



El delito de abuso de poder económico en el Perú: desafíos en su tipificación como delito y en el estándar probatorio en sede administrativa*

The crime of abuse of economic power in Peru: Challenges in its classification as a crime and the standard of proof in administrative proceedings

Renzo Vinelli Vereau**

Resumen:

El delito de abuso de poder económico en el Perú ha experimentado una evolución normativa fluctuante, reflejando la tensión entre la intervención penal y la regulación administrativa en aspectos de índole económico. Su tipificación, actualmente recogida en el artículo 232 del Código Penal, responde a la necesidad de sancionar prácticas anticompetitivas de prohibición absoluta. En este contexto, la competencia del INDECOPI para establecer previamente la existencia de una infracción administrativa introduce un mecanismo de remisión que condiciona la persecución penal.

Palabras clave:

Abuso de poder económico, Libre competencia, Ley penal en blanco, Prohibiciones Absolutas, Abuso de posición de dominio.

Abstract:

The crime of abuse of economic power in Peru has undergone a fluctuating regulatory evolution, reflecting the tension between criminal intervention and administrative regulation in economic matters. Its criminalization, currently contained in article 232 of the Criminal Code, responds to the need to punish anticompetitive practices of absolute prohibition. In this context, the competence of INDECOPI to previously establish the existence of an administrative infringement introduces a referral mechanism that conditions the criminal prosecution.

Keywords:

Abuse of economic power, Free competition, Criminal law in white, Absolute prohibitions, Abuse of dominant position.

* El presente trabajo ha sido redactado respetando el Derecho de autor de diversos catedráticos. Asimismo, las opiniones que se esgriman son de índole personal.

** Abogado. Máster en Derecho penal por la Universidad de Sevilla. Profesor de Derecho penal en la Universidad de Lima.

Sumario:

1. Introducción–2. *Nomen Iuris*–3. Evolución legislativa–4. Derecho Comparado–5. Abuso de poder económico en Perú–6. El Decreto Legislativo N°1034 como la norma de remisión–7. Tipicidad objetiva–8. Tipicidad subjetiva–9. Principales problemas pragmáticos del delito de abuso de poder económico–10. Consideraciones finales–11. Soluciones–12. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

El delito de abuso de poder económico en el Perú ha sido objeto de una evolución legislativa notable en las últimas décadas, marcada por su introducción, derogación, reincorporación y sucesivas modificaciones tanto en el Código Penal como en leyes especiales. Este tipo penal ha sido considerado por nuestro legislador como una herramienta clave en la lucha contra prácticas anticompetitivas que distorsionan el orden económico y socavan la libre competencia. No obstante, su regulación plantea serias interrogantes sobre la idoneidad del Derecho Penal como mecanismo de intervención en un ámbito tradicionalmente regulado por el Derecho Administrativo Sancionador.

El presente trabajo aborda los aspectos más relevantes del delito de abuso de poder económico, realizando un énfasis en la técnica legislativa de ley penal en blanco que tiene esta norma. Asimismo, se desarrolla un estudio detallado de los elementos estructurales del tipo penal, abarcando el bien jurídico protegido, tipicidad objetiva y subjetiva, grado de desarrollo del delito y, finalmente, se exploran los principales problemas pragmáticos que derivan de su reciente reincorporación al ordenamiento jurídico.

Por ello, consideramos que es importante analizar de forma crítica la decisión del legislador de reincorporar el delito de abuso de poder como solución a las externalidades en el mercado que se generaron a raíz de la pandemia, y reflexionar esta situación desde la perspectiva del Derecho Penal Económico, considerando que es la disciplina encargada de estudiar los límites del *ius puniendi* en el ámbito de la regulación económica.

2. NOMEN IURIS

El poder económico es la posición dominante que tiene un agente en un determinado mercado, ergo, el abuso de este mismo se constituye cuando se hace uso indebido de dicha preeminencia para obtener ventajas excesivas o restringir la competencia de manera injustificada.

Partiendo de dicha premisa, surgen las siguientes cuestiones: ¿Existe un criterio cuantitativo o cualitativo para determinar cuándo se tiene posición dominante en el mercado? ¿Es lo mismo abuso de poder económico que abuso de posición de dominio?

En primer lugar, la determinación de si una empresa tiene posición dominante en el mercado depende de una combinación de criterios cuantitativos y cu-

litativos. Los criterios cuantitativos, como la cuota de mercado y la concentración del mercado, son fundamentales para identificar el poder de mercado, mientras que los criterios cualitativos, como las barreras de entrada, la interdependencia entre competidores y las prácticas comerciales, permiten contextualizar el poder que una empresa tiene sobre el mercado y sus competidores. La definición del mercado relevante, tanto en términos de producto como geográfico, es crucial para realizar esta evaluación de forma precisa.

En segundo lugar, para comprender el abuso de poder económico (la consecuencia), se debe partir primero de la posición de dominio (el origen), ya que solo quien posea inicialmente una posición de ventaja por encima de otros agentes, tendrá la posibilidad de ir más allá de sus límites como agente económico. Según el artículo 7 del Decreto Legislativo 1034 del año 2019, la posición de dominio se da “cuando se 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”.

A primera impresión, es fácil percibir que la concepción de posición de dominio adquiere una connotación negativa. ¿Necesariamente implica ello? La respuesta es no, porque incluso en el inciso 2 del artículo 7, se agrega que “la sola posición de dominio no constituye una conducta ilícita”, caso contrario se estaría “castigando” a las empresas sólo por ser eficientes.

Por su parte, Bullard (1995) señala expresamente que,

La posición de dominio surge cuando una empresa puede actuar de modo independiente en el mercado [...]. Ostentar una posición de dominio no es algo ilícito o negativo, pero constituye un supuesto en el que una empresa tiene la responsabilidad de no permitir que su posición impida la libre competencia [...]. (p. 65)

El punto crítico radica en determinar en qué momento una variación en los precios transgrede los límites de la licitud ética y jurídica, es decir, cuándo dicho ajuste deja de responder a factores legítimos del mercado y se convierte en una práctica abusiva que afecta la equidad y la eficiencia del sistema económico. Como es de apreciarse se guarda una principal relación con el principio de la libre competencia, del cual ahondaremos a continuación.

- Libre competencia

La Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante CPP), establece un sistema económico que buscar asegurar y garantizar la iniciativa privada de forma libre, al mismo tiempo, exige un marco regulatorio para el impulso y defensa de la libre competencia sin que este -claro está- genere perjuicio al consumidor.

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 concesión puede autorizar ni establecer monopolios. (Constitución Política del Perú, 1993, art. 61)

Queda claro que se reconoce la importancia de la intervención estatal ante el abuso del poder económico, es más, el Estado debe tener un rol activo para la generación de condiciones favorables tanto para el consumidor como para el oferente (Cázares Sánchez, 2017).

En aras de un mejor entendimiento, es necesario definir qué se entiende por libre competencia, para ello, Rodríguez (2021) establece que este es un principio que se constituye como un criterio instructor u orientador para que la competencia opere de forma lucrativa y favorable. Es decir que todos aquellos agentes que participan en el mercado tienen la posibilidad de configurar su propio sistema de precios o como se deseé actuar sin generar arbitrariedades.

En palabras simples, la libre competencia genera la presencia de múltiples empresas del mismo ámbito o sector, las cuales buscan competir entre sí, lo que genera a su vez que cada una de estas busque innovar continuamente para diferenciarse de los demás. Además, es el mismo Estado quien resguarda la libre competencia para que esta no se trasgire y se conviertan en prácticas que la limiten (prácticas anticompetitivas).

Tal como lo plantea Tassano (2016), son los agentes del mercado quienes, bajo el principio de libre competencia, se desenvuelven siempre y cuando se mantengan dentro de los parámetros que constitucionalmente se les ha impartido. De no ser así, el Estado se encuentra obligado a intervenir para corregir las fallas en el mercado. Pero claro, como todo, se sigue una secuencia previa a la corrección -una especie de prevención- como lo son las normas de menor jerarquía a la Constitución.

3. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

La primera tipificación del delito de abuso de poder económico se dio con la promulgación del Decreto Legislativo 635 (Código Penal) de 1991, estipulado en el artículo 232º, el texto literal es el siguiente:

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 sesenta y cinco días multa e inhabilitación conforme al artículo 36º, incisos 2 y 4.

Cabe resaltar que desde sus inicios este tipo penal tuvo problemas en su aplicación, puesto que para su configuración era necesario recurrir a la ley de la materia, que en este caso era el Decreto Legislativo N.º 701, el cual fue publicado recién el día 5 de noviembre de 1991. Entonces, era latente el problema de aplicación que había, ya que no existía una norma especial a la cual remitirnos, al momento de la promulgación del Código Penal (En adelante CP).

Posteriormente, en el año 2008, mediante Decreto Legislativo 1034, "Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas", se derogó de forma expresa el Decreto Legislativo 701, "Ley de Eliminación de las prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia" y el artículo 232º del CP, específicamente por la promulgación del Tratado de libre comercial con Estados Unidos.

Luego de casi doce años desde su derogación, el 29 de agosto de 2020 se publicó en el diario oficial "El Peruano" la Ley 31040, Ley que modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, que introduce nuevamente el delito de abuso de poder económico bajo la siguiente formula:

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.

Entonces, el cambio realizado por los legisladores, como es posible de apreciar, no fue de gran envergadura, manteniéndose casi en su totalidad la redacción original del delito de abuso de poder económico. Así pues, el 7 de junio de 2023, se publicó en el diario oficial "El Peruano" la Ley 31775, que modificó el Código Penal y el Decreto Legislativo 1034, a fin de precisar el tipo penal:

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.

Esta última modificación, denota mayor claridad en su comprensión y es la que se encuentra vigente hasta la fecha, debido a que precisa de mejor manera cuales son las conductas que son sancionadas penalmente. Así pues, destierra el uso del verbo “abusar” sustituyéndolo por “participar”, esto, implica un cambio también en la concepción de abuso de poder económico, y con ello quiero expresar lo siguiente:

- a. La eliminación del verbo rector abusar que va acompañado de la circunstancia “de su posición dominante en el mercado”. En una conclusión temprana, la modificación ha despenalizado el abuso de posición de dominio del delito de abuso de poder económico, constituyéndola en una infracción administrativa de naturaleza relativa.
- b. Para la configuración de este delito, el supuesto acto ejecutado tiene que circunscribirse a una prohibición absoluta, pero además la capacidad que tiene el agente para poder “participar en acuerdos o prácticas anticompetitivas” también fundamenta y motiva el tipo.

4. DERECHO COMPARADO

– Chile

Con la dación del Decreto Ley 211 de 1973, que fija las normas para la defensa de la libre competencia, se establece los supuestos que vulneraría dicho principio y le otorgan de carácter ilícito penal:

- a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.
- b) La explotación abusiva por parte de una gente económico, o conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes. (Artículo 3)

Posteriormente, el Congreso Nacional de Chile mediante la incorporación de la Ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Ley 19.911) del año 2003, estableció que las conductas antes mencionadas no deben tener incidencia penal, pues el medio más idóneo para mitigar este tipo de conductas es con un modelo administrativo. Sin embargo, para el año 2016, a través de la Ley que perfecciona el sistema de defensa de la Libre Competencia (Ley 20.945) se reintroduce el tipo penal:

El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice 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, ser castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. (Decreto Ley N.º 211, Artículo 62)

5. ABUSO DE PODER ECONÓMICO EN EL PERÚ

El delito de abuso de poder económico se encuentra regulado en el artículo 232 del Código Penal, como fue previamente descrito. Cabe indicar que para la interpretación del tipo penal se debe recurrir a la técnica legislativa de la ley penal en blanco. A diferencia de la anterior redacción, la norma actual ha optado por remitir de modo directo a la norma extrapenal, así como señalar cuáles son las conductas que ameritan intervención por parte del derecho penal.

– Ley Penal en blanco

No queda duda de que cuando hablamos de la redacción del delito de abuso de poder económico, nos encontramos ante una ley penal en blanco, respecto a esto último, Hurtado Pozo (2015), sostiene que:

Es aquella que incrimina el comportamiento delictuoso de manera incompleta, sea reenviado, expresa o tácitamente, a otra disposición en que se prevé la sanción en la que se completa la descripción incompleta inacabada que se ha hecho de dicho comportamiento. (p. 125)

Doctrinariamente, el jurista Mir Puig (2016) indica que, se emplea las leyes penales para referirse a ciertos preceptos penales principales que, excepcionalmente, no expresan completamente los elementos específicos del supuesto de hecho de la norma secundaria, sino que remiten a otro u otros preceptos o autoridades para que complementen la determinación de aquellos elementos.

El supuesto de hecho no está de forma completa, por eso es necesario acudir a normas extrapenales para complementar el tipo. Asimismo, se presentan dos formas de leyes penales en blanco, en primer lugar, las denominadas propias, cuya característica estriba en que la norma de remisión es de rango inferior, como los reglamentos administrativos u ordenanzas; y, en segundo lugar, las impropias, que son aquellas cuya norma de complemento, es de igual o mayor jerarquía. (Peña, 2023)

En ese orden de ideas, es posible apreciar que en la primera parte de la redacción actual del delito de abuso de poder económico, “El que participa en acuerdo o práctica anticompetitiva sujeto a una prohibición

absoluta establecida en el Decreto Legislativo 1034 [...]”, en este caso, el artículo 232 del CP, nos reenvía al citado cuerpo normativo (remisión estática), “Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas”, la cual regula, investiga y sanciona las conductas que afecten o pongan en peligro la libre competencia, pero también, incorpora la remisión a una “norma que lo sustituya”, siendo esta una remisión dinámica. Entonces, es importante resaltar que nos encontramos ante una ley penal en blanco propia, puesto que la norma a la que nos remite la ley penal (artículo 232 del CP) es una de carácter administrativo. Sin embargo, existe una serie de conductas plasmadas en esta norma que son aplicables de sanción penal, las llamadas prácticas con prohibición absoluta, lo cual será explicado a mayor detalle en líneas posteriores.

6. EL DECRETO LEGISLATIVO 1034 COMO LA NORMA DE REMISIÓN

El Decreto Legislativo 1034 en Perú, también conocido como la “Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas”, fue publicado en el diario “El Peruano”, el 25 de junio de 2008 y tiene como propósito regular las acciones que puedan distorsionar la libre competencia en el mercado.

Este decreto legislativo lo que busca es prevenir y sancionar las prácticas anticompetitivas como el aprovechamiento indebido de una posición de poder y los pactos colusorios (verticales y/u horizontales) que limiten la libre competencia entre los agentes económicos.

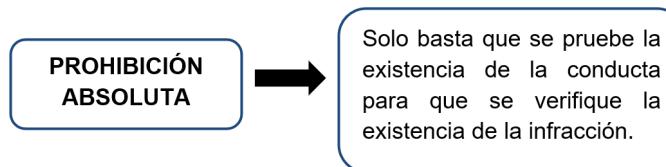
Además, otorga facultades al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) para investigar, sancionar y corregir estas conductas.

En suma, tiene como objetivo garantizar un entorno de mercado justo, libre y equitativo, que beneficie tanto a los consumidores como a las empresas, y a la colectividad en general. Debido a que la norma precisa que se sancionará aquellas “prácticas anticompetitivas sujetas a una prohibición absoluta”, resulta conveniente señalar qué entendemos por prohibiciones absolutas.

– Naturaleza de las prohibiciones

Como ya lo hemos mencionado anteriormente, lo que el Decreto Legislativo 1034 busca es prevenir y sancionar las conductas anticompetitivas, sin embargo, la norma citada hace una diferenciación para verificar la existencia de la infracción administrativa.

Figura 1

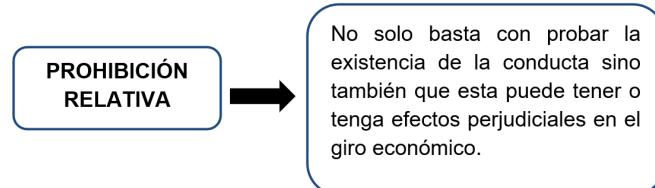


Fuente: Elaboración propia

Esto quiere decir que, para que se dé por probada la existencia de una infracción administrativa en los casos de una prohibición absoluta, únicamente es necesario que la autoridad administrativa compruebe la existencia de la conducta, sin que sea necesario verificar si existe o ha existido algún impacto negativo en la libre competencia (Delito de peligro abstracto). Por otro lado, del mismo cuerpo normativo se desprende la prohibición relativa, que dispone lo siguiente.

En otras palabras, cuando se está frente a un caso de prohibición relativa, a diferencia de la prohibición absoluta, para verificar la existencia de una infracción administrativa no basta con probar la existencia de la conducta, sino también tiene que probarse que dicha conducta tiene o podría tener efectos negativos para la libre competencia y el bienestar de los consumidores.

Figura 2



Fuente: Elaboración propia

- Conductas sancionadas por el Derecho Penal

Ahora bien, como la misma norma lo señala, el comportamiento típico de este delito “es participar de un acuerdo o practica anticompetitiva”, sujeto a una prohibición absoluta establecida en el Decreto Legislativo 1034.

Como ya se ha visto anteriormente, este Decreto contempla las conductas anticompetitivas en dos grupos: el primero sujeto a prohibición absoluta y la segunda sujeta a prohibición relativa, siendo únicamente sancionadas penalmente las que se encuentran en el primer grupo.

Siguiendo esa línea, el Decreto Legislativo 1034 en su artículo 11 numeral 2 ha establecido cuales son las conductas sujetas a prohibición absoluta; cabe resaltar que estas son las únicas conductas que se encuentran sujetas a esta prohibición absoluta, debido a que las demás conductas contempladas en la norma están sujetas a prohibición relativa.

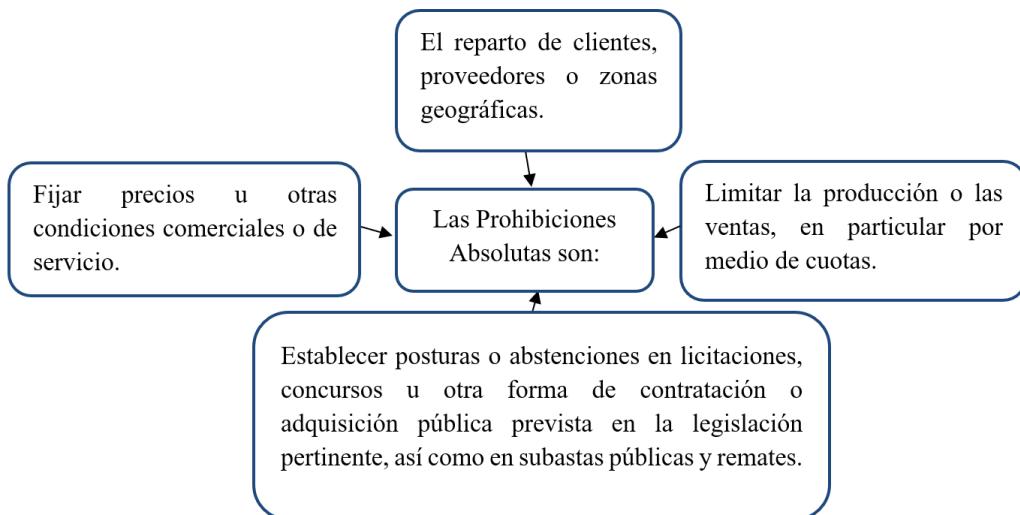
Dado que, las conductas prohibidas de carácter absoluto son específicas, se debe excluir, por lo tanto, los demás actos se constituyan como relativos, de acuerdo con el principio de legalidad, solo serán sancionadas por ser infracciones administrativas mas no bajo el título de “delito”.

7. TIPICIDAD OBJETIVA

- Sujeto Activo

El delito de abuso de poder económico reduce al sujeto activo a “El que”, a primera impresión se puede señalar que no nos encontramos ante un delito de naturaleza especial, debido a que la norma no señala alguna cualidad especial que deba cumplir el sujeto activo, por lo que cualquier persona puede cometer este delito; en ese sentido puede ser sujeto activo de este ilícito penal, una persona natural, así como algún representante o varios de una persona jurídica.

Figura 3



Fuente: Elaboración propia en base a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1034

Sin embargo, es de tener en cuenta lo señalado por Bramont-Arias y García (1998), quienes sostienen que para este delito “el sujeto activo puede ser cualquier persona, aunque en la mayoría de los casos serán representantes de personas jurídicas dedicadas al comercio o a la industria” (p. 442).

Adicionalmente, el profesor García Cavero (2021) señala que no se le puede atribuir responsabilidad penal directamente a la persona jurídica, puesto que la Ley 30424 no lo ha considerado. No obstante, si es posible de obtener consecuencias accesorias del artículo 105 del Código Penal e incluso ser considerado como tercero civilmente responsable al interior del proceso penal.

- Sujeto pasivo

El sujeto pasivo de este delito es el Estado pues es el único titular del bien jurídico. No obstante, se debe precisar que los efectos del tipo penal también tienen incidencia en la colectividad, entendida como “el grupo de personas que se verían afectadas con la distorsión de la libre competencia”. (Bramont-Arias & García, 1998, p. 442).

De acuerdo con el principio de lesividad, el Derecho penal solo interviene cuando el bien jurídico del sujeto pasivo haya sido expuesto a peligro (concreto o abstracto), o en todo caso, lesionado por la conducta delictiva del autor. Es importante agregar que, en algunos casos el comportamiento del autor no recae

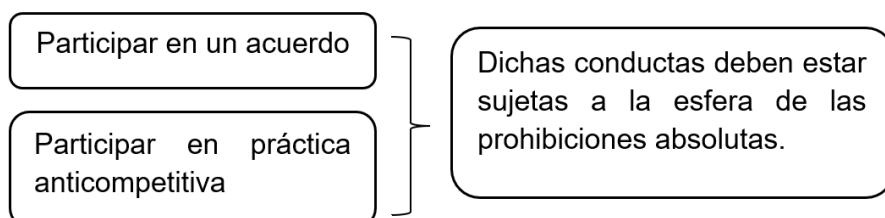
directamente en el sujeto pasivo sino en otro agente diferente (sujeto pasivo de la acción). Entonces existe un sujeto pasivo de la acción que es aquel al cual recae la acción típica del autor y un sujeto pasivo del delito que es aquel al cual la acción típica del autor le vulnera el bien jurídico tutelado.

En ese orden de ideas, surge una problemática cuando se considera que los particulares y el Estado también pueden verse directamente afectados por actos arbitrarios derivados de un ejercicio abusivo del poder. En este sentido, es fundamental distinguir entre el sujeto pasivo del delito (el Estado) y el sujeto pasivo de la acción (la colectividad).

- Conducta típica

Para exemplificar: En el sector farmacéutico (mercado relevante), el director comercial de Farma A se reúne con sus homólogos Farma B y Farma C, las tres principales empresas distribuidoras de medicamentos en el país. Durante la reunión, acuerdan fijar los precios de ciertos medicamentos esenciales, como antibióticos y analgésicos, estableciendo un margen mínimo que impide que cualquier otra empresa ofrezca precios más bajos. Puesto que al ellos ya consolidados en el rubro, la modificación o alteración de los precios no impacta en gran medida.

Figura 4

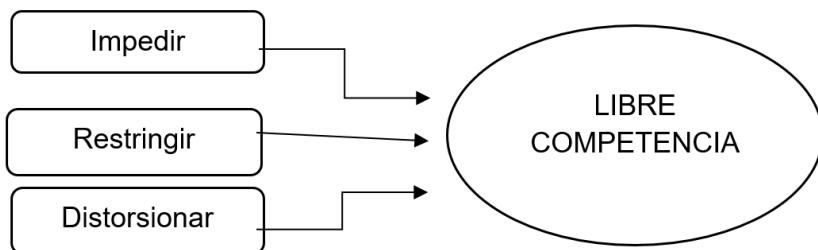


Fuente: Elaboración propia en base al artículo 232 del Código Penal

Dicho acuerdo tiene como objetivo impedir la libre competencia, asegurando que ninguna de las empresas reduzca los precios en detrimento de las otras, evitando así la competencia por costos. Esta conducta configura una práctica colusoria horizontal de fijación

de precios, así como , un acto de participar en un acuerdo para restringir la competencia y generar un perjuicio a los consumidores y al mercado. Aunado a ello, estos elementos lo constituyen como un delito de tendencia interna trascendente.

Figura 5



Fuente: Elaboración propia en base al artículo 232 del Código Penal

- Bien Jurídico Protegido

En lo que respecta a los delitos económicos, Tiedemann (2000) señala que estos afectan a un interés personal del agente y afectan a la colectividad al poner en peligro el balance y correcto funcionamiento del orden económico.

En concordancia con lo anterior, sostenemos que este delito protege de forma mediata como bien jurídico, al orden económico, entendido como el correcto funcionamiento del sistema económico, y de forma inmediata, como la propia norma lo indica, es la libre competencia, esta última debe entenderse como "el libre acceso a la actividad económica, referido a la

participación de las personas naturales y jurídicas en actividades económicas de su preferencia, siempre que no vayan en contra del ordenamiento jurídico" (Mazuelos, 1995, como se citó en Bramont-Arias y García, 1998).

Así mismo, tal como lo indica el profesor Abanto Vásquez (1997) "la libertad de competencia como valor, dentro de una economía social de mercado, ha sido unánimemente reconocida como bien jurídico" (p. 144).

Por ello, el bien jurídico protegido en el delito de abuso de poder económico es, tanto el orden económico, así como la libre competencia.

8. TIPICIDAD SUBJETIVA

Relacionado a la responsabilidad del agente, este delito únicamente admite la forma dolosa de comisión, por lo que no resulta posible su realización de forma culposa. A diferencia de otros tipos penales que quedan integrados en su totalidad por el dolo, el delito de abuso de poder económico requiere, además, en el sujeto otros elementos para la configuración del tipo. Bien lo reconoce Villavicencio (2006) al señalar que estos elementos se presentan con propósitos especiales que de forma más detallada caracterizan el tipo penal, puesto que además del aspecto cognitivo y volitivo del dolo, para hacer de un tipo con distinción propias, en ocasiones se requiere de complementar la base, lo que deriva a que el sujeto activo también intensifique su ámbito de responsabilidad al ejecutar el hecho ilícito, lo que, definitivamente, no da a lugar a un delito por imprudencia (culpa).

Aunado a ello, Bramont-Arias y García (1998) sostienen que para la configuración de este ilícito "se exige un elemento subjetivo del tipo consistente en la finalidad impedir, restringir o distorsionar la libre competencia" (p. 443).

Entonces, necesariamente se requiere el dolo y adicionalmente a ello el elemento subjetivo del tipo, el cual es buscar como finalidad impedir, restringir o distorsionar la libre competencia.

- Grado de desarrollo del delito

El delito de abuso de poder económico se consuma con la simple participación en el acuerdo o en las prácticas anticompetitivas sujetas a prohibición absoluta, es más, Bramont-Arias y García (1998) sostienen que "no se exige que efectivamente se haya alterado la libre competencia en el mercado, es suficiente con tener dicha intención" (p. 443).

Mientras que, García Cavero (2007) señala que no basta con la realización de una conducta que se califique administrativamente como abuso de posición de dominio, sino que es necesario determinar en estas conductas la lesividad de carácter penal. Entonces, el tipo penal debe producir un resultado de afectación a los agentes económicos, esto lo vuelve, en un delito de resultado.

Como es posible de apreciar, existe una controversia en la interpretación del tipo respecto a la consumación. No obstante, comparto la primera tesis y es que, se entiende que se estaría ante un delito de peligro, y, en caso de que no se logre impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, no cabe problema en admitir la figura de la tentativa en este delito.

Ello va acorde con la naturaleza de la prohibición absoluta del Decreto Legislativo 1034, debido a que, para corroborar la existencia de una conducta sujeta a esta prohibición, solo basta con evidenciar

la existencia de la conducta, más no acreditar alguna afectación concreta a la libre competencia.

9. PRINCIPALES PROBLEMAS PRAGMÁTICOS DEL DELITO DE ABUSO DE PODER ECONÓMICO

¿Delito de persecución especial?

Como es sabido el delito de abuso de poder económico tiene como elemento imprescindible que, la autoridad administrativa correspondiente, en este caso INDECOPI, establezca la existencia de una conducta anticompetitiva sujeta a prohibición absoluta, esto es, que emita antes una sanción administrativa firme por infringir las prohibiciones absolutas, caso contrario el Ministerio Público no podrá perseguir penalmente, pese a ser el titular de la acción penal.

En ese sentido, pasaremos a realizar un breve recorrido de cómo llega la "*notitia criminis*" desde sede administrativa, hasta el fiscal de turno competente. Pero antes, es menester precisar cuáles son las autoridades competentes para obrar en sede administrativa.

- **La Comisión:** En la cúspide de la jerarquía se encuentra este órgano que va a ser el encargado en hacer cumplir la Ley en competencia, es decir, es la autoridad encargada de declarar la existencia de una conducta anticompetitiva e imponer la sanción correspondiente.
- **La Secretaría Técnica:** Goza de autonomía técnica lo que le permite realizar la labor de "instructor del procedimiento de investigación" para efectuar investigaciones preliminares, iniciar de oficio el procedimiento de investigación y sanción; y, en caso se tratase de una denuncia de parte, tiene la facultad de calificarla pudiendo establecer si es admisible, inadmisible o improcedente.
- **El Tribunal:** Es la parte encargada de revisar en segunda y última instancia los actos impugnables emitidos por la Comisión o la Secretaría Técnica.

Teniendo una idea general de las autoridades administrativas, podemos describir brevemente como es que inicia el procedimiento administrativo, hasta terminar el mismo en sede penal.

Así pues, la investigación en sede administrativa puede iniciar de oficio como también por denuncia de parte, posteriormente, de forma discrecional y mediante resolución motivada, se podrá iniciar o no con el procedimiento administrativo sancionador. En caso la Secretaría Técnica decida continuar, se correrá traslado a la Comisión de la resolución de inicio de procedimiento, en un plazo no mayor de cinco días hábiles, mismo plazo tiene la Secretaría para notificar a los denunciados, denunciantes y a los apersonados al procedimiento.

Después, el denunciado podrá contestar los cargos que se le imputan en un plazo de treinta días hábiles, vencido el plazo de contestación anteriormente referido, se dará inicio con la investigación administrativa, también conocido como “periodo de prueba”, el cual no podrá exceder de los 7 meses, contados desde el vencimiento del plazo de la contestación.

Al finalizar el periodo de prueba dentro de los treinta días hábiles desde su conclusión, la secretaría técnica deberá emitir un informe técnico, el cual será notificado a las partes, con la finalidad de realizar alegaciones y presentar escritos solicitando la palabra, dichos escritos deberán ser dirigidos a la Comisión dentro de treinta días hábiles de emitido dicho informe. Una vez vencido el plazo, y dentro de cinco días hábiles, la secretaría técnica pondrá en conocimiento de la Comisión lo actuado en el procedimiento, su Informe Técnico, las alegaciones de las partes en relación con el Informe Técnico y, de ser el caso, las solicitudes de uso de la palabra que se hubieran presentado.

Luego, la Comisión cita a audiencia con la finalidad de escuchar las alegaciones de las partes y posteriormente resolver motivadamente, todas las cuestiones que se deriven del expediente y respetando el debido procedimiento.

La resolución final de la Comisión podrá ser apelado por las partes ante el Tribunal, por lo que los apelantes, podrán presentar alegaciones y posterior a ello, a pedido de parte o de oficio, el Tribunal citará a audiencia de informe oral y finalmente el Tribunal emitirá la resolución definitiva que agota la vía administrativa, por lo que no cabe la interposición de recurso alguno.

Una vez haya quedado definitiva la resolución que pruebe la existencia de una conducta anticompetitiva sujeta a prohibición absoluta, 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, deberán correr traslado de dicha resolución al Ministerio Público, bajo responsabilidad institucional.

Ahora bien, de acuerdo con la segunda disposición complementaria final de la Ley 31775, una vez obtenida la Resolución, se dará inicio a lo siguiente:

El Ministerio Público, en su calidad de titular de la acción penal, una vez que toma conocimiento de la resolución inicia la investigación preparatoria por la comisión del delito de abuso del poder económico establecido en el artículo 232 del Código Penal.

Es menester señalar que el artículo 36.4 del Decreto Legislativo 1034, comete el grave error de indicar que únicamente se debe correr traslado a la resolución definitiva que pruebe la existencia de conductas anticompetitivas, la Ley 31775 refuerza este error al señalar que una vez tome conocimiento el fiscal

de dicha resolución, deberá iniciar la investigación preparatoria. La justificación de nuestra postura radica en que el fiscal debe contar con toda la información disponible para iniciar con el proceso penal, no basta con que únicamente se traslade la resolución definitiva en sede administrativa, lo ideal sería que poner en conocimiento del Ministerio Público todo el expediente administrativo.

Ahora bien, el fiscal al tomar conocimiento, únicamente de la resolución definitiva en sede administrativa, tendrá que iniciar la investigación preparatoria, a través de las diligencias preliminares, como lo indica el Código Procesal Penal, puesto que se necesitarán de más medios probatorios que una resolución administrativa para exigir un estándar probatorio mayor al de sospecha simple y formalizar la investigación, por lo que, nuestra postura es que el inicio de la investigación preparatoria a la que se refiere la segunda disposición final complementaria de la Ley 31775 es al inicio de diligencias preliminares.

El problema del estándar probatorio en sede administrativa

Este es un aspecto para considerar prioritariamente, puesto que uno de los aspectos que atentan contra el delito de abuso de poder económico es la del estándar probatorio para determinar la existencia de una conducta anticompetitiva a nivel del derecho administrativo.

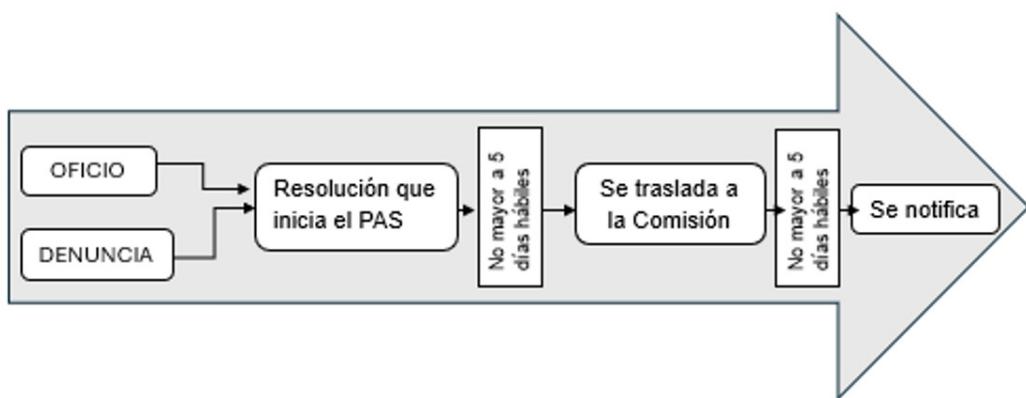
Es sabido que para emitir una sentencia de condena firma en el derecho penal, se requiere de un estándar probatorio, más allá de toda duda razonable, tan es así, que, en caso de existir duda razonable, se declara la absolución. Sin embargo, no ocurre lo mismo en sede administrativa, es más, existe un problema latente, puesto que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI, mediante Resolución 030-2018/CLC-INDECOPI (2018), ha señalado que:

Tratándose de infracciones de índole administrativa, los procedimientos en materia de defensa de la libre competencia se caracterizan por un estándar de prueba menos rígido que el aplicable en los procesos penales, formal y materialmente más elevado, debido a la gravedad de las penas que se pueden aplicar a quienes resulten responsables. (fundamento jurídico. 43)

Es decir, para INDECOPI, el estándar probatorio para determinar las infracciones en los procedimientos administrativos, es menos rígido por no ser una sanción penal. Sin embargo, dicho criterio es errado debido a que puede poner riesgo los procesos penales que derivan de una resolución administrativa firme, puesto que puede ocurrir que en sede administrativa se hayan declarado probados hechos que en sede penal pueden no estar probados adecuadamente, en consecuencia, se afectaría directamente el curso de ese proceso penal.

Figura 6

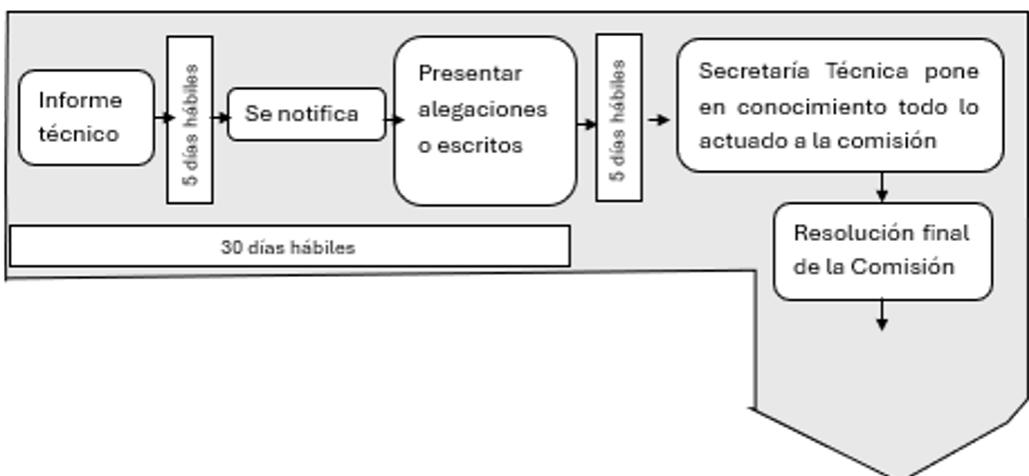
Momento 1



Momento 2



Momento 3



Fuente: Elaboración propia en base a lo dispuesto en el DL 1034

En esa misma línea, nos hallaremos ante un potencial deterioro del derecho constitucional a la presunción de inocencia, con el consiguiente impacto en el ámbito penal; y es que, cualquier decisión de la autoridad administrativa que se fundamente en un estándar probatorio menor que el penal, puede condicionar el análisis de la Fiscalía y del juez penal. Por ejemplo, si el juez considera no probados determinados hechos o conductas que el Indecopi sí consideró probados, lo que sucederá es que *"el procedimiento sancionador a cargo de este último podría quedar sin fundamento probatorio y devenir en nulo o infundado"* (Stucchi & Ballon, 2022, p. 241).

Lo señalado anteriormente es correcto, al no existir un mismo estándar probatorio entre el derecho penal y el derecho administrativo, en efecto, se puede occasionar la ineficacia de la persecución de este delito en sede penal.

– **Possible uso de la Cuestión Prejudicial**

Un problema adicional que tiene el delito de abuso de poder económico es que es posible forzar la utilización de una cuestión prejudicial e inclusive ganar la disputa en sede extrapenal.

Como ya lo ha establecido el artículo 41 del Decreto Legislativo 1034, las resoluciones emitidas por el Tribunal de Indecopi son firmes y ponen fin a la vía administrativa, siendo únicamente posible interponer contra esta, una demanda contenciosa administrativa, con la finalidad de solicitar la nulidad de la ficha resolución.

Entonces, pongámonos en el caso de que el fiscal decide formalizar la investigación, sin embargo, como defensa yo podría interponer una demanda contenciosa administrativa en la vía correspondiente, y posteriormente, en la vía penal podría solicitar una cuestión prejudicial, hasta que el juez competente se pronuncie sobre la demanda contenciosa administrativa, generando así una dilación del proceso penal principal, peor aún en el caso de que se declare la nulidad de la resolución administrativa firme, lo cual generara que nuevamente se tenga realizar las actuaciones.

En ese sentido, como es posible apreciar, existe la posibilidad de forzar una cuestión prejudicial en el proceso penal con la finalidad de dilatar el mismo de forma innecesaria.

10. CONSIDERACIONES FINALES

Es claro que la reincorporación y posterior modificación del delito de abuso de poder fue apresurado, sin tomar en consideración los diversos factores involucrados para lograr la aplicación correcta de este tipo penal, también, es evidente que los legisladores optaron por la criminalización de esta conducta por ser la salida más fácil en lo que respecta a la solu-

ción de los problemas que puede sufrir y sufre la sociedad peruana. En ese sentido este delito es la clara evidencia que todas las conductas no pueden ser solucionadas a través del derecho penal, ello se refleja en el nulo número de sentencias que existe por este delito.

Por último, cabe resaltar que este delito merece ser objeto de estudio con la finalidad de dar soluciones a los problemas de aplicación que presenta en la práctica, así como una propuesta de reestructuración del tipo penal o en el mejor de los casos de su derogación y optar por solucionar este problema a nivel administrativo, como se ha ido manejando hasta antes de su reincorporación, respetando así el principio de mínima intervención del derecho penal.

Respecto del estándar probatorio, una solución a esta problemática es establecer que para sancionar las conductas anticompetitivas sujetas a prohibición absoluta, el Tribunal de INDECOPI deberá tener un estándar probatorio de más allá de toda duda razonable al momento de emitir su resolución firme, debido a que estos pasaran automáticamente a sede penal, lo cual implica que se mantendría el mismo estándar probatorio y se evitaría la ineficacia de perseguir el delito de abuso de poder económico.

Finalmente, dado que estas conductas son perseguidas administrativas y penalmente, resulta necesario que se establezca un criterio de delimitación en ambos, por ejemplo, de carácter cuantitativo en los supuestos más graves de perjuicio económico o de carácter cualitativo, cuando se requiera un elemento adicional o desvalor de la acción.

11. SOLUCIONES

1. Una solución a esta situación implica una revisión profunda del tipo penal, dotándolo de una redacción clara y precisa que permita diferenciar de forma concreta las conductas que merecen sanción penal de aquellas que pueden resolverse por la vía administrativa.
2. En esa línea, sería oportuno considerar su despenalización total o su restructuración, reservando su uso solo para los casos más graves, con altos niveles de afectación económica o intencionalidad probada. Esta delimitación permitiría que la vía penal no se utilice de forma redundante o innecesaria frente a mecanismos administrativos más eficientes y menos invasivos.
3. Una delimitación clara entre lo administrativo y lo penal, a través de criterios objetivos, como el nivel de perjuicio económico (cuantitativo) o el contenido doloso de la conducta (cualitativo).
4. La adopción desde el inicio de un estándar probatorio penal, mediante un procedimiento especial dentro de INDECOPI, que eleve los requisitos

de prueba en estos casos, asegurando una investigación técnica más rigurosa, al menos cuando se prevea una posible derivación del caso al Ministerio Público.

12. CONCLUSIONES

1. El delito de abuso de poder económico ha experimentado una evolución legislativa inestable, siendo incorporado, derogado y reincorporado en el ordenamiento jurídico peruano. Su tipificación actual en el artículo 232 del Código Penal responde a la intención del legislador de sancionar prácticas anticompetitivas con prohibición absoluta, pese a los cuestionamientos sobre su necesidad y eficacia.
2. La criminalización del abuso de poder económico rompe con el principio de intervención mínima del Derecho Penal, trasladando conductas tradicionalmente sancionadas en sede administrativa al ámbito penal. Esta decisión legislativa carece de una justificación político-criminal clara y genera problemas de coordinación entre INDECOPI y el Ministerio Público.
3. Existe un problema con relación al estándar probatorio en sede administrativa, debido a que el INDECOPI ha señalado que el estándar probatorio de las infracciones administrativas es menos rígido a comparación del derecho penal, lo cual puede generar la ineficacia de la persecución del delito de abuso de poder económico.
4. La criminalización de las conductas en búsqueda de la solución a los problemas que sufre la sociedad peruana suele ser contraproducentes como es en este caso, que, por el grado de dificultad de interpretación, hace que en general el tipo penal sea inutilizable, y como consecuencia de ello la conducta quede impune.

Lista de referencias

Abanto Vásquez, M. (1997). La protección penal de la competencia. *THEMIS Revista De Derecho*, (36), 143-154. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11732>

Bramont-Arias Torres, L. & García Cantizano, M. (1998). *Manual de Derecho Penal: Parte Especial* (4.^a ed.). Editorial San Marcos.

Cázares Sánchez, C. (2017). El Derecho Económico, Regulador del Abuso del Poder Económico: Hacia una Regulación del Mercado Alimentario Nacional. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 62(258), 229–256. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2012.258.60730>

Constitución Política del Perú (1993). *Diario Oficial El Peruano*.

Congreso Nacional de Chile. (2016, 30 de agosto). Ley 20.945. *Perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia*. Diario Oficial de la República de Chile 41.546. <https://www.diariooficial.interior.gob.cl/edicionelectronica/index.php?date=30-08-2016&edition=41546>

Congreso de la República del Perú. (2020, 29 de agosto). Ley 31040. *Ley que modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración*. Diario Oficial El Peruano 15609. <https://busquedas.elperuano.pe/cuadernillo/NL/20200829>

Congreso de la República del Perú. (2023, 7 de junio). Ley N°. 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, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de conductas anticompetitivas, para combatir los cárteles y fomentar la libre competencia*. Diario Oficial El Peruano 17288.

<https://busquedas.elperuano.pe/cuadernillo/NL/20230607>

Comisión de Defensa de la Libre Competencia. (2018, 14 de mayo). Resolución 030-2018/CLC-INDECOPI. <https://servicio.indecopi.gob.pe/busquedoresoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/8674348cf4d7-46ae-a60b-a2f7935b9c00>

Hurtado Pozo, J. (2015). *Compendio de Derecho Penal económico: Parte general*. Fondo Editorial PUCP

Junta de Gobierno de Chile. (1973, 22 de diciembre). Decreto Ley 211. *Fija normas para la defensa de la libre competencia*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=5872>

Peña Cabrera, R. (2023). *Tratado de Derecho Penal: Estudio programático de la parte general*. (4.^a ed.). Instituto Pacífico.

Presidencia de la República del Perú. (2008, 25 de junio). Decreto Legislativo 1034. *Decreto legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas*. Diario Oficial El Peruano.

Presidencia de la República del Perú. (1991, 8 de abril). Decreto Legislativo 635. Código Penal.

Mendoza Antonioli, D. (1995). Aspectos generales de la libre competencia y los monopolios en el Decreto Legislativo 701. *Derecho & Sociedad*, (10), 128-131. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14316>

Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal. Parte General*. (10.^a ed.). Editorial B de F.

Rodríguez Cairo, V. (2021). Principio constitucional de la libre competencia. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana De Derecho Constitucional*, 1(44), 257–289. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2021.44.16165>

Tassano, H. (2016). Competencia y regulación. *Derecho PUCP*, (76), 105-121. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201601.004>

Stucchi, P., & Ballon Estacio, F. (2021). Abuso de poder económico, acaparamiento y especulación. *Giuristi: Revista De Derecho Corporativo*, 2(4), 233–247. <https://doi.org/10.46631/Giuristi.2021.v2n4.07>

Tiedemann, K, (2000). *Derecho penal económico y nuevas formas de criminalidad* (M. Abanto Vásquez, trad.). Grijley.

Villavicencio, F. A. (2006). *Derecho penal: Parte general*. Grijley.

García Cavero, P. (2007). *Derecho Penal Económico* (2.^a ed., vol. 1). Grijley.

García Cavero, P. (2022). *Derecho Penal Económico. Parte General*. Instituto Pacífico.