativo

No. 1034, siendo, por lo tanto, el espectro de esta segunda versión del artículo 232 demasiado amplio. Esto, en consecuencia, genera un cuestionamiento respecto de un principio fundamental del *ius puniendi*: **el principio de última ratio del Derecho Penal**. ¿Es pues, realmente, necesario sancionar penalmente absolutamente todas las conductas comprendidas en la norma administrativa? ¿No debe, pues, dejarse al Derecho Penal las conductas más gravosas contra los bienes jurídicos o, en todo caso, los ataques más graves a la vigencia de la norma?

En esta línea también han opinado ciertos autores. Floríndez, por ejemplo, comenta que “de insistirse con la criminalización de las prácticas anticompetitivas, dicha consecuencia debería ser aplicable únicamente a las conductas más gravosas (i.e. colusiones horizontales sujetas a prohibición absoluta), de modo que se atienda a la naturaleza de última ratio del derecho penal.” (2020, p. 212)

Estas últimas consideraciones respecto al alcance de las conductas típicas comprendidas en esta versión del artículo 232 –sin duda, importantes, debido a que seguimos buscando cuál puede ser la mejor técnica legislativa– nos llevan a preguntarnos si es que podría tener alguna implicancia práctica en el presente. Es decir, si nos encontramos ante hechos que sucedieron durante la vigencia de esta versión. Al respecto, consideramos que este gran universo de conductas ya no podría ser imputado por un fiscal, debido al mandato de *retroactividad en favor del reo*. En otras palabras, como veremos, al encontrarse la versión actual del artículo 232 limitada solo a un número reducido de prácticas anticompetitivas, ya no podrá perseguirse las otras conductas, debido a que la reforma legal del delito evidencia que ya no existe un reproche penal respecto a dichas otras prácticas.

Habiendo hecho todo este recorrido por las anteriores versiones del delito de prácticas anticompetitivas, corresponde ahora analizar la versión que se encuentra vigente en

nuestro ordenamiento jurídico desde el año 2023. Veamos, entonces, si es que las cuestiones y posibles soluciones planteadas fueron absueltas por el legislador o si aún hay aspectos que observar.

II. La versión vigente del delito de prácticas anticompetitivas: la modificación del 2023

El día 7 de junio del año pasado, se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley No. 31775 –Ley que modifica el Código Penal, Decreto Legislativo 635, a fin de precisar el tipo penal del delito de abuso del poder económico, y el Decreto Legislativo 1034.

La nueva tipificación del delito de prácticas anticompetitivas sería la siguiente:

Artículo 232. Abuso del poder económico

El que participa en acuerdo o práctica anticompetitiva sujeto a una prohibición absoluta establecida en el Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, o norma que lo sustituya, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2 y 4.

A primera vista, podemos notar que se mantiene erróneamente el rótulo de “abuso del poder económico”, siendo ahora más equivocado que nunca porque, a diferencia de las anteriores versiones, *ya no se sancionan las prácticas de abuso de posición de dominio.*

Sin embargo, más allá de ello (y a partir de ello), observamos también que la tipicidad objetiva dista considerablemente de sus otras versiones. Empecemos, pues, describiendo este aspecto para luego pasar a las relevantes reglas procesales que la Ley

No. 31775 ha incluido. Y, al finalizar este acápite, esbozaremos nuestras principales consideraciones respecto a posibles afectaciones a los principios que limitan el ejercicio punitivo del Estado.

II.1 Elementos típicos del delito

Al igual que con las anteriores ediciones del delito de prácticas anticompetitivas, analizaremos sus elementos típicos y si se ha regulado algún requisito de procedibilidad que habilite la posible interposición de una cuestión previa (si bien esto último implica un mecanismo de carácter procesal).

(i) Tipicidad objetiva

Con esta nueva tipificación del artículo 232, se puede observar que la principal modificación consiste en que las prácticas anticompetitivas tipificadas y, por ende, con relevancia penal, *quedan circunscritas únicamente a los acuerdos anticompetitivos sujetos a prohibición absoluta*. Y, en esta oportunidad, hay una **remisión expresa al Decreto Legislativo No. 1034**.

Por lo tanto, nos encontramos ante una ley penal en blanco expresa, estática (Decreto Legislativo No. 1034) y también dinámica debido a que incluye en la remisión a “la norma que lo sustituya”.

Así, según el Decreto Legislativo No. 1034, los acuerdos anticompetitivos sujetos a prohibición absoluta o “*per se*” se encuentran previstas en el párrafo 11.2 del artículo 11° y consisten en los **acuerdos colusorios horizontales inter marca**, siempre que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, **y que tienen por objeto:**

1. *La fijación de precios u otras condiciones comerciales o de servicio;*

2. *La limitación de la producción o las ventas;*
3. *El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o*
4. *El establecimiento de posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación correspondiente, así como en subastas públicas y remates.*

Se tratan, pues, de los llamados cárteles “duros” o “desnudos”. No se prohíbe, por lo tanto, cualquier tipo de acuerdo o práctica anticompetitiva, ni, inclusive, cualquier acuerdo horizontal: únicamente las que están sujetas a esta prohibición absoluta. Por consiguiente, son irrelevantes para efectos penales aquellas prácticas descritas en el artículo 11.1 del Decreto Legislativo No. 1034, literales d, e, f, g, h, i y k, ya que contra ellas rige únicamente la regla de la prohibición relativa (misma regla aplicable a las prácticas colusorias verticales –también excluidas del alcance del tipo penal).

Ahora bien, ya hemos desarrollado en el anterior capítulo qué implica una prohibición absoluta. Recordando, este tipo de prohibición implica que, para la determinación de la conducta infractora, no se requiere probar la producción de efectos negativos para la libre competencia ni para los consumidores, bastando con verificar la existencia de la práctica que se reputa anticompetitiva.

En otro orden de ideas, el lector ya debió haber advertido que, dentro del alcance del delito, se incluye al establecimiento de posturas o abstenciones en licitaciones, concursos públicos, entre otras formas de contratación o adquisición pública, lo que difiere de la primera versión del delito de prácticas anticompetitivas. Ello se debe a que, hasta el año 2008, el numeral 3 del artículo 241° que comprendía la concertación con el objeto de alterar precios en el marco de remates, licitaciones y concursos públicos se encontraba vigente; y,

por consiguiente, dicho tipo penal era el que contenía ese tipo de prácticas anticompetitivas en aplicación del criterio de especialidad.

Encontrándose derogado el numeral 3 del artículo 241° hasta hoy, el establecimiento de posturas o abstenciones en este contexto vuelve a estar comprendida dentro del alcance del artículo 232. No obstante, en caso la práctica colusoria en los mencionados contextos haya tenido como medios comisivos (i) la solicitud o aceptación de regalos o promesas para dichas abstenciones o (ii) el uso de amenazas, dádivas, promesas u otro artificio para intentar alejar a los postores, se tendrá que aplicar necesariamente los numerales 1 y 2 del artículo 241° que contemplan dichos supuestos, respectivamente, haciendo gala del criterio de especialidad para solucionar el aparente conflicto normativo. Por el contrario, las demás formas mediante las cuales se hubiese logrado una abstención en el concurso público (como un simple acuerdo entre los postores) sí se encontrarán comprendidas en el delito de prácticas anticompetitivas.

A. Sujeto activo:

En tanto el universo de prácticas anticompetitivas sancionables penalmente se reduce significativamente, lógicamente también lo hará el universo de quiénes podrán ser sujetos activos del delito: aquellos que participan en los acuerdos colusorios sujetos a prohibición absoluta. Como comentábamos en el anterior acápite, se trata de un delito especial y, debido a que basta una interpretación fáctica de los elementos del tipo penal para justificar la imputación penal al integrante de la empresa, no resulta necesariamente imperativo acudir al artículo 27° (institución del “actuar en el lugar del otro”).

La diferencia con las anteriores versiones se encuentra en que ya no se trata de que el sujeto activo deba tener la categoría de competidor o agente en cualquier mercado

relevante, sino que necesariamente deben ser competidores *inter marca*; esto es, que compiten entre sí en un mismo nivel de la cadena de producción o distribución.

B. Consumación y tentativa:

Llama la atención cómo la fórmula «*con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia*» ha perdurado a lo largo de todas las versiones del delito de prácticas anticompetitivas –esto es, desde 1991 hasta la actualidad– sin ninguna modificación. Sin perjuicio de las críticas que pueden hacerse a ella y que retomaremos luego, es claro que dicha fórmula –aunado a que el artículo 232 y la Ley No. 31775 no establecen ningún elemento típico adicional– no exige que haya una incidencia directa en la competencia o en el mercado para que se configure el tipo penal. Esto revela la naturaleza de este delito como uno de peligro abstracto, por lo que, para su consumación, bastará con que el acuerdo se presente.

A diferencia de otras conductas anticompetitivas que requieren que la autoridad administrativa pruebe los efectos negativos para la competencia y para el bienestar de los consumidores (como en las prácticas sujetas a prohibición relativa), en las prácticas sujetas a prohibición absoluta, solo bastará que el Indecopi pruebe la existencia de la conducta infractora (es decir, que los acuerdos colusorios horizontales *inter marca* se llevaron a cabo), sin necesidad de verificar sus efectos. Podemos ver así que la regulación administrativa tampoco exige una lesión efectiva para determinar la conducta infractora.

Respecto a la tentativa, lo cierto es que el tipo penal, al sancionar este tipo de acuerdos restrictivos, ya se encuentra criminalizando actos preparatorios –propios de la concertación. Por ello, García Caverro concluía que difícilmente se podría sostener una tentativa. Al no haber un elemento típico adicional (como sí lo había en la primera versión del delito, que establecía que la práctica debía generar graves consecuencias en el interés económico

general), coincidimos con la postura de dicho autor, ya que, lo contrario, podría llevarnos a una duplicación innecesaria de punibilidad, sancionado “acuerdos para llegar a acuerdos”.

(ii) Tipicidad subjetiva

Los acuerdos colusorios horizontales sujetos a prohibición absoluta se sancionan a título de dolo, no cabiendo la realización a título de culpa o imprudencia del hecho. Según la teoría de imputación subjetiva que se asuma (un dolo volitivo o un dolo cognitivo), podríamos llegar a diferentes resultados respecto de su configuración.

Asumiendo la corriente del dolo cognitivo, se debe recordar que, para que un agente haya actuado con dolo, será suficiente que “se haya representado como posible que el resultado podía acaecer (teoría de la representación) o haya actuado con conciencia de estar creando un riesgo “elevado” de realización del tipo penal (teoría de la probabilidad)” (Alcócer, 2018, p. 139).

Asimismo, dicha teoría trae a colación el concepto de los “conocimientos mínimos asociados al rol desempeñado” (Alcócer, 2018, p. 143), el cual establece que “para atribuir o imputar el conocimiento a una persona deberá tomarse en cuenta la posición jurídica que ocupe el agente en el concreto contexto de interacción en el que desarrolle su comportamiento” (Reaño, 2009, p. 80).

Dicho esto, el sujeto activo del delito de prácticas competitivas habrá actuado con dolo si es que, de forma objetiva, se ha evidenciado que tuvo conocimiento de los elementos fácticos que constituyen el acuerdo (la concertación con competidores *inter marca* sobre precios, clientes, zonas geográficas, etc.) y fue consciente del riesgo elevado –o, al menos, probable– de que su conducta restringiría o afectaría el proceso competitivo. Y, en aplicación de los “conocimientos mínimos asociados al rol desempeñado”, no resultará

atendible que el empresario alegue desconocimiento del carácter anticompetitivo de este tipo de acuerdos, máxime si es que no son complementarios o accesorios a acuerdos lícitos. En efecto, quien opera en un mercado posee el deber mínimo de conocer las reglas de la competencia, y la participación en un cártel representa, por sí mismo, la asunción consciente de un riesgo jurídico-penal intolerable.

En lo que respecta a la fórmula «*con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia*», que puede ser entendida como un elemento subjetivo adicional del tipo, esta plantea, en nuestra opinión, dificultades dogmáticas y prácticas. Desde la teoría del dolo cognitivo asumida, este “objeto” o finalidad se halla intrínsecamente contenido en el dolo mismo del agente. Siguiendo la línea de Abanto, la participación en un acuerdo colusorio sujeto a prohibición absoluta llevaría implícita la conciencia y aceptación de que su objeto o consecuencia previsible es, precisamente, restringir la competencia (2000, p. 69). Por lo tanto, bajo esta perspectiva, la mencionada fórmula no añade un plus de desvalor que diferencia cualitativamente el ilícito penal del administrativo, sino que simplemente redundaría en describir el dolo típico ya exigido.

Además, esta superposición generaría un problema probatorio: si la finalidad anticompetitiva es un elemento subjetivo adicional al dolo, la carga de la prueba para el Ministerio Público se complicaría considerablemente, ya que deberá acreditar en el ánimo del acusado una intención específica que va más allá de la mera voluntad de concertarse con sus competidores. Así, cualquier defensa técnica podría esgrimir plausiblemente que el objeto real del acuerdo era, por ejemplo, lograr eficiencias, y que la distorsión de la competencia era solo una consecuencia lateral no deseada. De ahí que, bajo la teoría clásica de la imputación subjetiva, este elemento subjetivo adicional, aunque teóricamente podría otorgar el “plus de gravedad” del que habla Caro Coria (2023), en la práctica puede

llegar a convertirse en una puerta abierta a la impunidad, al hacer extremadamente difícil la demarcación entre la infracción administrativa y el delito.

Sin perjuicio de lo indicado, hay una razón aún más evidente de por qué dicha fórmula no permite diferenciar a los dos ilícitos que hemos reservado hasta este punto: **la propia norma administrativa, al momento de definir a las práctica colusorias horizontales, establece que estas deben tener el “objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia”²⁴.**

Ergo, más allá del debate sobre si esta fórmula subjetiva agrava la conducta o representa un intento de diferenciar ambos ilícitos, lo cierto es que resulta un criterio insuficiente y disfuncional para superar el estándar de subsidiariedad del derecho penal. Lejos de operar como un filtro claro y objetivo que justifique la intervención punitiva, introduce una ambigüedad tal que, dependiendo de la teoría del delito y del dolo que se adopte, o bien se vuelve redundante o bien se vuelve un obstáculo probatorio que socava la eficacia de la norma. En consecuencia, la delgada y casi imperceptible línea que pretende trazar entre ambos ilícitos demuestra su incapacidad para defender la función de *última ratio* del derecho penal respecto a este delito.

²⁴ **Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales. -**

11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí **que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia**, tales como:

(a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; [...]. (Énfasis agregado)

II.2 Aspectos procesales respecto de la aplicación del delito

La Ley No. 31775 no solo modificó sustancialmente el tipo penal, sino que también estableció reglas de índole procesal, las cuales son descritas en orden a continuación.

(i) Requisito de procedibilidad:

El artículo 2 de la Ley No. 31775 modifica el artículo 36 del Decreto Legislativo No. 1034 – que, hasta entonces, no había estipulado nada relacionado a alguna comunicación o denuncia por parte del Indecopi al Ministerio Público– indicándose que se incorpora el numeral 36.4 en los siguientes términos:

“Artículo 36.- Resolución final

[...]

*36.4. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) y el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel) en el **plazo máximo de 5 días hábiles contados a partir de la emisión de la resolución firme** sobre la existencia de un acuerdo o práctica anticompetitiva sujeto a una prohibición absoluta establecida en el Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, o norma que lo sustituya, **pone en conocimiento del Ministerio Público, bajo responsabilidad institucional, dicha resolución** así como la calidad de la identidad del delator”. (Énfasis añadido)*

Asimismo, la Ley No. 31775 indica, en su segunda disposición complementaria final, lo siguiente:

SEGUNDA. Investigación preparatoria por delito de abuso del poder económico

*El Ministerio Público, en su calidad de titular de la acción penal, una vez que toma conocimiento de la resolución a que hace referencia el párrafo 36.4 del artículo 36 del Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, incorporado por la presente ley, **inicia investigación preparatoria por la comisión del delito de abuso del poder económico establecido en el artículo 232 del Código Penal.** (Énfasis añadido)*

Volvemos a tener así, en el delito de prácticas anticompetitivas, un requisito de procedibilidad, esta vez, más preciso que en la versión del 1991 (donde no quedaba claro en qué iba a consistir la comunicación del Indecopi al fiscal). Así, cuando la sanción administrativa alcance su firmeza, el Indecopi deberá comunicar dicho hecho al Ministerio Público. El hecho de que ese deber sea bajo responsabilidad institucional es muy relevante, debido a que ya no queda sujeta a la discrecionalidad del Indecopi la comunicación de estas conductas. Tampoco queda en él, como pasaba en la primera versión, la potestad de determinar algún elemento típico adicional a la de la mera infracción administrativa, lo cual constituye también un aspecto positivo.

El requisito de procedibilidad termina por configurarse cuando se indica que la investigación fiscal requiere previamente de dicha comunicación por el Indecopi. Por consiguiente, se habilita así al denunciado a interponer una **cuestión previa** en caso el Fiscal Provincial no haya recepcionado previamente la resolución administrativa firme que declara su responsabilidad administrativa por la conducta cartelaria.

No obstante –y he aquí lo problemático de esta inclusión– no se ha prescrito que simplemente, sin dicha resolución, el Fiscal no podría formalizar su investigación y, por ende, el juez penal no podría sancionar; sino que se ha establecido que el Fiscal *necesariamente deberá iniciar* investigación preparatoria. En efecto, la citada disposición

complementaria final está redactada de manera imperativa: el Ministerio Público, una vez que toma conocimiento, **inicia** investigación preparatoria.

Es fácilmente advertible que se trata de una disposición con vicios de inconstitucionalidad. Al respecto, Caro (2023) señala que estamos ante “una regla inconstitucional porque dicha etapa exige precisión de cargos (imputación necesaria, sospecha reveladora según Sentencia Plenaria Casatoria No. 1-2017) y previo derecho de defensa, lo que no puede respetarse si la sanción del Indecopi se convierte, sin más, en una disposición fiscal de preparatoria.”

En todo caso, consideramos que se está vulnerando la atribución constitucional y legalmente establecida del Ministerio Público (artículo 159° de la Constitución Política del Perú y artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal, respectivamente): promover y ejercer la acción penal, en tanto titular de esta. Lo ideal hubiese sido establecer, en efecto, el requisito de procedibilidad, pero que sea el Fiscal el que decida si formaliza o no la investigación preparatoria. Ya comentamos anteriormente casos en los que el Fiscal podría decidir no formalizar una investigación preparatoria a pesar de contar con un pronunciamiento previo del Indecopi.

(ii) Exención de responsabilidad penal para el primer delator:

Finalmente, la Ley No. 31775, en su primera disposición complementaria final, respecto a la exención de responsabilidad penal que surge desde el ámbito administrativo, establece lo siguiente:

PRIMERA. Exención de responsabilidad penal

*En concordancia con la aplicación del artículo 232 del Código Penal, modificado por la presente ley, **queda exento de responsabilidad penal quien hubiese obtenido***

la exoneración total de sanción bajo los alcances del artículo 26 del Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, o norma que lo sustituya. Si la identidad del sujeto activo fue declarada reservada en sede administrativa, mantendrá el mismo carácter en sede penal.

Así, otra novedad de la nueva versión del delito de prácticas anticompetitivas consiste en la exención de responsabilidad penal para quien hubiese obtenido la exoneración total de sanción administrativa por acogimiento al Programa de Clemencia del Indecopi, cuyos alcances se encuentran regulados en el artículo 26° del Decreto Legislativo No. 1034.

Esta modificación, en nuestra opinión, permite solucionar una de las mayores críticas formuladas a la anterior regulación legal al compatibilizar y extender los efectos liberadores de responsabilidad administrativa del ámbito penal, cuando menos, para quien acogido al Programa de Clemencia obtiene exoneración total en el ámbito administrativo. Dicha persona consiste en el **primer agente económico** (“primer *ticket*”) que se hubiera acogido al mecanismo administrativo de clemencia compensada, sea aportando elementos de prueba respecto de la existencia de la conducta anticompetitiva, sea contribuyendo con la identificación de los infractores.

No obstante, el resto de los agentes económicos que, en el marco del Programa de Clemencia del Indecopi, no obtuvieron la exoneración total de la multa aplicable, quedarían expuestos a responsabilidad penal. Cabe preguntarse si ello podría generar que los agentes económicos que no se encuentren en dicha situación se vean desincentivados a presentar ante el Indecopi solicitudes de beneficios tras la detección inicial del presunto cártel. ¿Esto generaría que se pierdan colaboraciones que pudieran resultar valiosas? Y, por

consiguiente, ¿sería acaso sugerible que la extensión del ámbito penal de los efectos eximentes tuviese mayor amplitud?

Frente a estas interrogantes, consideramos que extender la exención penal más allá del “primer *ticket*” no necesariamente solucionaría el supuesto desincentivo planteado, sino que podría producir un efecto contrario. Podríamos pensar en *otro* escenario hipotético: una “carrera estratégica” entre los cartelistas, quienes ante la expectativa de lograr a la vez exoneraciones o atenuaciones ante el Indecopi y de exenciones en el ámbito penal, podrían plantear incurrir en los acuerdos ilícitos sabiendo que tienen una “válvula de escape” de una clemencia colectiva previsible en ambos ordenamientos (siempre que puedan detectar una eminente denuncia de parte). Por el contrario, la predictibilidad del “primer *ticket*” podría generar un incentivo correcto: una competencia entre los propios infractores por ser el primero en colaborar (ya que sería el único que recibiría la exoneración total), lo cual, a su vez, podría acelerar la desarticulación y/o detección del acuerdo colusorio.

Sin perjuicio de lo señalado, esta regla no está exenta de críticas. A modo de ejemplo, Carlos Caro (2023) critica esta disposición al considerarla de dudosa constitucionalidad, en tanto si bien la delación administrativa sería similar a la colaboración eficaz en el proceso penal, no sería igual de exigente como esta última institución. Una solución a esta cuestión podría ser fortalecer el estándar de valoración del Indecopi para aplicar la exoneración en el marco del Programa de Clemencia, con el fin de acercarlo al de la institución penal.

II.3 Análisis desde los principios del *ius puniendi*

Al igual como hemos venido haciendo a lo largo de este capítulo, corresponde ahora hacer un análisis de la actual tipificación del delito de prácticas competitivas desde las garantías del derecho penal que restringen el poder punitivo del estado.

(i) Principio de legalidad

Al igual que con las anteriores versiones del artículo 232, no consideramos que haya alguna transgresión al mandato de *lex certa* (prohibición de leyes y penas indeterminadas), debido a que el uso de las leyes penales en blanco constituye una técnica legislativa más que aceptada en el derecho penal y, particularmente, de uso extendido en el Derecho Penal Económico. En este caso, estamos ante una ley penal en blanco explícita que implica una remisión al Decreto Legislativo No. 1034, norma que define a las prácticas colusorias horizontales sujetas a prohibición absoluta.

Respecto al mandato de *lex stricta*, tampoco se presenta una brecha a la misma en tanto el numeral 11.2 del artículo 11° del Decreto Legislativo No. 1034 delimita adecuadamente el concepto de acuerdos colusorios horizontales sujetos a prohibición absoluta, señalando que se tratan de acuerdos intermarca que no son complementarios a acuerdos lícitos y que tienen por objeto cuatro (4) conductas (o grupos de conductas específicas). A diferencia de las anteriores versiones, no es necesario realizar una interpretación restrictiva de la norma administrativa para “salvar” este principio.

En conclusión, no consideramos que la tipificación actual del delito de prácticas anticompetitivas vulnere el principio de legalidad en sus correspondientes vertientes.

(ii) Principio de *última ratio* del Derecho Penal

Aunque en menor medida que en las anteriores versiones –cuyas tipificaciones eran excesivamente amplias, comprendiendo, sobre todo en la versión del 2020, casi la totalidad de conductas anticompetitivas comprendidas en la ley administrativa– consideramos que pueden seguir presentándose cuestionamientos al principio de *última ratio* del Derecho Penal.

En efecto, estamos ahora ante un universo mucho más reducido de prácticas anticompetitivas y saludamos que se tratan de aquellas que son consideradas por la doctrina y la experiencia como las más lesivas para el proceso competitivo: los “*hardcore cartels*”. No obstante, no se debe olvidar que no todas las conductas sujetas a prohibición absoluta, a pesar de tener dicha presunción o regla para su probanza en el ámbito administrativo, generan graves consecuencias para la competencia y, en general, para el interés económico general. Incluso, puede que el acuerdo y, por ende, sus efectos no se hayan materializado. Recordemos que para Indecopi basta con determinar que se realizó el acuerdo.

Concluyendo, a pesar del acertado acotamiento del tipo penal, aún quedan cuestionamientos vinculados a la fragmentariedad del Derecho Penal.

(iii) Principio de *ne bis in ídem*

En lo que respecta al principio de *ne bis in ídem* consideramos que la versión actual no soluciona las observaciones esbozadas a sus ediciones anteriores, sobre todo desde el punto de vista material.

Gracias al requisito de procedibilidad, ya no subsiste duda de qué litigio debe darse primero: el fiscal deberá “esperar” a que culmine de forma definitiva el procedimiento administrativo (aunque también debería precisar que también con calidad de cosa juzgada), evitando que pueda haber decisiones contradictorias. No obstante, no se soluciona el problema de fondo: en ambos ordenamientos se estaría sancionando lo mismo.

La doctrina mayoritaria, como se ha visto en el Capítulo 1, se sostiene que, para la configuración de un caso de *bis in ídem*, tendría que haber una triple identidad: en el sujeto, en el hecho y en el fundamento.

Respecto a la identidad de sujetos, el problema no se presenta con las personas jurídicas sancionadas por el Indecopi, debido a que el delito de prácticas anticompetitivas **solo puede ser sancionable a personas naturales** (no existe responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas por este delito). Los cuestionamientos por el *nemo tenetur* también se vendrían absueltos por el mismo argumento. El problema reside, entonces, cuando se trate de personas naturales que han sido sancionadas administrativamente, ya que aquí sí se presentaría la identidad de sujetos.

Por la identidad en el hecho, de esto no cabe duda. En ambos casos, se sanciona la participación de la persona en el cártel colusorio, la conducta desplegada es la misma en ambos casos (más allá de que en el derecho penal, como parte de la teoría del delito se pueda analizar otros aspectos). El hecho de que sea Indecopi el que determine que se haya cometido la infracción confirma esta conclusión.

Esto nos lleva a la discusión final de la identidad de fundamentos. Consideramos, pues, que el bien jurídico protegido por ambos ordenamientos es el mismo: la libre competencia; o, en todo caso, la infracción del deber de conducirse según las reglas de libre competencia.

Finalmente, como se adelantó, la fórmula «*con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia*» no es idónea para diferenciar el ilícito administrativo del ilícito penal, por las razones ya esgrimidas: redundante en el dolo; es parte ya de la definición de la conducta infractora en el ordenamiento administrativo; y, en caso de que se considere que exige valorar un dolo adicional, sería de difícil probanza.

III. Lecciones aprendidas: hacia un nuevo diseño normativo

Ciertamente, la labor del legislador no es sencilla y, en especial, cuando de delitos socioeconómicos se trata: de una u otra manera se podrán presentar cuestionamientos,

sobre todo desde los principios que buscan restringir el poder punitivo del Estado. Fácil sería decidir decantarse o por la derogación del delito de prácticas anticompetitivas o por que sea solo el ordenamiento penal el que las sancione. No obstante, la “practicidad” de estas opciones no resulta siempre la más adecuada para la tutela de los bienes jurídicos o, si se quiere, para la salvaguarda de la vigencia del ordenamiento.

Así, optar por la descriminalización de las prácticas anticompetitivas –esto es, por la derogación del artículo 232 del Código Penal– no parece viable en una economía social de mercado que constantemente amenazada por prácticas que, si bien en primer momento parecen atacar solo a los competidores en un determinado mercado, pueden llegar a generar graves consecuencias al bienestar de todos los consumidores y, por lo tanto, al correcto funcionamiento de nuestro sistema económico.

Por el otro lado, optar por que sea solo el juez penal el que deba procesar y sancionar las prácticas anticompetitivas (inclusive si se tratara solo de las prácticas más gravosas) podría generar problemas eminentemente prácticos que sólo el Derecho Penal Económico nos presenta y que redundan en la falta de especialización y tecnicismo requerido para la detección y análisis de las conductas anticompetitivas. Parece así que el auxilio del ente administrativo especializado se hace inevitable.

Dicho ello, entonces, ¿cómo proteger adecuadamente la libre competencia sin dejar impunes las prácticas más gravosas, pero tampoco sin vaciar el contenido de los principios del *ius puniendi*? A continuación, brindaremos algunas consideraciones que, sin que impliquen dar la solución definitiva, esperamos sean de utilidad para el legislador peruano.

Así, se dividirán las consideraciones en dos (2), considerando justamente los dos (2) grandes problemas que enfrenta la tipificación actual desde los principios del *ius puniendi*: el principio de *última ratio* del Derecho Penal y el principio del *ne bis in ídem*.

Antes de ello, cabe hacer algunas consideraciones previas respecto a lo que consideramos deben mantenerse en la tipificación del delito de prácticas anticompetitivas por ser fundamentalmente positivas (aunque por sí solas no solucionan los problemas planteados):

A. *La delimitación del tipo penal a las prácticas colusorias horizontales sujetas a prohibición absoluta*

Este es el primer paso hacia buscar una tipificación coherente con el principio de subsidiariedad o de *última ratio* del Derecho Penal. Como se ha visto a lo largo de la evolución normativa del delito de prácticas anticompetitivas, las anteriores versiones y, sobre todo la predecesora de la actual, adolecían de un grave problema: el universo de conductas contrarias a la libre competencia susceptibles de ser sancionadas penalmente era excesivamente amplio. Y, a su vez, también se afectaba el principio de proporcionalidad, en tanto se castigaba de igual manera a una práctica vertical que a una práctica colusoria horizontal *inter marca*.

Tal como se ha desarrollado en el anterior capítulo, los cárteles duros constituyen los acuerdos con las repercusiones más lesivas para el proceso competitivo y, finalmente, para el bienestar de los consumidores. Tiene, pues, total lógica que dichos acuerdos sean los que deban ser sancionados penalmente y no cualquier práctica que busca restringir a la libre competencia (máxime si es que no se pedía un resultado lesivo para ellas). La prueba de la gravedad de dichos acuerdos es que, en el ámbito administrativo, éstas sujetas a una presunción de prohibición absoluta.

No obstante, como se ha advertido dicha delimitación, aunque sumamente necesaria, no termina de solucionar el cuestionamiento proveniente del principio de

ne bis in ídem ya que **solo reduce el universo de prácticas que son susceptibles de ser sancionadas tanto en el ámbito administrativo como en el ámbito penal.**

Además, olvida que también hay prácticas colusorias horizontales que no necesariamente han generado o potencialmente habrían generado un perjuicio considerable, sobre todo si es que en el ámbito administrativo opera la regla de prohibición absoluta, por lo que no es necesario para la configuración de la infracción que el Indecopi determine los efectos que estos acuerdos causaron en la economía.

Veremos luego cómo tratar de solucionar el impase del *bis in ídem*.

- B. *El requisito de procedibilidad consistente en la comunicación del Indecopi de la resolución firme que sanciona las prácticas colusorias horizontales sujetas a prohibición absoluta*

Sin duda, consideramos que es Indecopi, por su competencia primaria pero también por su grado de especialización, el llamado a determinar si un acuerdo es un “*hardcore cartel*”. Sin ello, no cabría que el fiscal y posteriormente el juez puedan concluir que una determinada conducta infringió lo establecido en el Decreto Legislativo No. 1034 (norma de remisión expresa).

Esto lleva a sostener que se debe mantener también la referencia expresa a la ley de la materia y a la regla procesal que obliga al Indecopi (o, en su caso, la Osiptel) a comunicar la resolución administrativa firme al Ministerio Público, quien no podrá formalizar investigación preparatoria sin ese elemento, siendo así, el remedio procesal ante dicha omisión la cuestión previa.

Sin embargo, dicha regla procesal no puede obligar al fiscal a formalizar investigación preparatoria ni bien reciba la comunicación del Indecopi, puesto que,

como ya hemos señalado, ello implicaría una violación al mandato constitucional que establece que es el Ministerio Público el titular de la acción penal. Por consiguiente, consideramos **imperativo** que la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley No. 31775 sea modificada en estos términos²⁵.

Finalmente, coincidimos en que la comunicación debe ser de una resolución firme – y añadiría con calidad de cosa juzgada– ya que, de lo contrario, podría correrse el riesgo de que, finalmente, se tengan dos resoluciones con resultados contradictorios. Además, es acorde con el estándar probatorio exigido en el proceso penal.

C. La exención de responsabilidad penal para aquel que obtiene la exoneración total en el ámbito administrativo por acogerse en primer lugar al Programa de Clemencia

Para culminar con las consideraciones que opinamos son positivas, también creemos que debe mantenerse esta regla. El motivo es claro: dota de coherencia al sistema punitivo de este tipo de conductas y, sobre todo, soluciona una de las principales críticas que se hacía a las versiones anteriores del artículo 232, la cual consistía en que la criminalización de la conducta podría desincentivar a las empresas a delatar a los otros cartelistas, quienes, tras un análisis costo-beneficio, no verían conveniente acogerse al Programa de Clemencia si es que igualmente

²⁵ Ello no sería algo nuevo en nuestra legislación. Un caso similar fue el de la Ley No. 30424, la cual establecía que el Fiscal, una vez recibido el informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) que determinaba si una empresa había implementado de manera eficaz su modelo de prevención de delitos, debía necesariamente archivar la investigación. Ante las fundadas críticas a dicho precepto, este fue modificado en el año 2023, estableciéndose ahora que, si bien el Fiscal requiere, para formalizar investigación, previamente recepcionar el informe técnico de la SMV (requisito de procedibilidad), este solo tiene valor de pericia institucional, debiendo valorarlo.

iban a ser perseguidos en el ámbito penal, máxime si es que ya admitieron su responsabilidad como parte del acuerdo con el Indecopi.

Consideramos también que es correcto que solo el “primer *ticket*” obtenga la exención penal ya que podría generar un mayor incentivo para los infractores para ser los primeros en delatar.

Hechas dichas consideraciones, corresponde hacer ahora los apuntes destinados a buscar solucionar los conflictos que la tipificación actual del delito de prácticas anticompetitivas contenido en el artículo 232 del Código Penal presenta con dos de los principios del *ius puniendi* estatal.

III.1. Consideraciones relacionadas al principio de última ratio del Derecho Penal

Dijimos que, en efecto, la delimitación del tipo penal a las prácticas colusorias horizontales sujetas a prohibición absoluta era un buen inicio –y posiblemente el más relevante– en aras de buscar armonizar este delito con el principio de *última ratio*, mínima intervención, y/o subsidiariedad del Derecho Penal.

Más allá que dicha reducción del alcance del artículo 232 no solucione el problema del *bis in ídem* material (que desarrollaremos en el siguiente acápite), consideramos que tampoco terminaría de solucionar el problema de la subsidiariedad del Derecho Penal. Esto, por lo ya adelantado: no todas las prácticas colusorias horizontales sujetas a prohibición absoluta, por más que en el ámbito administrativo tengan dicha regla para su sanción, llegan a generar o hubiesen potencialmente llegado a generar graves daños al proceso competitivo y/o al bienestar de los consumidores. Es más, puede que tampoco hayan generado ningún efecto (más allá de la transgresión de la norma).

Por lo tanto, con solo castigar este tipo de conductas, dentro de las cuales sabemos se encuentran los casos más preocupantes a nivel político-criminal, sigue sin cumplirse con el plus de lesividad necesario que fundamente adecuadamente la intervención del Derecho Penal.

Finalmente, tampoco es de ayuda para la absolución de esta cuestión la fórmula de «*con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia*», en tanto, como se ha señalado redundan en la propia comisión de la conducta típica. Por consiguiente, se puede decir que también redundan en la comisión de la conducta infractora. Prueba de esto último es que el ya citado artículo 11.1 del Decreto Legislativo No. 1034 define a las prácticas colusorias horizontales como aquellas que se realizan con el “objeto o efecto de restringir, impedir o falsear la libre competencia”. No es, por lo tanto, un elemento que otorga un plus de gravedad a la conducta típica.

La fórmula que, en nuestra opinión, permita salvar el conflicto con este principio será aquella que, **de manera objetiva**, otorgue el plus de gravedad deseado. En nuestra opinión, esta podría ser similar a la que tuvo el derogado Decreto Legislativo No. 701 por un periodo determinado (pero que, en aras de una mejor técnica legislativa, debería encontrarse expresa en el propio artículo 232). Es decir, una fórmula que se asemeje a la de un *perjuicio grave al interés económico general*. Sin duda, delimita aún más el universo de conductas a ser sancionadas, pero la fórmula puede seguir siendo muy abstracta. En consecuencia, o (i) dejamos que el Indecopi y, eventualmente, el Poder Judicial, a través de su jurisprudencia, desarrolle el contenido a este elemento; o (ii) podemos buscar alguna fórmula similar que pueda ser más concretizable.

Por último, si bien una fórmula como la última expresada ayudaría ahora sí a resolver el problema de armonización con el principio de *última ratio* del Derecho Penal, seguimos

preguntándonos si también resuelve el problema del *bis in ídem* o volvemos al mismo problema inicial.

III.2. Consideraciones relacionadas al principio del *ne bis in ídem*

Finalmente, llegamos al meollo del asunto. Alegar un caso de *ne bis in ídem* puede ser sencillo, pero “salvarlo” no necesariamente. Como vimos en el primer capítulo, distintas soluciones se han propuesto para buscar aplicar de manera correcta este principio tan controversial en el derecho penal y, en específico, en el Derecho Penal Económico. Hemos adelantado también en dicho capítulo que el *ne bis in ídem* material es el que nos interesa en mayor medida que el *ne bis in ídem* procesal, debido a que la vertiente material “obliga” al legislador a buscar mejorar su técnica legislativa, previendo posibles casos en los que la triple identidad se pueda presentar.

A continuación, veremos si las soluciones que la dogmática nos propone (para la generalidad de delitos) pueden ayudarnos a resolver el más que aparente conflicto entre la tipificación actual del delito con el principio del *ne bis in ídem*.

Recordemos que no consideramos correcta la interpretación de que el derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio protegen siempre intereses o bienes jurídicos distintos. Como se ha sostenido, implicaría la imposibilidad de la doble persecución, eliminando así esta importante garantía.

(i) Primera alternativa: añadir un criterio cuantitativo

La primera alternativa que nos puede venir a la mente es establecer un criterio cuantitativo para diferenciar el ilícito administrativo del ilícito penal. Sin embargo, ya habíamos visto que la teoría de la diferenciación cuantitativa genera el problema de que siempre habrá una

identidad entre la sanción penal y la sanción administrativa, por más que se quiere limitar a la primera a las prácticas más gravosas. En efecto, insistimos: no se elimina el *bis in ídem*, sólo se reduce el universo de las conductas que presentan el *bis in ídem*.

Así, fórmulas como un “daño grave al proceso competitivo” o “a la libre competencia”, si bien resuelven el problema de la mínima intervención del Derecho penal, no resolvería el problema de *bis in ídem*, sobre todo si redundan en el bien jurídico del delito.

La solución en dichos casos debería ser directamente dejar al Derecho penal la persecución penal de las conductas más graves y las que no sobrepasen dicho baremo, dejarlas al derecho administrativo sancionador, en tanto, en dichos casos, el criterio cualitativo está provocando que ya no se presente una identidad de hechos. Sin embargo, para que no se vulnere al *ne bis in ídem* en su extremo de la prohibición del doble procesamiento, deberá ser el juez penal el que directamente determine la comisión de la infracción administrativa (es decir, que determine que se configuró la práctica colusoria horizontal sujeta a prohibición absoluta). Ya hemos visto que ello no es deseable por una cuestión de idoneidad, debiendo preferirse el uso de un requisito de procedibilidad. Cabría, en todo caso, pensar si podemos replantear el contenido del *bis in ídem*, lo cual desarrollaremos en la quinta alternativa.

(ii) Segunda alternativa: añadir un criterio cualitativo

Este criterio, debidamente utilizado, puede ayudarnos a derribar la identidad de fundamentos dependiendo de qué interés o bien jurídico (adicional u otro) se quiere proteger. Así, puede sancionarse los supuestos de cárteles que son realizados en perjuicio de los consumidores o que, por ejemplo, se cometen afectando el buen funcionamiento de la Administración Pública (como fue el caso alemán que, en 1997, tipificó las licitaciones colusorias en el marco de la lucha contra la corrupción [García, 2004, p. 13]).

En el primer ejemplo, el aspecto negativo de dicha fórmula –que ya no viene desde el *ne bis in ídem*- es que no necesariamente toda conducta que perjudique a los consumidores tiene tal magnitud que justifique la intervención penal. En el caso de la segunda fórmula, podría considerarse que dichas conductas ya se encuentran comprendidas en otros tipos penales (como el delito de cohecho o el de colusión), pero no deja de ser interesante; en todo caso, cabría realizar un estudio criminológico para determinar cuántos de los cárteles más perniciosos implicaron sobornos a funcionarios públicos.

(iii) Tercera alternativa: establecer medios comisivos distintos

Esta es la alternativa adoptada por el ordenamiento penal español que, como vimos en el anterior capítulo, sanciona, en el artículo 284 de su Código Penal, la alteración de los precios “empleando violencia, amenaza, engaño o cualquier otro artificio”. Más allá de la discusión respecto a si por cualquier otro artificio se debe entender a las prácticas restrictivas de la libre competencia (que, como mencionamos, no consideramos sea el caso), es claro que este tipo penal está comprendiendo conductas que no se encuentran previstas (al menos de forma evidente) en la legislación administrativa.

Esta opción soluciona de manera directa el problema de *bis in ídem*, ya que no se presenta la identidad de hechos requerida. Por lo tanto, podría considerarse que esta fórmula podría ser replicable en el ordenamiento peruano.

Si bien, en efecto, es claro que no hay transgresión del principio analizado, considero que empírica y criminológicamente hablando este tipo penal no es lo suficientemente útil para su fin preventivo general. Y es que los cárteles que más daño generan en el proceso económico son aquellos que se realizan de forma oculta (“pacto de caballeros”) y sofisticada (de difícil detección), donde casi siempre lo competidores, sobre todo si son *inter marca*, se van a poner de acuerdo para fijar los precios u otra condición. Por lo tanto, sancionar

únicamente los acuerdos que se realizan considerando dichos medios comisivos implica, desde nuestro punto de vista, desconocer la verdadera y más peligrosa naturaleza de las prácticas colusorias horizontales sujetas a prohibición absoluta. Y, en todo caso, los actos de violencia y amenaza están perfectamente comprendidos de manera general en el delito de coacción.

(iv) Cuarta alternativa: una solución mixta

Consideramos que una solución mixta (criterio cualitativo más criterio cuantitativo) podría darnos una solución adecuada, ya que nos permitirá no solo salvar el problema de la identidad de fundamentos, sino también el problema de la subsidiariedad del derecho penal.

Habíamos hablado de la fórmula del “daño” o “perjuicio grave al interés económico general” o “a la economía nacional”. Si bien podría argumentarse que dicha fórmula en realidad no está redundando en el mismo fundamento del ilícito administrativo, lo cierto es que se trata de una fórmula poco certera que, inclusive si dejamos su desarrollo en manos de la jurisprudencia (sobre todo de Indecopi, ya que es el más apto para medir los efectos anticompetitivos en la economía nacional), podría haber problemas en su aplicación por ser muy abstracta (en todo caso, ¿qué delito económico no causa estragos en la economía?)

Por ello, consideramos que una mejor fórmula podría ser “**que genere graves daños en el bienestar de los consumidores**”. De dicha manera, (i) se le añade un plus de lesividad que podría ser suficiente para justificar la intervención penal, actuando como un filtro que satisface los principios de *última ratio* y mínima intervención; y (ii) la lesión al bien jurídico, aunque relacionado con la libre competencia, se centrará o *reenfocará* en la protección de los consumidores —esto es, este será el objeto específico de protección—, lo que lleva a que no haya realmente una identidad de fundamentos. Si bien la fórmula no deja de ser

algo abstracta, podría tener mayor capacidad de ser concretizada por las autoridades a diferencia de intereses más difusos como el interés económico o la economía nacional.

Ya hemos visto, como con el reciente ejemplo del “Cártel de los Medicamentos”, que el impacto de la conducta en el bienestar de los consumidores es un aspecto que valora el Indecopi al momento de determinar la gravedad de la conducta (no en la configuración de la infracción), por lo que este ente podría (y debería) colaborar con dicha evaluación.

Y, otro punto positivo de esta propuesta es que permite identificar de manera clara quiénes serían los agraviados de la conducta anticompetitiva, lo cual, a su vez, tendría una implicancia directa en el pago de una eventual reparación civil. En efecto, la experiencia comparada²⁶ nos ha mostrado que es posible que los agentes infractores indemnicen económicamente a los consumidores por los daños causados.

(v) Quinta alternativa: replantear el principio del *ne bis in ídem*

Finalmente, consideramos que una salida interesante —pero que, sin duda, requerirá de mayor profundidad— es la propuesta por García Cavero respecto a reemplazar la averiguación de la identidad de fundamentos por aquella en torno a la identidad de efectos. Recordemos que dicha teoría implica que si la aplicación de alguna de las dos (2) sanciones (sea del derecho administrativo sancionador o del derecho penal) puede cumplir la función de ambas normas, entonces esta debería ser la única que se aplique.

²⁶ Por ejemplo, el caso del “Cartel de vitaminas” en España, donde los colores fueron condenados “a reparar los daños a los consumidores por un valor de US\$ 2.400.000.00. (Fonseca, 2015, p. 87). O, el “Caso del papel *tissue*” en Chile, donde inicialmente se había establecido una indemnización a los consumidores de US\$ 150 millones para 13, 7 millones de personas (que equivalía a unos 7.000 pesos chilenos para cada uno, lo que equivale a unos 25 soles hoy en día). (La Tercera, 2019) (Servicio Nacional del Consumidor)

Como se sabe, es generalmente la sanción penal la que tiene esta capacidad e, incluso, la solución podría ser conforme al artículo III Título Preliminar del Código Procesal Penal (“el derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo”).

Sin embargo, en el caso en concreto, se podría alegar que, fuera de la cárcel efectiva prevista en el tipo penal (por excelencia, la sanción más gravosa), el monto de las multas impuestas por parte del Indecopi (pudiendo llegar a las 1000 UIT) sobrepasa de forma absoluta a las multas que se imponen en el proceso penal. No obstante, este contraargumento, sin duda, interesante, no tiene en consideración algo relevante: que las multas más cuantiosas que impone el Indecopi no son a las personas naturales (a quienes, no obstante, también sanciona), sino a las personas jurídicas que esta representan. Por lo tanto, debido a que no se presenta entre persona naturales y personas jurídicas una identidad de sujetos, se puede efectivamente concluir que la sanción impuesta en el ámbito penal es más que suficiente para satisfacer los intereses de la prevención general.

La consecuencia directa de ello será que el Indecopi, una vez que determine la responsabilidad administrativa de las personas naturales que participaron en el acuerdo no deberá imponerles sanción alguna, dejando dicha misión al juez penal.

Esta solución novedosa nos obliga a replantear por completo la institución del *ne bis in ídem*. Aunque meritoria de tener en consideración, por lo pronto, como comentamos, consideramos que la solución al *bis in ídem* debe provenir desde la configuración legislativa de los ilícitos, lo cual permite decantarnos por la alternativa mixta planteada, en tanto soluciona el conflicto del *bis in ídem* desde su concepción más garantista y coherente.

Conclusiones

El recorrido realizado a lo largo de este trabajo ha permitido identificar, analizar y problematizar los principales aspectos dogmáticos, normativos y político-criminales vinculados a la tipificación penal de las conductas anticompetitivas en el Perú. Si bien se ha ofrecido un *background*, pero también un examen exhaustivo de la evolución y técnica legislativa del artículo 232 del Código Penal, corresponde ahora abrir el debate hacia nuevas reflexiones que orienten la construcción de un Derecho Penal Económico más coherente con sus propósitos y más funcional para su aplicación, dotándolo así de la legitimidad que un sistema jurídico amerita para con sus destinatarios.

Hagamos un breve recuento de las principales conclusiones de cada capítulo. Así, en el primer capítulo, establecimos los fundamentos históricos y dogmáticos del Derecho Penal Económico, destacando su surgimiento como respuesta a la complejidad de la economía moderna y la insuficiencia del derecho penal tradicional para tutelar bienes jurídicos supraindividuales. Se evidenció que la expansión del Derecho Penal Económico en el Perú ha estado marcada por la tendencia a la “neocriminalización” de conductas antes reservadas al ámbito administrativo, lo que exige una interpretación flexible pero rigurosa de los principios clásicos del derecho penal, en particular la legalidad, la mínima intervención y el *ne bis in ídem*.

El segundo capítulo abordó la regulación de la libre competencia en el Perú, resaltando que la protección de este bien jurídico tiene plena justificación constitucional y, por ende, constituye un deber estatal que se ejerce tanto en el ámbito administrativo como penal. Se analizó el modelo de protección conjunta asumido en nuestro país, en el que el Indecopi cumple un rol central en la prevención y sanción administrativa, mientras que el derecho penal interviene, o debería intervenir, como *última ratio* para los ataques más graves al

proceso competitivo y al bienestar de los consumidores. Asimismo, se revisó la experiencia comparada, que evidencia una tendencia creciente a la criminalización penal de los cárteles y prácticas colusorias, aunque con diferentes modelos y alcances.

En el tercer capítulo, se realizó un análisis dogmático y crítico de la evolución normativa del delito de prácticas anticompetitivas en el Perú, desde su regulación inicial hasta la actual delimitación a los cárteles duros. Se concluyó que la reciente reforma legislativa representa un avance al restringir el ámbito penal a las conductas más perniciosas para el mercado y los consumidores –esto, es, a los llamados cárteles de núcleo duro o desnudos– y al establecer mecanismos de coordinación con la autoridad administrativa. Sin embargo, se advirtió que persisten desafíos en materia de técnica legislativa, especialmente en lo relativo a la incorporación de criterios objetivos de lesividad y la compatibilidad con los principios constitucionales. Particularmente, se concluyó que aún existe tensión del tipo penal con los principios de *última ratio* y del *ne bis in ídem*.

Sobre la base de este análisis, propusimos algunas consideraciones de cara a una futura mejor técnica legislativa en la tipificación de las conductas anticompetitivas:

- Es fundamental mantener la delimitación del tipo penal únicamente a las prácticas colusorias horizontales sujetas a prohibición absoluta, pues se tratan efectivamente de las conductas más lesivas al proceso económico y a los consumidores.
- Debe mantenerse el requisito de procedibilidad consistente en la comunicación de una resolución firme del Indecopi (o, en su caso, de Osiptel) al Ministerio Público, como condición previa para la persecución penal. Sin embargo, esta regla procesal debe perfeccionarse para no limitar indebidamente la autonomía del fiscal, permitiéndole valorar la pertinencia de iniciar o no la investigación preparatoria.

- Es recomendable que la comunicación administrativa que habilita la persecución penal tenga calidad de cosa juzgada, a fin de evitar decisiones contradictorias y garantizar la seguridad jurídica.
- La exención de responsabilidad penal para quien obtiene la exoneración total en sede administrativa por acogerse en primer lugar al Programa de Clemencia debe preservarse, pues incentiva la colaboración eficaz y fortalece la detección y desarticulación de los cárteles colusorios.
- Para superar los desafíos vinculados a la fragmentariedad y al *ne bis in ídem*, se sugiere incorporar un criterio objetivo de lesividad (criterio cuantitativo) que contemple también una diferenciación del interés a proteger (criterio cualitativo), como, por ejemplo, la exigencia de que la conducta genere graves daños al bienestar de los consumidores.
- Finalmente, se recomienda seguir explorando otras soluciones e, inclusive, evaluar criterios novedosos que impliquen reinterpretar el principio de *ne bis in ídem*, como la identidad de efectos.

Concluimos, pues, que resulta innegable que la protección de la libre competencia constituye un objetivo legítimo y necesario, no solo desde la perspectiva administrativa, sino también desde el ámbito penal. La experiencia comparada y la realidad nacional han demostrado que ciertos ataques al proceso competitivo —especialmente los denominados cárteles duros— generan efectos perniciosos que trascienden el interés de los competidores y afectan de manera directa el bienestar de los consumidores y la estabilidad

del mercado. En este sentido, la intervención penal, lejos de representar un exceso punitivo, se erige como un mecanismo indispensable para disuadir y sancionar las conductas más lesivas, complementando la labor administrativa.

No obstante, el avance hacia una delimitación cada vez más precisa de las conductas penalmente relevantes es un proceso en construcción. La reciente reforma legislativa, que restringe el ámbito de aplicación del artículo 232 a los acuerdos colusorios horizontales sujetos a prohibición absoluta, constituye un paso significativo en la dirección correcta.

Sin embargo, persisten desafíos que exigen una reflexión crítica y un compromiso renovado por parte del legislador, la doctrina y la jurisprudencia. Es así como este trabajo y las consideraciones esbozadas pretenden contribuir al debate y, eventualmente, a una mejora de la técnica legislativa en esta materia, siempre en aras de garantizar el respeto hacia los principios que limitan el ius puniendi estatal. En efecto, la predictibilidad y el debido proceso de los ciudadanos deben ser salvaguardados en todo momento, evitando la incertidumbre normativa y la duplicidad sancionatoria que pueden derivar en arbitrariedades o inseguridad jurídica.

En este sentido, la incorporación de requisitos objetivos de lesividad —como la exigencia de un perjuicio grave al bienestar de los consumidores— y la articulación de mecanismos procesales claros, como el requisito de procedibilidad basado en la resolución firme de la autoridad administrativa, son herramientas que pueden contribuir a una mejor armonización entre la tutela penal y administrativa. Asimismo, la compatibilización de los programas de clemencia y la exención de responsabilidad penal para quienes colaboran eficazmente con la detección de cárteles refuerza la eficacia del sistema y promueve una cultura de cumplimiento.

El mensaje que debe prevalecer es optimista: el Perú avanza hacia la consolidación de un modelo de protección conjunta de la libre competencia, en el que el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador actúan de manera complementaria y racional. La tendencia a delimitar con mayor precisión las conductas penalmente relevantes refleja una madurez institucional y una voluntad de respetar los principios constitucionales, sin renunciar a la defensa de los intereses económicos y sociales más sensibles.

Nos queda a todos la tarea pendiente de continuar perfeccionando no solo este tipo penal sino también otros de naturaleza económica. Solo así evitaremos caer en una huida irreflexiva al Derecho penal.



Bibliografía

Abanto Vásquez, M. A. (1997). La protección penal de la competencia. *THEMIS: Revista de Derecho*, (36), 143–154.

Abanto Vásquez, M. A. (2000). *Derecho penal económico: parte especial*. Lima: IDEMSA.

Alcócer Povis, E. (2018). *Introducción al Derecho Penal: Parte General*. Lima: Jurista Editores.

Álvarez Miranda, E. (2014). El modelo económico de la constitución peruana. *IUS ET VERITAS*, (48). <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11921>

Arrieta Caro, J. (2020, agosto 13). La misteriosa destipificación del delito de acaparamiento y algunas observaciones a la propuesta para reintroducirlo. *Gestión*. <https://gestion.pe/opinion/la-misteriosa-destipificacion-del-delito-de-acaparamiento-y-algunas-observaciones-a-la-propuesta-para-reintroducirlo-noticia/?ref=gesr>

Arroyo Zapatero, L. (1998, enero). Derecho penal económico y Constitución. *Revista Penal*, (1). Praxis.

Caro Coria, D. (1994). La intervención previa del INDECOPÍ en el proceso penal: un modelo para desarmar. *THEMIS: Revista de Derecho*, (27-28), 217–226. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109846.pdf>

Caro Coria, D. (2023, 7 de junio). La reforma del delito de "abuso del poder económico" [Comentario en un blog]. *Compliance Antitrust*. <https://lpderecho.pe/la-reforma-del-delito-de-abuso-del-poder-economico-compliance-antitrust/>

Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades del Ministerio de Salud del Perú. (2020). *Situación actual “COVID-19” Perú - 2020 (01 de agosto)*.

Chanjan Documet, R. (2020). La necesaria inclusión del delito de acaparamiento en el código penal. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/la-necesaria-inclusion-del-delito-de-acaparamiento-en-el-codigo-penal/>

Congreso de la República del Perú. (2020). *Dictamen en insistencia recaído en las observaciones formuladas por el Presidente de la República a la Autógrafa de Ley que modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración (Proyectos de Ley 731/2016-CR y otros)*. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/08/Dictamen-de-acaparamiento-LP.pdf>

Corte Suprema de Justicia del Perú, Sala Penal Permanente. (2006, 7 de junio). *Sentencia R.N. 2090-2005 Lambayeque*.

De la Mata Barranco, N. J., Dopico Gómez-Aller, J., Lascurain Sánchez, J. A., & Nieto Martín, A. (2018). *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid: Editorial Dykinson.

Delgado Tong, A. (2025, 21 de noviembre). Indecopi se convierte en un organismo constitucional autónomo, así como el BCRP. *Infobae*. <https://www.infobae.com/peru/2025/11/21/indecopi-se-convierte-en-un-organismo-constitucional-autonomo-asi-como-el-bcrp/>

Estrada i Cuadras, A. (2019, 9 de diciembre). Precios criminales. *Molins Defensa Penal*. <https://www.molins.eu/precios-criminales-por-albert-estrada-i-cuadras/>

Flores, L. (2015). *La Economía Social de Mercado*. Lima: Instituto Pacífico.

Floríndez Aramburú, F. J., Velarde Ferreyros, S., & Zúñiga Alemán, L. (2020). ¿Cárcel para los colusores? Reflexiones sobre la criminalización de las prácticas anticompetitivas en el Perú. *THEMIS: Revista de Derecho*, (78), 207–217. <https://doi.org/10.18800/themis.202002.010>

Fonseca Fortes Furtado, R. H. (2015). *Carteles económicos y derecho penal: análisis político-criminal de los acuerdos horizontales restrictivos de la competencia (hard core cartels)* [Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra]. Repositorio UPF. <http://hdl.handle.net/10803/315285>

Gallegos, L. (2010). *Economía Social de Mercado, Medio Ambiente y Responsabilidad Social Empresarial*. Lima: Instituto de Estudios Social Cristianos.

García Cavero, P. (2004). *Los delitos contra la competencia*. Lima: ARA; Piura: Universidad de Piura.

García Cavero, P. (2014). *Derecho penal económico. Parte general* (3.^a ed.). Lima: Jurista Editores.

Gonzáles Cucho, J. C., & Yábar Palacios, S. (2020). Cuando el remedio resulta peor que la enfermedad: riesgos del control administrativo de precios. *THEMIS: Revista de Derecho*, (78), 43–57. <https://doi.org/10.18800/themis.202002.002>

Hurtado Pozo, J. (2015). *Compendio de derecho penal económico. Parte general*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Comisión de Libre Competencia. (2005, 4 de julio). *Resolución recaída en el Expediente No. 005-2002/CLC*.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Comisión de Libre Competencia. (2021, 15 de noviembre). *Resolución No. 80-2021/CLC-INDECOPI, contenida en el Expediente No. 001-2020/CLC.*

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Comisión de Libre Competencia. (2025, 14 de noviembre). *Resolución No. 213-2025/CLC-INDECOPI, contenida en el Expediente No. 004-2024/CLC.*

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). (2017, agosto). *Guía del Programa de Clemencia*. Lima: Indecopi. <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/2067481-guia-del-programa-de-clemencia>

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). (s.f.). *Anuarios estadísticos institucionales del Indecopi*. <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/colecciones/3289-anuarios-estadisticos-institucionales-del-indecopi>

Jakobs, G. (2001). ¿Qué protege el derecho penal, bienes jurídicos o la vigencia de la norma? *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 7(11), 23–42.

Kresalja, B., & Ochoa, C. (2009). *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

La Tercera. (2019, diciembre 19). Los principales hitos que han marcado la colusión en el mercado del papel tissue. <https://www.latercera.com/pulso/noticia/los-principales-hitos-que-han-marcado-la-colusion-en-el-mercado-del-papel-tissue/963544/>

Lamas Puccio, L. (1996). *Derecho penal económico* (2.^a ed.). Lima: Ediciones Jurídicas.

Lamas Puccio, L. (1987). Introducción al derecho penal económico. *Derecho*, (41), 291–303. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Lascuraín, J. A. (2019, 29 de noviembre). ¿Son ahora punibles los cárteles? *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/son-ahora-punibles-los-carteles>

Martínez-Buján Pérez, C. (2023). *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial* (7.^a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Meini Méndez, I. F. (2009). *Imputación y responsabilidad penal: ensayos de derecho penal*. Lima: ARA.

Ossandón, M. (2018). El legislador y el principio ne bis in idem. *Política Criminal*, 13(26), 952–1002. http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_26/Vol13N26A8.pdf

Peña Cabrera Freyre, A. R. (2009). *Derecho penal económico: un estudio dogmático a los delitos económicos, financieros y monetarios* (1.^a ed.). Lima: Jurista Editores.

Presidencia de la República. (2020, 2 de julio). Oficio No. 103-2020-PR. Lima: Presidencia de la República del Perú.

Presidencia del Consejo de Ministros. (2008). *Exposición de Motivos del Proyecto del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas*. Lima: Presidencia del Consejo de Ministros.

Reaño Peschiera, J. L. (2009). *Tres estudios de dogmática penal: el desistimiento voluntario de la tentativa, el error de tipo, y la teoría de la intervención delictiva*. Lima: Jurista Editores.

Reyna Alfaro, L. M. (2004). *Fundamentos de derecho penal económico*. México, D.F.: Ángel Editor.

Sentença penal – Caso Lava Jato (Petrobras). (2020, 17 de septiembre). Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Sentença penal – Caso Lava Jato (Petrobras)*. https://www.estadao.com.br/blogs/blog/wp-content/uploads/sites/41/2020/09/sent-lj_170920201917.pdf

Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC). (s.f.). Compensación papel higiénico: Consulta si eres beneficiario. SERNAC. <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-propertyvalue-59118.html>

Stucchi, P., & Ballón Estacio, F. (2021). Abuso de poder económico, acaparamiento y especulación. *Giuristi: Revista de Derecho Corporativo*, 2(4), 233–247. <https://revistas.esan.edu.pe/index.php/giuristi/article/download/552/463>

Tiedemann, K. (1985). *Poder económico y delito (introducción al derecho económico y de la empresa)*. Barcelona: Ariel.

Tiedemann, K. (2007). *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad* (2.ª ed.). Lima: Grijley.

Tribunal Constitucional del Perú. (2003, 1 de noviembre). *Sentencia recaída en el Expediente No. 0008-2003-PI*.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região. (2020, 17 de septiembre). *Sentença penal – Caso Lava Jato (Petrobras)*. https://www.estadao.com.br/blogs/blog/wp-content/uploads/sites/41/2020/09/sent-lj_170920201917.pdf

United States Department of Justice. (1999, mayo 20). F. Hoffmann-La Roche and BASF agree to pay record criminal fines for participating in international vitamin cartel. https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/1999/2450.htm

United States Department of Justice. (2013, septiembre 26). Nine automobile parts manufacturers and two executives agree to plead guilty to fixing prices on automobile parts sold to U.S. car manufacturers and installed in U.S. cars.

<https://www.justice.gov/archives/opa/pr/nine-automobile-parts-manufacturers-and-two-executives-agree-plead-guilty-fixing-prices>

