

LA INTERVENCION PREVIA DEL INDECOPI EN EL PROCESO PENAL: UN MODELO PARA DESARMAR

Dino Carlos Caro Coria
Bachiller en Derecho
Pontificia Universidad Católica

Uno de los principales problemas estudiados por el derecho penal económico¹ consiste en establecer la relación, límites e idoneidad de las regulaciones administrativas y de derecho penal dirigidas a proteger el modelo económico promovido por el Estado².

En el ámbito nacional, esta temática ha cobrado actualidad desde la creación del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), encargado de investigar y sancionar las prácticas monopólicas y de competencia desleal, así como las que atentan contra los derechos intelectuales y de los consumidores, entre otras. Estos actos, además de constituir ilícitos administrativos configuran en muchos casos conductas delictivas sancionadas por el Código Penal.

De este modo, pueden plantearse, por ejemplo, interrogantes acerca de los límites entre el ilícito administrativo y penal, o sobre la vinculación entre las resoluciones administrativas y las sentencias penales. Sobre esto último, la resolución bajo comentario constituye, a partir de la instauración del INDECOPI, el primer precedente en la materia. De ella sólo abordaremos sus aspectos procesales.

I. ¿QUE SUCEDIO?

1. En marzo de 1993, la División de Investigación de Delitos Económicos de la Policía Nacional del Perú intervino los establecimientos de las empresas «E. Wong S.A.» y «Metro», por considerar que estas entidades venían comercializando ilegalmente azúcar importada de Guatemala y Estados Unidos.

¹ Sobre el concepto véase: Tiedemann, Klaus. Poder económico y delito. (Introducción al derecho económico y de la empresa). Traducción de Amelia Mantilla Villegas. 1ª ed. Ed. Ariel. Barcelona, 1985. Pg. 10 y ss. En la doctrina nacional: Bramont-Arias Torres, Luis F. Delitos económicos y bien jurídico. En: Ius Et Veritas. N° 5. Año 3. 1992. Pgs. 85 y ss. Miguel Bajo Fernández (Manual de derecho penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos. 2ª ed. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1989. Pgs. 394 y 395) establece un concepto estricto y uno amplio de derecho penal económico. En sentido estricto es el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía. A partir de este concepto el contenido del derecho penal económico se limita a los delitos que atentan contra la formación de precios, los delitos monetarios, el contrabando y el delito fiscal. De otro lado, sobre la base de los estudios criminológicos, se ha elaborado un concepto amplio de derecho penal económico para incluir al conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. De esta manera se incluyen en este grupo los delitos de insolvencia, la competencia ilícita, la usura, la estafa, los fraudes alimentarios, los delitos laborales, los delitos societarios, la malversación de caudales públicos, la falsedad documentaria, entre otras. Para Klaus Tiedemann (Lecciones de derecho penal económico. Comunitario, español, alemán. 1ª ed. Ed. PPU. Barcelona, 1993. Pg. 31) el concepto amplio de derecho penal económico es producto de la evolución de la legislación y la doctrina.

² En el Perú, tanto la derogada Constitución Política de 1979 (artículo 115) como la de 1993 aprobada por referéndum (artículo 58) asumen el modelo de economía social de mercado, aunque con importantes diferencias. Véase: El modelo económico adoptado por el proyecto de Constitución de 1993. Entrevista a Jorge González Izquierdo. En: Ius Et Veritas. N° 7. Año IV. 1993. Pgs. 206 y ss. véase también: Las reformas de los contenidos económicos de la Constitución de 1979. Apoyo. Lima, 1993.

La ilegalidad se debía a que el producto era envasado por la empresa Deperza S.A., ubicada en Lima, en bolsas que no consignaban la cantidad, calidad ni procedencia, situación que generaba error entre los consumidores. Adicionalmente, la mercadería no contaba con el timbre o precinto respectivo, pudiendo inferirse de ello la existencia de evasión tributaria.

2. En mérito al atestado policial, el 6 de abril de 1993 la titular de la Cuadragésimo Séptima Fiscalía Provincial Penal de Lima formalizó denuncia contra los representantes de dichas entidades, señores Efraín Wong Lu y Juan Carlos Justo Espinoza por la comisión de los delitos de publicidad engañosa (artículo 238 del C.P.) y comercio clandestino (artículo 272 del C.P.), en agravio de los consumidores y del Estado respectivamente.

3. El 12 de abril, la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI expidió la Resolución N° 001-93-INDECOPI/CPC, disponiendo iniciar de oficio acción administrativa contra la Empresa WONG S.A. por los hechos anteriormente descritos.

4. En sede judicial, la Juez Penal resolvió el 15 de abril devolver todo lo actuado al Ministerio Público, entendiéndose que se había omitido el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 16 del Decreto Ley 25868³, por lo que al amparo del artículo 4 del Código de Procedimientos Penales⁴ declaró fundada de oficio una cuestión previa.

5. La Fiscal Provincial interpuso el 20 de abril recurso de apelación contra la citada resolución.

6. Elevados los autos, el 13 de mayo, el Fiscal Superior dictaminó por que se confirme el auto apelado.

7. El 7 de junio, la Décima Cuarta Sala Penal Superior de Lima confirmó todos los extremos de la resolución de la Juez Penal.

8. Aunque no constituye un antecedente propiamente dicho, el 7 de julio, la Comisión de

Protección al Consumidor del INDECOPI declaró infundada la acción administrativa iniciada de oficio contra la empresa E. WONG S.A. El considerando N° 11 señala que no resulta de aplicación el artículo 238 del Código Penal, siendo impropio el inicio de un procedimiento penal.

II. ¿COMO RESOLVIO LA SALA?

Este es el fallo de la Décimo Cuarta Sala Penal Superior de Lima :

«EXPTE/ N° 208-93
SS. CASTELLARES CAMAC
ARDILES OCHOA
GUTIERREZ MAGALLANES
RESOLUCION N° 619

Lima, siete de Junio de mil novecientos noventa y tres

AUTOS Y VISTOS; vista la causa en audiencia pública, interviniendo como Vocal Ponente el doctor Castellares Cámac en aplicación de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo cuarenticinco de la Ley Orgánica del Poder Judicial; de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal Superior a fojas cuarenticuatro, y **ATENDIENDO**, además : Que, tanto el Decreto Ley veinticinco mil ochocientos sesentiocho-Norma legal que regula la Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI y el Decreto Legislativo número setecientos sesentiséis (sic), sobre Protección al Consumidor, han sido disposiciones legales, que han sido promulgadas con mucha anterioridad a la comisión de los hechos, en efecto el primer dispositivo legal, data del mes de Noviembre de mil novecientos noventa y tres, en tanto que el segundo es aún anterior, Noviembre de mil novecientos noventa y uno; que siendo así, la División de Investigación de Delitos contra el Orden Económico de la Policía Nacional, ha obviado el trámite previo a que se refiere el artículo dieciséis del Decreto Ley citado concordante con el artículo veintitrés del mismo dispositivo, este último que faculta a la Comisión de Protección al Consumidor, velar por el cumplimiento de dicha

³ Este dispositivo señala : «En los asuntos de competencia de cualquiera de los órganos funcionales del INDECOPI, no podrá recurrirse al Poder Judicial en tanto no se haya agotado previamente la vía administrativa. Para efectos de lo dispuesto en el presente Decreto Ley, se entiende que queda agotada la vía administrativa solamente cuando se obtiene la correspondiente resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.»

⁴ Esta norma establece que : «Contra la Acción Penal pueden promoverse : a) Cuestiones Previas... 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 todo lo actuado dándose por no presentada la denuncia...»

norma, entre otros, sobre rotulado en el envasado de productos, como es el caso presente, rotulado que debe contener las precisiones pertinentes, respecto al origen del producto y otros, que además, la norma (artículo dieciséis del Decreto Ley número veinticinco mil ochocientos sensentiocho) precisa que «no podrá recurrirse al Poder Judicial, mientras no se encuentre agotada la vía administrativa»; que siendo así, la Comisión de Protección al Consumidor, ha expedido la Resolución número cero cero uno-guion noventitrés-INDECOPI/CPC, de fecha doce de Abril último, al tener conocimiento de la situación creada en relación al azúcar de procedencia extranjera, importado por la Empresa «E. WONG» Sociedad Anónima, disponiendo iniciar de oficio el procedimiento Administrativo pertinente en contra de la citada Empresa, por presunta infracción a las normas de rotulado en el envasado del referido producto (fojas veintisiete); que siendo así, procesalmente dicha situación constituye la falta de un requisito de procedibilidad, a lo que se agrega que en autos, no aparece aún, el resultado final de la citada acción administrativa, por lo que debe confirmarse la resolución venida en grado, **FUNDAMENTOS**, por los que, **CONFIRMARON** : la resolución apelada de fojas veinticuatro, su fecha quince de Abril del año en curso, que DISPONE se devuelva todo lo actuado al Despacho del Señor Representante del Ministerio Público la denuncia penal formulada contra Efraín Wong Lu y Juan Carlos Justo Espinoza, a fin de que proceda

con arreglo a sus atribuciones. Notificándose y los devolvieron .->

III. EL PROBLEMA.

La Sala estableció que no es posible iniciar una acción penal, por delitos relacionados con materias de competencia del INDECOPI, sin que previamente se haya agotado la vía administrativa. Para ello, consideró que el artículo 16 de la Ley de Organización y Funciones de dicha entidad establece un requisito de procedibilidad cuya omisión da lugar a una cuestión previa.

Sin embargo, consideramos que esta resolución no sólo no tomó en cuenta las múltiples posibilidades de interpretación que ofrece el derecho comparado, sino que tampoco tuvo en consideración la legislación nacional vigente sobre la materia.

1. Se trata de bienes jurídicos difusos.

Uno de los puntos en discusión para la dogmática y la política criminal es el relativo a la caracterización de los bienes jurídicos en el ámbito del derecho penal económico. Ello está ligado a la discusión existente en torno a los llamados bienes jurídicos o intereses difundidos o difusos⁵ los cuales se relacionan con el funcionamiento del sistema y están al servicio de las bases de la existencia del mismo⁶.

⁵ Al respecto: Manuel Lozano-Higuero y Pinto (La protección procesal de los intereses difusos. Intereses de los consumidores, ecológicos, urbanísticos, el acceso a la R.T.V. Madrid, 1983. Pg. 155) señala que el interés difuso es el interés de un sujeto jurídico en cuanto compartido -expandido- o compartible -expandible- por una universalidad, grupo, categoría, clase o género de los mismos; cuyo disfrute, ostentación y ejercicio son esencialmente homogéneos y fungibles, y que adolece de estabilidad y coherencia en su vinculación subjetiva, así como de concreción normativa orgánica en sus tutelas material y procesal. De otro lado, Dante Barrios De Angelis (Introducción al estudio del proceso. La psicología y la sociología del proceso. El Ombudsman. La defensa de los intereses difusos. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1983. Pg. 127) expresa que la característica central de los intereses difusos es que corresponde a un grupo indeterminado de personas. En la doctrina nacional, véase: Anderson Puertas, María Gabriela. Intervención del Ministerio Público en la defensa del derecho al ambiente. Tesis. U.P. San Martín de Porres. Lima, 1991. De Trazegnies Granda. Derecho y contaminación. Lima, 1988. La responsabilidad civil extracontractual. PUCP. Lima, 1988. Graf Málaga, Silvina. La responsabilidad civil ambiental y la tutela de los intereses colectivos: Aspectos sustantivos y procesales. Tesis. PUCP. Lima, 1988. Payet, Jorge. La responsabilidad por productos defectuosos. PUCP. Lima, 1990.

⁶ Bustos Ramírez, Juan. Manual de derecho penal. Parte especial. 2ª ed. Ed. Ariel. Barcelona, 1991. Pg. 5 Del mismo. Perspectivas actuales del derecho penal económico. En: Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 1. Año I. Ed. Cuzco. Lima, 1993. Pgs. 65 y ss. Este autor distingue los bienes jurídicos referidos a las bases de la existencia del sistema de aquellos que están en conexión con el funcionamiento del mismo. Los primeros son los que tradicionalmente han sido llamados bienes jurídicos individuales. Inciden en las relaciones microsociales, como es el caso de la vida humana, la salud individual o la libertad. Sin ellos no es posible la existencia de ningún sistema social. En cambio, los relacionados con el funcionamiento del sistema inciden en las relaciones macrosociales, como es el caso del ambiente, la fe pública o la libre competencia. Sin ellos, el sistema puede existir, pero no funciona, o bien lo hace defectuosamente. Ellos están al servicio de las bases de existencia del sistema (vida, salud individual). Implican una actividad de intervención para corregir las disfunciones del sistema o para perfeccionarlo. En este orden de ideas, el autor distingue tres categorías de bienes jurídicos institucionales: los colectivos, los institucionales y los de control. Los delitos económicos atentados contra los bienes jurídicos institucionales colectivos, conocidos también como intereses social-supraindividuales (Véase: Tiedemann, Klaus. Lecciones de derecho penal económico. Pg. 32). Estos bienes colectivos se caracterizan por estar en conexión con las condiciones indispensables para que se den las bases de la existencia del sistema, como sucede con el ambiente, la calidad del consumo, la libre competencia, la política de ingresos y egresos del Estado. Están presentes en forma constante en el quehacer cotidiano de cada uno de los sujetos y grupos en que éste se integra. Su afeción impide el desarrollo real y efectivo de la vida, la salud individual, la libertad, etc.

Ahora bien, la gravedad de su afectación reside en la dañosidad social. En efecto, la circunstancia de que involucre a grandes números de personas, por una parte, y, por otra, que ello en muchos casos sea de modo permanente, hace que los costos sociales generados sean inmensurables.

Adicionalmente, las características propias de estos intereses y las de los actos que los vulneran⁷, hace que los mecanismos de protección tradicionales, creados para tutelar bienes jurídicos de distinto orden, evidencien una indiscutible ineficiencia. Ello ha motivado que en la actualidad se vengán revisando los instrumentos jurídicos penales y extra-penales del derecho sustantivo⁸ y procesal⁹ a fin de potenciar el enfrentamiento de las conductas lesivas de bienes jurídicos difusos.

2. Derecho Penal Económico Criminal y Contravencional.

En este sentido, la Política Criminal viene evaluando la conveniencia de contar con un derecho administrativo sancionador de las conductas que afectan intereses difusos relacionados con el orden económico. Este derecho es conocido también como derecho penal administrativo o derecho penal económico contravencional.

En el derecho comparado las propuestas son múltiples, pudiendo diferenciarse dos grandes modelos. De un lado, un modelo unívoco que canaliza la protección a través de un único sistema de control, sea este administrativo o penal. Quienes avalan este modelo creen que para la tutela de estos bienes jurídicos es suficiente recurrir a un sólo sistema, el cual deberá ser potenciado por el Estado.

Por otro lado, el segundo modelo acumula la intervención administrativa y el control penal, aunque estableciendo diferentes relaciones entre ambos. Dichas relaciones van desde la afirmación de la absoluta autonomía entre ambos controles, pudiendo inclusive coexistir soluciones contradictorias, hasta el establecimiento de una relación de dependencia en la que por ejemplo no es posible iniciar una acción penal si no existe una resolución administrativa sancionatoria.

El sistema peruano, conservando matices propios, se inscribe dentro de este segundo modelo.

Por nuestra parte, somos escépticos de la eficiencia del sistema penal en la tutela de estos intereses¹⁰. Sin embargo, consideramos que el derecho penal económico criminal presupone la existencia de un derecho penal económico contravencional. El establecimiento de delitos económicos sin la existencia anterior de organismos de control administrativo que refuerzen el control penal, no resultará siendo cosa distinta que un recurso puramente demagógico y contrario a los principios de un derecho penal moderno¹¹ de mínima intervención.

3. El modelo peruano.

La caracterización del modelo nacional la realizaremos a partir del caso analizado :

3.1 En cuanto a los delitos denunciados, el Código Penal¹² tipifica el delito de publicidad engañosa en el artículo 238, sancionando al que por medio publicitarios hace afirmaciones falsas sobre la naturaleza, composición, virtudes o cualidades sustanciales de los productos o servicios anun-

⁷ Muchos de ellos sofisticados por el avance tecnológico.

⁸ En el ámbito penal, por ejemplo, se viene pensando en la posibilidad de incluir fórmulas de responsabilidad objetiva, instaurar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre otras reformas.

⁹ Se viene proponiendo la incorporación de vías procesales como la «class actions», la «public interest action», la «relator actions», así como nuevas legitimaciones en favor del Ministerio Público, el Defensor del Pueblo y las Organizaciones de Ciudadanos. También se ha propuesto la ampliación de los criterios de oportunidad procesal a fin de favorecer las soluciones reparatorias para las víctimas.

¹⁰ Además de las razones expuestas por la criminología crítica para demostrar que el sistema penal es selectivo y favorece la impunidad de la delincuencia de «cuello blanco», el análisis económico del derecho no favorece el uso del sistema penal en la tutela de intereses difusos por tratarse de un control ex-post de iniciativa estatal. Véase: Bullard, Alfredo-Fonseca, Yashmín. Alternativas para la protección legal de los derechos ambientales en el marco del desarrollo sostenible. Ponencia ante el Primer Congreso Latinoamericano de derecho ambiental. 1993.

¹¹ Bustos Ramírez, Juan. Perspectivas actuales del derecho penal económico. Pg. 76.

¹² Decreto Legislativo N° 635, publicado en el Diario Oficial «El Peruano» los días 8, 9 y 10 de abril de 1991, vigente desde el 26 de dicho mes.

ciados, capaces por sí mismas de inducir a grave error al consumidor. De otro lado, sanciona como delito tributario, en el artículo 272, el comercio clandestino.

3.2 Ahora bien, la defensa de los intereses de los consumidores no sólo opera a través del sistema penal, sino también mediante el derecho administrativo, a través de dos normas que regulan, de un lado, la publicidad en defensa de los consumidores¹³, y, del otro¹⁴, los derechos fundamentales del consumidor y las obligaciones del proveedor de bienes y servicios¹⁵. Esta última norma señala, en el artículo 39, que los proveedores que violen las normas establecidas en dicha ley serán sancionados administrativamente sin perjuicio de las acciones civiles o penales a que hubiere lugar.

De ello puede concluirse que la acción penal por delitos contra los derechos de los consumidores es, bajo este régimen, absolutamente independiente de las acciones que puedan iniciarse administrativamente.

3.3 Sin embargo, posteriormente se estableció que el control y supervisión administrativos del cumplimiento de las normas señaladas en el punto anterior quedaba a cargo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)¹⁶, entidad

administrativa del Estado dependiente del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales.

Es de destacarse, para efectos de nuestro análisis, que el artículo 16 de la Ley de creación del INDECOPI establece que «en los asuntos de competencia de cualquiera de los órganos funcionales del INDECOPI, no podrá recurrirse al Poder Judicial en tanto no se haya agotado previamente la vía administrativa», entendiéndose que el agotamiento opera con la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

Lo dispuesto en dicha norma no significó otra cosa que un cambio en la relación existente entre lo resuelto en sede administrativa y las resoluciones judiciales. Para el inicio de la acción penal resulta necesario agotar la vía administrativa.

3.4 Un mes después, la Ley General de Propiedad Industrial¹⁷ estableció en su Segunda Disposición Final que antes de iniciar la acción penal por los delitos a los que se refieren los artículos 216 a 220¹⁸, 222 a 225¹⁹, 232²⁰ y 238 a 240²¹ del Código Penal²², el Fiscal deberá solicitar el informe técnico del INDECOPI, el cual debe ser emitido en un plazo de cinco días y deberá ser apreciado por el Juez o Tribunal al resolver.

¹³ Decreto Legislativo No. 691, publicado el 6 de noviembre de 1991, vigente desde el 6 de diciembre de ese año.

¹⁴ Decreto Legislativo No. 716, publicado el 9 de noviembre de 1991, vigente desde el 9 de diciembre del mismo año.

¹⁵ Forno, Hugo. Protección del consumidor. En: *Invirtiéndolo en el Perú. Guía legal de negocios*. Beatriz Boza (editora). Ed. Apoyo. Lima, 1994. Pg. 273. También véase: Bullard, Alfredo. *Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor*. En: *El derecho civil peruano. Perspectivas y problemas actuales*. Ed. Fondo editorial de la PUCP. Lima, 1993.

¹⁶ Creado mediante el Decreto Ley N° 25868, publicado el 24 de noviembre de 1992, vigente desde el 25 del mismo mes.

¹⁷ Decreto Ley N° 26017, publicado el 28 de diciembre de 1992, vigente desde el 29 de ese mes.

¹⁸ Delitos contra los derechos de autor y conexos: piratería editorial y otras (artículo 216), circunstancias agravantes (artículo 217), plagio (artículo 218), exceso de circulación o edición (artículo 219) y receptación de obra intelectual (artículo 220).

¹⁹ Delitos contra la propiedad industrial: fabricación y uso de patentes (artículo 222), reproducción ilegítima de diseño o modelo industrial (artículo 223), uso fraudulento de marca industrial (artículo 224) y violación del derecho de marcas (artículo 225).

²⁰ Delito de abuso de posición de dominio en el mercado. Véase también el Decreto Legislativo N° 701 publicado el 24 de noviembre de 1991.

²¹ Otros delitos económicos: publicidad engañosa (artículo 238), fraude en la venta de bienes y en la prestación de servicios (artículo 239) y desprestigio comercial o industrial (artículo 240).

²² Una revisión general de estos delitos en: Tiedemann, Kalus. *Lecciones derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*. Varios traductores. 1ª ed. Ed. PPU. Barcelona, 1993. En la doctrina nacional: Lamas Puccio, Luis. *Derecho penal económico. Aplicado al nuevo código penal*. 1ª ed. Lima, 1993.

Por tratarse de una norma especial y posterior, debe entenderse que en la investigación de los delitos señalados anteriormente resulta suficiente, para iniciar una acción penal, el informe técnico del INDECOPI. Fuera de estos casos será necesario agotar la vía administrativa tal como dispone el artículo 16 del Decreto Ley 25868²³.

Hasta aquí, entonces, subsisten dos regímenes: uno especial que es el de la 2ª Disposición Final de la Ley General de Propiedad Industrial y otro general que corresponden al del artículo 16 de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI.

3.5 Por último, sólo dos días más tarde, de modo más amplio pero similar, la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal²⁴ estableció en su artículo 32 que antes de iniciar la acción penal por los delitos a que se refieren los artículos 165²⁵, 190²⁶, 191²⁷, 216 a 220²⁸, 222 a 225²⁹ y 238 a 240³⁰ del Código Penal³¹, en lo relacionado con la materia de dicha ley, el Fiscal deberá solicitar el informe técnico del INDECOPI, a emitirse también en cinco días y que deberá ser valorado por el Juez o Tribunal al resolver.

De esta manera, se incorpora un nuevo régimen especial, aplicable a los delitos señalados en el párrafo anterior, siempre que estos ilícitos se relacionen con la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

3.6 Ahora bien, aunque de inicio pudiera ofrecer dudas, se expidió luego el Decreto Supremo No. 03-94-ITINCI³², el cual dispone en el artículo 3 que la competencia de la oficina de Derechos de Autor

del INDECOPI, "no es óbice para que los interesados opten por recurrir en los asuntos que constituyan presunto delito, directamente a la vía penal.

Con ello, no se establece ninguna excepción más al citado régimen general. Lo cierto es que concuerda tanto con la Ley No. 26017, como con la Ley No. 26122, en el sentido de que ambas permiten recurrir a las particulares a denunciar el hecho ante la Fiscalía sin necesidad de agotarse la vía administrativa, pero el Fiscal no podrá denunciar ante el poder judicial sin el informe previo del INDECOPI.

En buena cuenta, el Decreto Supremo sólo desarrolla un aspecto nólcito en dichas Leyes, la posibilidad de los particulares de darle al Fiscal la "notitia criminis"

3.7 En síntesis, el marco normativo vigente establece un régimen general y dos casos de excepción

El régimen general está regulado en el artículo 16 del Decreto Ley 25868, y se aplica a los delitos no señalados en la 2ª Disposición Final de la Ley de Propiedad Industrial ni en el artículo 32 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Este es el caso, por ejemplo, de los delitos de acaparamiento (artículo 233), especulación (artículo 234) y adulteración (artículo 235), en los que para iniciar una acción penal será necesario agotar la vía administrativa.

Las dos excepciones a dicho precepto general están normadas precisamente en la 2ª Disposición Final de la Ley General de Propiedad Industrial y en el

²³ Algunos consideran que este régimen ha sido derogado implícitamente por la citada disposición de la ley de propiedad industrial. Nosotros consideramos que esta interpretación es inexacta, debido a que dichas normas no tienen idéntico ámbito de regulación, por lo que no ha operado derogación o sucesión normativa.

²⁴ Decreto Ley N° 26122, publicado el 30 de diciembre de 1992, vigente desde el 31 de ese mes.

²⁵ Delito de violación del secreto profesional.

²⁶ Delito de apropiación ilícita.

²⁷ Delito de hurto impropio.

²⁸ Véase la nota 18.

²⁹ Véase la nota 19.

³⁰ Véase la nota 21.

³¹ Además de los textos de la nota 22, véase: Bajo Fernández, Miguel. Manual de derecho penal. Parte especial. delitos patrimoniales y económicos. 2ª ed. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1989. En la doctrina nacional: Peña Cabrera, Raúl. Tratado de derecho penal. Parte especial. Tomo II. Ed. Ediciones Jurídicas. Lima, 1993.

³² Publicado el 19 de marzo de 1994, vigente desde el día siguiente.

artículo 32 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Para el inicio de la acción penal por los delitos a que hacen referencia tales normas, bastará con el informe técnico expedido por el INDECOPI.

Ahora bien, no obstante la claridad de las normas, la apreciación de esta temática en la doctrina nacional no ha sido integral. Al parecer se viene afirmando la existencia de un sólo régimen, sea el general³³ o los de excepción³⁴.

3.8 De todo esto, el modelo peruano acumula la protección administrativa y penal en la tutela de bienes jurídicos difusos relacionados con el orden económico, estableciendo dos tipos de relaciones entre ambos medios de control (el régimen general y sus dos excepciones).

Sobre esto último, cabe señalar que no existe una razón aparente que justifique este tratamiento heterogéneo. Resulta arbitrario señalar que en unos casos basta un simple informe técnico del INDECOPI, mientras que en otros, sin ser necesariamente los más graves, es necesario agotar la vía administrativa. Este sin sentido sólo evidencia la carencia de un criterio legal unificado, coordinado y coherente sobre esta temática³⁵.

Esta situación favorece la ineficiencia del sistema de control penal en materia de delitos económicos, pues al no existir una adecuada instrumentación administrativa, el sistema penal operará aisladamente, de modo simbólico, como un "golpe al vacío".

En buena cuenta, las posibilidades de reformar y sancionar a los delincuentes de cuello blanco, dependen directamente de la estructuración de un control administrativo efectivo al cual la norma penal le sirva de simple refuerzo. La utilidad de la protección penal de estos intereses difusos depende de la subsidiaridad de la misma.

4. La intervención previa del INDECOPI es un requisito de procedibilidad.

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 penal denomina «condiciones procesales»³⁶. El estudio de estas condiciones pertenece al derecho procesal penal³⁷.

Se conceptualizan como presupuesto procesales legalmente definidos, que deben satisfacerse antes

³³ Véase : Ugaz, José. Derecho penal económico. En : *Invirtiendo en el Perú. Guía legal de negocios*. Beatriz Boza (editora). 1ª ed. Ed. Apoyo. Lima, 1994. Pg. 311.

³⁴ Véase : Kresalja, Baldo. Represión de la competencia desleal. En : *Invirtiendo en el Perú. Guía legal de negocios*. Beatriz Boza (editora). 1ª ed. Ed. Apoyo. Lima, 1994. Pg. 294.

³⁵ A esto debe haber abonado el hecho de que las normas que establecieron el régimen general y sus excepciones fueron promulgadas con apuro durante los últimos en que el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional podía continuar legislando mediante Decretos Leyes

³⁶ También son conocidas como «condiciones», «requisitos» o «presuestos» de «perseguidibilidad», «procedibilidad», «procesabilidad» o «procesales».

³⁷ Actualmente un sector de la doctrina insiste en confundir las condiciones de procedibilidad con las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, cuyo análisis corresponde al derecho penal sustantivo.

La distinción entre ambas instituciones tiene importantes consecuencias prácticas. Las condiciones de procedibilidad constituyen presupuestos procesales que se oponen a la instauración de una relación procesal válida. Las condiciones objetivas de punibilidad son presupuesto de la punibilidad. Cuando falta una condición de procedibilidad el proceso se detiene y cuando falta una condición objetiva procede la absolución (vía la excepción de naturaleza de acción prevista en el artículo 5 del código de procedimientos penales, por tratarse de un supuesto en que : «...los hechos denunciados...no son justiciables penalmente»).

En la doctrina europea la diferencia se encuentra bastante difundida. En Alemania : Jescheck, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Traducción de José Luis Manzanera Samaniego. 4ª ed. Ed. Comares. Granada, 1993. Pgs. 506 y 507. En España : Bustos Ramírez, Juan. *Manual de derecho penal. Parte general*. 3ª ed. Ed. Ariel. Barcelona, 1989. Pg. 255. Cerezo Mir, José. *Curso de derecho penal español. Parte general I*. 2ª reimpresión de la 3ª ed. Ed. Técnos. Madrid, 1988. Pg. 255. Cobo del Rosal, M.-Vives Anton, T.S. *Derecho penal. Parte general*. 3ª ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1991. Pgs. 743 y ss. Martínez Pérez, Carlos. *Las condiciones objetivas de punibilidad*. Ed. Edersa. Madrid, 1989. Pgs. 94-105. Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 3ª ed. Ed. PPU. Barcelona, 1990. Pg. 163. Quintero Olivares, Gonzalo. *Derecho penal. Parte general*. Reedición de la 2ª ed. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1992. Pgs. 421 y ss. Rodríguez Devesa, José María-Serrano Gómez, Alfonso. *Derecho penal español. Parte general*. 16ª ed. Ed. Dykinson. Madrid, 1993. Pgs. 419 y 420. Sainz Cantero, José Antonio. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. 3ª ed. Ed. Bosch. Barcelona, 1990. Pgs 750-755.

En América Latina también es posible apreciar esta diferencia. En Argentina : Creus, Carlos. *Derecho penal. Parte general*. 2ª ed. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1990. Pgs. 276 y ss. No obstante, la diferencia es negada por Terán Lomas, Roberto A. *Derecho penal. Parte general*. Tomo 2. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1980. Pg. 75 y ss. y por Zaffaroni, Eugenio Raúl. (continúa en la siguiente página).

de ejercer la acción penal. Este es el caso, por ejemplo, de la querrela penal tratándose de los denominados delitos privados, la autorización para proceder fijada en determinados delitos contra la libertad sexual, el antejuicio constitucional para los efectos Parlamentarios, entre otros ejemplos.

En este orden de ideas, la inobservancia de una condición procesal da lugar a la procedencia de las cuestiones previas, las que incluso pueden ser declaradas de oficio por el juez³⁸ y tienen como consecuencia la declaración de la nulidad de todo lo actuado judicialmente.

IV. LA SALA EN EL BANQUILLO.

Consideramos que la Sala Penal Superior ha cometido dos graves errores :

1. Confirmó una resolución que declaró fundada una cuestión previa de oficio bajo el considerando que el delito de publicidad engañosa del artículo 238 del Código Penal tenía como requisito de procedibilidad el agotamiento de la vía administrativa ante el INDECOPI conforme al artículo 16 del Decreto Ley 25868.

Como ya se ha puntualizado, el régimen aplicable al artículo 238 de Código Penal es el de la 2ª Disposición Final de la Ley General de Propiedad Industrial o el del artículo 32 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Para ambas regulaciones, la condición de procedibilidad a satisfacer

es el Informe Técnico del INDECOPI y no el agotamiento de la vía administrativa.

2. Confirmó una resolución que omitió pronunciarse por el delito de comercio clandestino del artículo 272 del Código Penal denunciado por la Fiscal Provincial. Conforme al artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, las únicas posibilidades que tenía el Juez, en este extremo, eran las de abrir instrucción o denegarla.

De este modo, los efectos de la cuestión previa declarada fundada parecen alcanzar a la persecución de este delito, cuya acción penal, no está regida por ninguna condición de procedibilidad.

V. LOS INTOCABLES.

Múltiples investigaciones criminológicas críticas han demostrado la selectividad del sistema punitivo. Así, ha quedado revelado no sólo que existe una selección desfavorable a grupos sociales vulnerables, sobre quienes recae el peso de la ley penal y la etiqueta criminal. También se ha evidenciado una selección que, limitando o excluyendo la intervención penal, favorece, a pesar de los graves perjuicios que causan, a un grupo determinado de la sociedad, al que «casualmente» pertenecen quienes cometen delitos económicos. Los delincuentes económicos o de "cuello blanco" se sirven de todos los mecanismos extra-legales y legales del sistema tales como: las alternativas a la pena privativa de la libertad (condena condicional, conversión de

(Continuación de pie de pagina anterior).

Manual de derecho penal. Parte general. 5ª ed. Ed. Ediar. Buenos Aires, 1987. Pgs. 633 y ss. En Chile la diferencia es apuntada por: Cousiño Mc Iver, Luis. Derecho penal chileno. Parte general. Tomo I. Ed. Jurídica de Chile. Santiago, 1975. Pg. 630. Cury Urzúa, Enrique. Derecho penal. Parte general. Tomo I. Ed. Jurídica de Chile. Santiago, 1982. Pg. 299. Novoa Monreal, Eduardo. Curso de derecho penal chileno. Parte general. Tomo I. 2ª ed. Ed. Jurídica Ediar-Cono Sur Ltda. Santiago, 1985. Pg. 338.

En el Perú, la distinción ha sido conceptualizada por: San Martín Castro, César Eugenio. Las condiciones objetivas de punibilidad y su tratamiento procesal en el Perú. En: Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No. 39. Lima, 1985. Pgs. 355 y ss. En similar sentido: Villavicencio Terreros, Felipe. Lecciones de derecho penal. Parte general. 1ª ed. Ed. Cuzco. Lima, 1990. Pg. 134. Yon Ruesta, Roger. La excepción de naturaleza de acción en el Código Procesal Peruano. 1994. Lima (A publicarse en la revista del Foro del Colegio de Abogados de Lima). Sin embargo la confusión es mayoritaria: Bramont Arias, Luis Alberto. Temas de derecho penal. Tomo 4. Ed. San Marcos. Lima, 1990. Pgs. 121 y 122. Catacora González, Manuel. Lecciones derecho procesal penal. Ed. Cuzco. Lima, 1990. Pgs. 137-152. Del Valle Randich, Luis. Derecho procesal penal -cuestiones prejudiciales, cuestiones previas, excepciones. Ed. Imprenta Liurimsa. Lima, 1966. Pg. 103. Ezainé Chávez, Amado. Diccionario de derecho penal. 8ª ed. Ed. Ediciones Jurídicas Lambayecanas. Chiclayo, 1992. Pgs. 74 y 75. García Rada, Domingo. Manual de derecho procesal penal. 6ª ed. Ed. Sesator. Lima, 1980. Pgs. 28 y 29. Mixán Mass, Florencio. Derecho procesal penal. Tomo III. Ed. Ediciones Jurídicas. Lima, 1988. Pg. 180. Pelaez Bardáles, José Antonio. Manual-diccionario del código procesal penal peruano. Ed. AFA. Lima, 1993. Pg. 46. Peña Cabrera, Raúl. obra citada. Pgs. 156, 377 y 378 (tomo I), 420, 421 y 487 (tomo II). Roy Freyre, Luis. Derecho penal peruano. Tomo II. Editoriales Unidas S.A. Lima, 1975. Pg. 198. Urquiza Pérez, José. Práctica Forense Penal. Tomo I. 2ª ed. Ed. Impresiones Urquiza. Arequipa, 1982. Pgs. 33 y 34. Urtecho Benites, Santos. La cuestión prejudicial en el proceso penal. Ed. Imprenta Universidad Nacional de Trujillo. 1978. Pg. 145. Villagaray Hurtado, Raúl. Cuestiones prejudiciales y previas en la jurisprudencia nacional. Ed. Sesator. Lima, 1981. Pgs. 88 y ss.

Como era de esperarse, esta confusión se encuentra arraigada en la jurisprudencia nacional. Véase además: Jurisprudencia penal. Procesos sumarios. Corte Superior de Justicia de Lima. Tomos I, II y III. Ed. Cuzco. Lima, 1988 y 1990.

³⁸ Véase los artículos 4 y 77 del Código de Procedimientos Penales: Este régimen se mantiene, en términos generales, en el Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 638: artículos 5, 9, 10, 11 y 12, 113 y 114), aunque con un mayor desarrollo.

penas, exención de pena, reserva del fallo condenatorio, principio de oportunidad, cuestiones previas y prejudiciales, excepciones, etc). El sistema parece estar ideado para mantenerlos «intocables».

La actual relación entre la intervención administrativa del INDECOPI y la persecución de la delincuencia de cuello blanco favorece este estado de impunidad. Es un «modelo para desarmar».

VI. ANEXO : COMO ABSOLVIO LA COMISION DE PROTECCION AL CONSUMIDOR.

EXPEDIENTE N° 5-93-C.P.C.

Denunciante : COMISION DE PROTECCION AL CONSUMIDOR
Denunciado : E. WONG S.A.
Resolución N° : 6

Lima, siete de julio de 1993.

VISTOS: La resolución del doce de abril del presente año y los escritos de la empresa denunciada de fechas 23 de abril, 11 y 20 de mayo del presente que corren a fojas tres, veintisiete, treintiocho y cuarentidos respectivamente, y

CONSIDERANDO:

- 1) Que de acuerdo al artículo 23 de la Ley del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Decreto Ley N° 25868), la Comisión de Protección al Consumidor es la encargada de velar por el cumplimiento de la Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo N° 716) ;
- 2) Que, es misión de ésta Comisión brindar protección efectiva a los consumidores. En tal sentido, la Ley de Protección al Consumidor y demás normas aplicables deben ser interpretadas a la luz de dicho fin.
- 3) Que, si bien el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 716 señala que los proveedores están obligados a cumplir las normas de seguridad, calidad y rotulado, estas normas sólo deben ser aplicadas por la Comisión cuando tengan como función y objetivo proteger a los consumidores;
- 4) Que, las normas de rotulado dirigidas a proteger al consumidor son aquellas que desarrollan o reglamentan el artículo 5, inciso b) del Decreto Legislativo N° 716, es decir las disposiciones cuyo cumplimiento permite suministrar al consumidor «...la información necesaria para tomar una deci-

sión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos o servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios»;

5) Que, según el tenor del artículo 5.5.2 de la Norma Metrológica Nacional PE-OO9-ITINTEC, aprobada por Resolución del Consejo Directivo N° O6O-92/CDI-ITINTEC, «En todo producto importado deberá indicarse, en un lugar visible del rótulo, el país de origen del producto envasado. Cuando el producto no ha sufrido modificación en su naturaleza y ha sido envasado en el Perú, deberá indicar, además del país de origen, la frase «ENVASADO EN EL PERU»

6) Que, la exigencia del artículo 5.5.2 de la norma metrológica PE-OO9-ITINTEC, en el caso específico del azúcar, no guarda relación con la información necesaria a la que tiene derecho todo consumidor para la adquisición y consumo adecuado de un producto ya que la indicación del lugar de origen no es un elemento esencial o determinante en la decisión de adquirirla o consumirla;

7) Que, en consecuencia, en el caso de autos la Comisión no aprecia ni identifica qué perjuicio puede generarse a un consumidor por la omisión de de la información señalada en el rótulo del producto, ni la afectación de ningún derecho cuya tutela se encuentre dentro del ámbito de su competencia;

8) Que, por el contrario, la Comisión si identifica perjuicios que se pueden ocasionar al consumidor por la exigencia de la inclusión de dicha información en el rótulo del producto, tales como un incremento en el precio del producto a consecuencia del traslado que todo proveedor hace al consumidor de los costos de producción en los que tiene que incurrir, siendo uno de ellos el de rotulado, o una limitación de entrada de productos al mercado que pueden derivar en una menor cantidad de opciones a los consumidores como consecuencia de la limitación a la importación o producción de bienes que no cumplen con tal requisito, violándose en tal supuesto, de manera evidente, el derecho de los consumidores a acceder a una variedad de productos y servicios valorativamente competitivos que les permitan libremente elegir lo que deseen, derecho consagrado en el artículo 3 inciso d) del Decreto Legislativo N° 716;

9) Que, por lo tanto, la norma de rotulado mencionada tiene funciones distintas a la protección de los derechos de los consumidores y que, en

consecuencia no se encuentra dentro de los alcances de los preceptuado en el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 716;

10) Que, adicionalmente, el artículo 2 del Decreto Legislativo No. 716 señala que la protección al consumidor se desarrolla en el marco del sistema de economía de mercado establecido en el artículo 115 de la Constitución Política, lo que implica que la intervención de la Comisión no debe en ningún supuesto afectar los mecanismos de funcionamiento del mercado, sino por el contrario garantizarlos;

11) Que, tampoco resulta de aplicación el artículo 238 del Código Penal citado en el atestado policial, cuya copia fotostática corre a fojas once, pues no se ha producido ninguna información falsa sobre la naturaleza, composición, virtudes o cualidades sustanciales de los productos o servicios anunciados capaz de producir confusión de ningún tipo en el consumidor, por lo que no es procedente el inicio

de un procedimiento penal³⁹;

La Comisión de Protección al Consumidor, en su sesión del día siete de julio del presente año, HA RESUELTO :

- 1) Declarar INFUNDADA la acción de oficio iniciada contra E. WONG S.A. por presunta infracción a las normas de rotulado en el envasado de azúcar;
- 2) Dejar sin efecto la inmovilización del azúcar envasada materia del presente procedimiento.
- 3) Ordenar la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial «El Peruano» una vez que haya quedado consentida.

Firmas :

Dr. Hugo Morote
Dr. Hugo Forno
Eco. Gabriel Ortiz de Zevalllos
Dr. Alfredo Bullard

³⁹ Queremos llamar la atención sobre lo siguiente. La comisión, además de absolver administrativamente a la Empresa WONG, la absolvió de los cargos penales al declarar que no era de aplicación el artículo 238 del C.P. y que por tanto era improcedente iniciar una acción penal.

Sobre el particular existen dos detalles importantes. En primer término, no es posible absolver a una empresa de una imputación delictiva debido a que en el derecho peruano la personas jurídicas no tienen capacidad penal. Un pronunciamiento penal absolutorio sólo puede recaer sobre una persona física. En segundo lugar, para bien o para mal, la determinación del carácter penal de los hechos y la procedencia de la acción no es de competencia del INDECOPI.