

LA PROTECCIÓN PENAL DE LA COMPETENCIA

Manuel A. Abanto Vásquez
Profesor de Derecho Penal
Universidad de San Marcos
Profesor de Derecho de la Competencia
Universidad de Huancayo

1.- INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal moderno no se limita más a los tradicionales delitos «violentos». En la medida en que las sociedades actuales tratan de dar la mayor protección jurídica posible a ciertos intereses básicos para el funcionamiento del sistema de economía de mercado, se le encarga al Derecho Penal la persecución de las acciones más graves y dañosas contra determinados instrumentos de la vida económica. Estos instrumentos constituyen un sistema económico que, en última instancia, garantizan también el funcionamiento adecuado de un sistema político democrático, pues ofrecen el marco adecuado para el libre desarrollo de la libertad individual mediante un sistema competitivo capaz, al mismo tiempo, de elevar el bienestar general. Sin embargo, es precisamente este sistema económico, que pregona y recompensa la eficiencia económica incluso en desmedro de la moral pública, el que motiva también a los agentes económicos a tratar de conseguir ganancias a cualquier precio, valiéndose, de preferencia, de vías difusas o zonas grises que la legislación vigente muchas veces no alcanza a cubrir¹.

Ante esta dinámica de las relaciones económicas y sociales, el legislador en general, y el legislador penal en particular, están tratando de proteger adecuadamente los bienes jurídicos tradicionales, atacados por nuevas modalidades delictivas, y los nuevos bienes jurídicos económicos. Precisamente estos últimos son los que constituyen el «ordenamiento económico» que el Derecho Penal económi-

Dentro del campo de las interrelaciones económicas y sociales de los agentes del mercado, se vuelve necesaria la actuación del Derecho Penal para proteger intereses básicos necesarios para el funcionamiento de un sistema de economía de mercado. Siguiendo esta línea, el autor muestra los intentos legislativos destinados a la protección de la competencia como bien jurídico, centrandó dicho análisis en el Derecho de la Libre Competencia y su protección, tanto desde el ámbito penal (a través del Código Penal) como desde el ámbito administrativo (a través de la actuación del INDECOPI).

Finalmente, a manera de conclusión, el autor propone desarrollar un "auténtico Derecho Contravencional" peruano que ponga fin a la incertidumbre existente sobre los límites entre lo penal y lo administrativo, en lo que respecta a este tema.

¹ Ver TIEDEMANN, en: Arroyo Zapatero/Tiedemann, «Estudios de Derecho Penal Económico», Universidad Castilla - La Mancha, España, 1994, p. 11.

co trata de proteger. Su característica básica es que son supraindividuales, es decir, por oposición a los bienes jurídicos individuales, no tienen substrato empírico inmediato. Tales bienes jurídicos son, por ejemplo, el «ambiente», el «sistema crediticio», el «sistema de otorgamiento de subvenciones», etc. Se presupone aquí que se entiende por bien jurídico aquellos «intereses», «valores» o, como se dice modernamente, aquellas «unidades sociales de función» recogidos y protegidos por el ordenamiento legal y penal². Lo importante no es, en todo caso, la definición, sino el hecho de que los bienes jurídicos individuales pueden identificarse con el derecho subjetivo del sujeto pasivo que lo porta. El bien jurídico «vida», como valor, se identifica con la «vida concreta» del individuo cuya vida es atacada por el homicida. En cambio, en los bienes jurídicos supraindividuales no se da tal identificación: el bien jurídico «funcionamiento del sistema crediticio» no se identifica con el «patrimonio» del banco víctima del delito financiero³.

2.- LA COMPETENCIA COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO

Según lo anteriormente indicado, la competencia es en sí un bien, cuya protección legal es necesaria para el buen funcionamiento del sistema económico de economía de mercado. Pero esa «competencia» tiene dos aspectos: el referido a la libertad de los agentes económicos durante su actuación en el mercado y el referido a la (debida) lealtad entre los agentes económicos al momento de competir. En el primer caso estamos hablando del «Derecho de la Libre Competencia» o de sus sinónimos «Derecho Antitrust» o «Derecho contra las prácticas restrictivas de la competencia». En el segundo caso se trata del «Derecho contra la competencia desleal».

Ahora bien, la libertad de competencia como valor, dentro de una economía social de mercado, ha sido unánimemente reconocida como bien jurídico. Su importancia radica en la operatividad que otorga al sistema de economía de mercado; la libre competencia es el instrumento que hace real la consecución, no solamente de fines económicos (aumento de bienestar), sino también de fines políticos: el

permitir el máximo desarrollo posible de libertad individual⁴. No puede haber economía (social) de mercado sin libertad de competencia. Tampoco puede existir libertad de competencia, si ésta no tiene una mínima protección legal, pues se sabe por experiencia que un sistema, que en sus inicios puede ser competitivo, tiende a ser destruido por los propios agentes económicos mediante prácticas restrictivas, si éstas no son controladas administrativa y/o penalmente. Queda entonces claro que la protección de la competencia no interesa únicamente a los agentes del mercado y participantes directos en el proceso económico, sino a toda la colectividad.

Desde el punto de vista penal, la dañosidad social de algunas prácticas restrictivas de la competencia es tal que muchos autores constatan un merecimiento y una necesidad de pena y reclaman su criminalización. En Alemania, por ejemplo, país donde desde la vigencia de la «Ley contra las prácticas restrictivas de la competencia» (GWB) de 1954 sólo existe un control civil y administrativo-contravencional de dichos ilícitos, la doctrina dominante es partidaria de la criminalización de las prácticas restrictivas más graves. Así, ya en 1975 una Comisión de Expertos había dado recomendaciones al Ministerio de Justicia en ese sentido. Sin embargo, el Ministerio de Economía, presionado fuertemente por los «lobbies» de la industria alemana, se opuso a esta importante reforma⁵. De todas maneras, esta insuficiencia preventivo-general en la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia se ve compensada con las fuertes sanciones económicas que impone el *Bundeskartellamt* alemán y el control efectuado por las autoridades comunitarias (la Comisión y el Tribunal Europeo).

El Derecho peruano de protección de la competencia es «*sui generis*». Trata de proteger la competencia desde muchas perspectivas. Así, el Derecho Administrativo peruano, a través del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), pretende una protección global de la competencia: contra las prácticas restrictivas, contra la competencia desleal, contra abusos en desmedro del consumidor, contra violacio-

² Ampliamente, y con más referencias bibliográficas, sobre las repercusiones de los cambios sociales y económicos en la dogmática y la legislación referidas al Derecho Penal económico, en ABANTO, «Derecho Penal Económico», Lima, 1997, p. 19 y ss.

³ ABANTO, «Derecho Penal Económico», p. 50 y ss.

⁴ GEERDS, «*Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz*», Bayreuth, 1990, p. 39; TIEDEMANN, «*Kartellrechtsverstöße und Strafrecht*», Colonia, 1976, p. 104.

⁵ TIEDEMANN, «Poder económico y delito», Barcelona, 1985, p. 74.

nes de los derechos de autor, etc. En realidad, esta concepción de «protección de la competencia» no es precisa, pues abarca muchos aspectos que no tienen que ver directamente con la competencia. Solamente en cuanto se trate de proteger la libre competencia y la competencia leal se está hablando de una protección de la competencia en sentido estricto. En el caso de la publicidad (en cuanto no implica una deslealtad), del derecho de los consumidores, de la propiedad intelectual y del control de las empresas en estado de quiebra, no se trata, en realidad, de una protección de la institución «competencia», sino de medidas de control o corrección de variadas distorsiones que afectan a la economía y a los consumidores o titulares de otros derechos.

No cabe duda de que la protección contra las prácticas restrictivas ocupa una posición clave dentro de este sistema, tal como se destaca en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 807, reciente norma legal que introduce modificaciones materiales y procesales en la legislación del INDECOPI⁶. También, según esta última disposición legal, se ha ampliado la protección de la libre competencia mediante la creación de una nueva Comisión: la Comisión de Acceso al Mercado (artículo 50 del Decreto Legislativo 807).

Entonces, recapitulando, a nivel administrativo, la Competencia es protegida directamente por las Comisiones del INDECOPI: la libre competencia a través de la Comisión de Libre Competencia y la Comisión de Acceso al Mercado; y la competencia leal a través de la Comisión contra la Competencia Desleal.

3.- LA PROTECCIÓN PENAL DE LA LIBRE COMPETENCIA

Aunque de forma poco sistemática, el Código Penal peruano conoce también la distinción entre la protección de la libre competencia y de la competencia leal. Veamos cómo y en qué casos el Derecho Penal peruano ofrece una protección de estos bienes jurídicos, de manera adicional a la protección que brindan las respectivas leyes administrativas.

3.1 El abuso del poder económico (artículo 232 del Código Penal)

Artículo 232: «El que, infringiendo la ley de la materia abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil, o

de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2) y 4).»

El Decreto Legislativo 701 ha delimitado los alcances del tipo penal de «abuso del poder económico» del artículo 232 del nuevo Código Penal peruano. Según el artículo 19 de dicho Decreto, modificado por el Decreto Legislativo 807, sólo son perseguibles penalmente los supuestos específicos de abuso de posición dominante en el mercado y de prácticas colusorias de los artículos 5 y 6. Es decir, las cláusulas abiertas del artículo 5, inciso d) y del artículo 6, inciso j) (las que rezan: «Otros casos de efecto equivalente») no dan lugar a la aplicación del tipo penal. Esto está bien. En caso contrario, se atentaría contra el principio de certeza (determinación de las normas) y de legalidad (*nullum crimen, nulla pena, sine lege praevia*). Pero lo mejor sería, naturalmente, que tales cláusulas desaparecieran y que los principios mencionados sean aplicados a todo lo que constituya Derecho sancionatorio. La decisión de crear un sistema cuasi-jurisprudencial se aprecia claramente después de las últimas modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo 807. Efectivamente, antes, las cláusulas abiertas de los artículos 5 y 6 del Decreto Legislativo 701, los incisos f) y g) respectivamente, decían: «Otros casos de efecto equivalente que sean tipificados por Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y por los Ministros de Economía y Finanzas, de Justicia y de Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración». Las nuevas cláusulas abiertas (inciso d) del artículo 5 e inciso j) del artículo 6) han reservado a la jurisprudencia de la Comisión la potestad de crear nuevos tipos administrativos mediante la institucionalización de la analogía («Otros casos de efecto equivalente»). La Comisión tendrá que tener en cuenta los alcances del principio de legalidad y la previsibilidad del destinatario de la norma antes de aplicar sanciones en virtud de un tipo nuevo. Aquí pueden ser de utilidad las experiencias de la jurisprudencia del Derecho Comunitario de cárteles.

El Decreto Legislativo 701 prevé dos elementos que dañan la conducta anticompetitiva de relevancia penal: el dolo y la dañosidad social («graves consecuencias para el interés económico general»). Ambos conceptos son de difícil comprobación. La «dañosidad» de la conducta, entendida en sentido

⁶ «El Peruano», Normas Legales de 18-04-96, p. 9 de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 807.

cuantitativo, requiere de cuantías específicas que la ley, lamentablemente, no menciona. Estas deberán ser desarrolladas por la jurisprudencia o entenderse en sentido normativo (efecto espiral, tendencia a la imitación, grave desobediencia contra la vigencia del valor «competencia», etc.), con lo cual se pierde certeza. La jurisprudencia del Derecho ofrece aquí nuevamente valiosas referencias (el criterio del «efecto sensible»), sin embargo, no debe olvidarse que todo criterio cuantitativo tiene que ser reflejo del mercado para el cual se crea. En tal sentido, no pueden compararse las dimensiones del mercado europeo con el peruano.

El otro criterio, el «dolo», es quizás más problemático aún; un penalista se desconcertaría ante este requisito. En el Derecho Penal moderno se entiende por dolo el «conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del injusto» (dolo natural)⁷. Entonces, el que concienta una restricción de la competencia o abuse de su posición de dominio en el mercado estaría siempre actuando con dolo. Es más, en muchas ocasiones lo estaría haciendo con dolo directo de primer grado. Por cierto que el legislador del Decreto Legislativo 701 y del Decreto Legislativo 807 no tuvo en mente criterios estrictamente penales al momento de elaborar ambas leyes. El «dolo» significa aquí algo más que el dolo penal. Se trata de un dolo en el sentido del Derecho Civil o Mercantil, parecido al «*dolus malus*» penal. Este último, como se sabe, presupone, además, del conocimiento y la voluntad de la realización de la situación objetiva, la conciencia de la antijuricidad⁸. En el Derecho Civil, el dolo es presupuesto del ilícito civil y designa «la intención de provocar daño, el propósito o voluntad de dañar a otro»⁹. En la práctica, la Comisión suele utilizar la amenaza de la denuncia penal para hacer cumplir sus resoluciones. Esto admite dos interpretaciones: o bien la Comisión considera que el dolo o intención de daño queda fehacientemente probado cuando el actor, debido a la resolución expedida, tenía pleno conocimiento de la ilicitud de su conducta; o bien se trata de una política cautelosa inicial de la Comisión, quien, dada la novedad de la ley, intenta primero crear conciencia de antijuricidad durante un tiempo para después aplicar la ley con todo su rigor. La propia Comisión ha expresado su intención de «crear conciencia»¹⁰, pero no ha aclarado

definitivamente este punto. Tampoco el Decreto Legislativo 807 permite mayores interpretaciones. El énfasis que se pone en la exclusividad del inicio de la acción mediante denuncia penal de la Comisión, sólo reafirma la potestad definidora del injusto penal del ente administrativo. Esto es a todas luces criticable y atenta contra los efectos preventivo-generales del artículo 232 del Código Penal.

3.2 Los «cárteles de licitación» (artículos 241 y 384 del Código Penal)

Artículo 241: «Serán reprimidos con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, quienes practiquen las siguientes acciones:

1. Solicitan o aceptan dádivas o promesas para no tomar parte en un remate público, en una licitación pública o en un concurso público de precios;
2. Intentan alejar a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio.
3. Conciertan entre sí con el objeto de alterar el precio.

Si se tratare de concurso público de precios o de licitación pública, se impondrá además al agente o a la empresa o persona por él representada, la suspensión del derecho a contratar con el Estado por un período no menor de tres ni mayor de cinco años.»

Artículo 384: «El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.»

Como indica la doctrina, bajo la denominación usual de «cárteles de licitación», estas modalidades aluden principalmente a un acuerdo anticompetitivo (cártel) entre postores en un proceso de licitación o subasta pública. El bien jurídico afectado es, entonces, en primer lugar, la libre competencia dentro de dichos «procesos de selección» de contratantes con

⁷ MIR PUIG, «Derecho Penal, parte general», Barcelona, 1990, p. 255.

⁸ MIR PUIG, ídem, p. 255.

⁹ CARRANZA, Jorge, «El dolo en el Derecho Civil y Comercial», Buenos Aires, 1973, p. 28 y ss.

¹⁰ Memoria Anual 1993, capítulo «Labor proyectada para 1994», sin número.

el Estado para las adquisiciones de bienes o servicios o ejecución de obras.

Ahora bien, la regulación separada de esta modalidad de práctica restrictiva de la competencia no estaría justificada si no se tratara de algo distinto de la simple protección de la competencia. En efecto, hay consenso en la doctrina en señalar que no sólo se trata de la protección de un aspecto supraindividual como es la competencia, ni individual como el patrimonio del Estado o el de los intervinientes en la licitación, o a los consumidores, sino también en cuanto se trata del funcionamiento de la Administración Pública¹¹.

A través de la protección de la «pureza del proceso de subastas y concursos públicos» se protege todos estos intereses. Querer ver en el tipo penal únicamente la protección de alguno de estos intereses significaría no entender sus verdaderos alcances; así, por ejemplo, cuando se trata equivocadamente de vincular el tipo penal solamente en virtud de su supuesta protección a los consumidores¹². Si sólo se tratara de proteger a los consumidores, el tipo penal tendría que exigir la probanza de un perjuicio de algún tipo contra ellos. O si se tratara del patrimonio del Estado, se tendría que probar que éste ha sido menguado de alguna manera. Esta última dificultad es justamente la que habría que superarse si, en ausencia de un tipo específico como el del Código Penal peruano, se tratara de subsumir las figuras de fraudes o cárteles en las licitaciones públicas como un delito común de estafa. El ejemplo alemán es bastante convincente como para demostrar que éste no debe ser el camino a seguir¹³.

El objeto del delito es un «remate público», «licitación pública» o «concurso público de precios». En todos los casos se trata de procesos o convocatorias dirigidas a quienes puedan presentarse para la adjudicación de obras, servicios, suministros y otros (concurso o licitación pública) o para la adquisición de bienes o productos buscando al postor que pague el mejor precio (subasta). Debe entenderse que «licitación pública» y «concurso público de precios» no son sinónimos. La recientemente publicada «Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado», Ley 26850 (publicada el 3 de Agosto de 1997), establece

diferencias entre los distintos «procesos de selección». Aparte de las modalidades de «adjudicación directa», esta ley distingue a la «licitación pública» del «concurso público» porque la primera está dirigida a la contratación de obras y a la adquisición de bienes y suministros (artículo 15), mientras que el segundo se refiere a la contratación de servicios y de consultoría (artículo 16).

En el caso de las licitaciones públicas (al igual que en el Código Penal español), se prevé como «consecuencia accesoria» en contra del individuo o de la empresa la exclusión de contratar con el Estado de 3 a 5 años (tercer párrafo del artículo 241). La «ley de contrataciones y adquisiciones del Estado» también contempla esta posibilidad, pero como «sanción» adicional para los postores (y no como «consecuencia accesoria»), cuando éstos realizan prácticas restrictivas de la libre competencia en un «proceso de selección».

Por el sujeto activo, también se puede tratar de dos grupos:

- a. Que se trate de los participantes en los remates, concursos o licitaciones públicas. En este caso, las acciones típicas consistirán en alejar postores (mediante sobornos, amenazas o violencia), solicitar o aceptar dádivas o promesas para no participar, o simplemente integrar un cártel con otros participantes para alterar las ofertas («el precio» de las ofertas).
- b. Que se trate de un funcionario público encargado de realizar y controlar el proceso del remate, concurso o licitación. En este último caso estaremos ante un delito contra la administración pública (artículo 384), además de una «infracción administrativa» sancionada por el artículo 47 de la «Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado».

Las modalidades delictivas son todas de «mera actividad». Efectivamente, no se exige ningún resultado, ni en la forma de un perjuicio patrimonial, ni que efectivamente se haya afectado a la competencia por verificarse el alejamiento de competidores. Ciertamente, la «competencia», preceptuada durante los concursos, subastas y licitaciones públicas, tiende a tratar de conseguir los mejores precios

¹¹ QUINTERO OLIVARES, en «Comentarios al Código Penal», Pamplona, 1996, p. 1195.

¹² Así parece haberlo entendido erróneamente LAMAS PUCCIO, «Derecho Penal Económico», Lima, 1996, p. 231 y s.

¹³ Efectivamente, lo que impide hasta ahora una punición de los ejecutores de cárteles de licitación es la casi imposibilidad de probar un «perjuicio patrimonial» para el Estado. Véase al respecto: TIEDEMANN, Klaus, «Submissionskartell als Betrug?», ZPR 1992, p. 49 y ss.; BAUMANN, Jürgen, «Endlich strafrechtliche Bekämpfung des Submissionsbetruges», NJW 1992, p. 1661 y ss; y ABANTO, «El Derecho de la Libre Competencia», 1997.

en beneficio del subastador. Pero sería demasiada exigencia integrar al tipo penal el perjuicio económico. No sólo porque ello exigiría complicados cálculos y pronósticos al estilo de una «competencia hipotética», sino también porque no es sólo el patrimonio el que se protege. Aunque resulte paradójico, el precio hipotético podría resultar menor que el manipulado (con lo cual no habría perjuicio económico); esto es plenamente posible en aquellos casos en los que en el ramo económico de que se trate se esté dando una competencia ruinosa.

En el caso de las subastas convocadas por la Administración de Justicia, puede darse un concurso con la estafa procesal del artículo 197, numeral 1.

La protección del proceso de la competencia en el marco de licitaciones públicas se da también de manera indirecta a través de la protección del correcto funcionamiento de la administración pública. Por eso se prevé dentro de los supuestos de «concusión» un tipo destinado a reprimir al funcionario que participe en dichos cárteles de licitación (artículo 384).

La fuente más inmediata de esta nueva regulación penal peruana es la legislación española. Tanto el Código Penal anterior (artículo 539) como el nuevo (artículo 262), así como prácticamente todos los proyectos importantes de dicho país, contenían un tipo penal contra estos ilícitos. El nuevo Código Penal español ha agravado la punición tradicional de los cárteles de licitación. A diferencia del antiguo artículo 539, el nuevo artículo 262 incluye ahora más casos punibles (por ejemplo, la retirada maliciosa de una participación exitosa en una subasta o licitación) y también se prevén, además de penas de multa, la privación de la libertad. Por otro lado, se ha mejorado la técnica al eliminar el elemento «perjuicio patrimonial»¹⁴.

El tipo penal peruano es similar, pero no incluye un supuesto previsto en la fuente española: el quebrar o abandonar fraudulentamente la subasta en la cual se ha obtenido la buena pro. Evidentemente, estos casos no serán muy usuales, pero son plenamente posibles. Se puede pensar, por ejemplo, que el sujeto activo quiere de esta manera forzar a una nueva convocatoria hasta obtener la adjudicación en condiciones más favorables (con menor precio base y sin competidores)¹⁵; o incluso, cuando se trata de perjudicar a quien tiene expectativas en un remate judicial para cobrarse las acreencias que tiene con el

deudor cuyos bienes se están rematando. La penalidad del tipo peruano y del español es similar, pero este último prevé la agravación para el caso de licitaciones públicas (de 3 a 5 años de prisión).

Finalmente, hay que observar una duplicidad e incoherencia en la persecución penal de estos ilícitos en nuestro medio. Efectivamente, como se ha visto anteriormente, a nivel administrativo el Decreto Legislativo 701 y sus leyes modificatorias, sancionan como práctica restrictiva de la competencia los «cárteles de licitación». Así, el literal i) del artículo 6 sanciona «el establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en la licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas». Y dicho supuesto puede ser considerado también como delito de «abuso del poder económico» del artículo 232 del Código Penal si reúne las características señaladas por el artículo 19 del Decreto Legislativo 701, es decir, si se comete mediante un «dolo especial» y causa graves perjuicios al «interés económico general». Es decir, una misma conducta (concertación de ofertas en licitaciones, concursos, remates o subastas públicas) es valorada penalmente de dos maneras distintas: a través del artículo 232 del Código Penal, tiene que ser especialmente grave (dolo especial y grave perjuicio económico), además de exigir un requisito de procedibilidad: la denuncia de la Comisión de Libre Competencia del Indecopi. Por otro lado, no son necesarios estos requisitos adicionales si se emplea el artículo 241. Creemos que, por especialidad, debe primar este último, sin perjuicio de que dicha superposición deba ser eliminada por el legislador.

4.- LA PROTECCIÓN PENAL DE LA COMPETENCIA LEAL

Como se dijo más arriba en el acápite 2, junto con el derecho de competir, existe un deber relacionado con la forma cómo debe realizarse la competencia. Existen entonces métodos prohibidos por constituir «competencia desleal» en contra de los demás competidores y de los consumidores.

El objeto de protección o bien jurídico protegido en este ámbito no es pasible de una distinción específica y exclusiva; aquí confluyen varios intereses protegidos. Como dice Rittner, refiriéndose al fin de protección de la ley alemana contra la competencia desleal (UWG), no se necesita una construcción dogmática especial, ya que la ley «sólo pretende impedir acciones desleales de competencia, pues

¹⁴ QUINTERO OLIVARES, ver nota 11.

¹⁵ QUINTERO OLIVARES, op. cit., p. 1196 *in fine*.

ellas entran en conflicto con intereses de los competidores, pero también con los de la generalidad y de los consumidores»¹⁶.

4.1 La publicidad engañosa (artículo 238 Código Penal)

Artículo 238 : «El que hace, por cualquier medio publicitario, afirmaciones falsas sobre la naturaleza, composición, virtudes o cualidades sustanciales de los productos o servicios anunciados, capaces por sí mismas de inducir a error grave al consumidor, será reprimido con noventa a ciento ochenta días-multa.

Cuando se trate de publicidad de productos alimenticios, preservantes y aditivos alimentarios, medicamentos o artículos de primera necesidad o destinados al consumo infantil, la multa se aumentará en un cincuenta por ciento.»

La publicidad es un instrumento de la vida moderna, mediante el cual los agentes económicos dan a conocer al amplio público las bondades de sus productos o servicios. En nuestro medio, según un precedente de carácter obligatorio establecido por el Tribunal del INDECOPI, debe distinguirse entre «publicidad» y «publicidad comercial». Esto es importante para delimitar la vigencia del Decreto Legislativo 691 (publicidad comercial) y del Decreto Ley 26122 (competencia desleal mediante publicidad). La publicidad comercial consiste, entonces, en «cualquier forma de comunicación pública que tenga por finalidad o como efecto fomentar, directa o indirectamente, la adquisición de bienes o la contratación de servicios, captando o desviando, de manera debida, las preferencias de los consumidores. No constituyen publicidad comercial la propaganda política o la publicidad institucional, entendida esta última como aquella que tiene por finalidad promover conductas de relevancia social, tales como el ahorro de energía eléctrica, la preservación del medio ambiente, el pago de impuestos, entre otras»¹⁷.

La forma más conocida y con mayor contenido de injusto entre el amplio grupo de ilícitos referidos a la «publicidad comercial» es la constituida por la publicidad engañosa. Aquí no sólo se trata exclusi-

vamente del interés de los consumidores, como se suele creer¹⁸, sino –en primera línea– del empleo de un instrumento económico, la publicidad, la cual no debe perjudicar ni a los consumidores, ni a los competidores. Estos últimos son perjudicados en cuanto pierden clientela, debido a la publicidad engañosa, la cual no constituye sino «una deshonesto maniobra del competidor desleal»¹⁹. En tal medida, debe entenderse que la publicidad engañosa implica una «conducta desleal» que atenta contra la competencia y afecta, a través de un ataque contra los consumidores, a los competidores que sí compiten lealmente. Según lo dicho, la fuente constitucional que enmarca el tipo penal es no sólo la protección del interés de consumidores y la garantía del «derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado» (artículo 65 de la Constitución), sino también la protección de la economía de mercado y de la competencia (artículos 58 y 61).

Dentro de este concepto de «publicidad engañosa», se incluyen también las modalidades de publicidad imitativa (artículo 7 segundo párrafo, Decreto Legislativo 691), publicidad despectiva o denigrante (artículo 7, último párrafo, Decreto Legislativo 691) y, en general la publicidad comparativa ilícita (art. 8 Decreto Legislativo, 691). Por el contrario, no tiene relevancia penal en nuestro medio la «publicidad abusiva», es decir, aquella publicidad antisocial, discriminatoria, ofensiva a los valores sociales. Ejemplos conocidos recientemente son los de Benetton (sacerdote besando a monja, camiseta teñida con sangre de soldado caído en los Balcanes, etc.), chocolate «Maldito» que alude a la masturbación, zapaticas que se identifican con pandilleros, etc.

Si bien no se discute sobre la importancia del rango del bien jurídico protegido, así como tampoco sobre la legitimación de la persecución sobre criterios de proporcionalidad o justicia, existen críticas acerca de la necesidad de pena, pues se suele considerar a la protección administrativa como la más eficaz para este tipo de ilícitos²⁰.

Administrativamente, la publicidad es regulada por el Decreto Legislativo 691 y controlada por la Comi-

¹⁶ RITTNER, Fritz, «Wettbewerbs- und Kartellrecht», Heidelberg, 1989, p. 6.

¹⁷ Resolución 096-96-IDC (Rema vs. Luz del Sur), publicada el 23-12-1996, p. 145404.

¹⁸ QUINTERO OLIVARES, op. cit., p. 1279, quien habla de un bien jurídico colectivo, «netamente socio-económico»: «el derecho de los consumidores y usuarios a recibir una información veraz de los productos y servicios ofertados en el mercado»; LAMAS PUCCIO, op. cit., p. 226 y ss.

¹⁹ DURAND CARRIÓN, Julio, «Tutela jurídica del consumidor y de la competencia», Lima 1995, p. 84.

²⁰ QUINTERO OLIVARES, op. cit., p. 1279.

sión de Represión de la Competencia Desleal. Según el artículo 4 del Decreto Legislativo 691, constituye «publicidad engañosa» aquella que contiene «informaciones o imágenes que directa o indirectamente, o por omisión, ambigüedad o exageración, puedan inducir a error al consumidor, especialmente en cuanto a las características del producto, el precio y a las condiciones de venta».

Para determinar la idoneidad, se tienen que tener en cuenta entonces los siguientes elementos:

- 1.- El carácter de información falsa o ambigua.
- 2.- El tipo de consumidor.

La jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal de INDECOPI ha resuelto que el consumidor protegido por la ley no es uno «promedio», sino un consumidor razonable, es decir, un consumidor racional, informado, que «frente al anuncio publicitario asume una posición prudente antes que ingenua al considerar las expresiones en él contenidas como testimonio de parte de quien pretende inducirlo a consumir un bien o un servicio...»²¹. Luego, si bien el artículo 2 del Decreto Legislativo 691 indica que «los anuncios deben ser juzgados teniendo en cuenta el hecho de que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario», dicho análisis del consumidor no es un análisis «descuidado e irresponsable», sino que (por deducción negativa) no es un análisis exhaustivo y profundo del anuncio, no es un análisis de experto²².

Luego, el carácter de la información puede ser, en cierta forma, abiertamente falso, en cuanto puede exagerar de manera general las bondades del producto o del servicio con el objeto de tratar de «persuadir» al consumidor. Se observa, pues, en primer lugar, que la publicidad es lícita siempre que no denigre al competidor (artículo 7, último párrafo, y artículo 8), no imite (artículo 7, primer y segundo párrafos) y, en general, no atente contra la Constitución, las buenas costumbres y las propias restricciones contenidas en la misma ley (artículos 3, 5, 10; etc.; por ejemplo, no debe favorecer o estimular la discriminación de cualquier tipo; no debe contener testimonios no autorizados; en cuanto al tabaco, bebidas alcohólicas, llamadas eróticas, etc, éstas tienen una regulación especial).

Un caso típico y generalmente admitido de publicidad engañosa es aquél que se refiere a los precios. Es

claramente engañoso para un consumidor razonable la publicidad de precios que no incluyen el precio total del bien o servicio, especialmente el impuesto general a las ventas (IGV). Sobre esto no sólo hay una constante jurisprudencia, sino también ahora una expresa disposición en el tercer párrafo del artículo 4 del Decreto Legislativo 691. Dicha norma obliga también al anunciante a incluir, en los precios de venta al crédito, el importe de la cuota inicial, el monto total de los intereses y la tasa de interés efectiva anual, el monto y detalle de cualquier cargo adicional, el número de cuotas o pagos a realizar, y su periodicidad.

El mayor problema se presenta cuando se trata de publicidad comparativa, es decir, cuando la publicidad trata de destacar el propio producto en desmedro de otro o de todos los demás productos pertenecientes al género. En este caso, para la ley, dicha publicidad es lícita «si la comparación no denigra a los competidores ni confunde a los consumidores» y si es «específica, veraz y objetiva» proporcionando, al mismo tiempo «una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados». Sólo cuando el anuncio contenga afirmaciones que, desde la perspectiva del consumidor razonable, contenga informaciones verificables objetivamente, rige el «principio de veracidad», es decir, el anunciante está obligado a probar la veracidad de lo afirmado en la publicidad. Ello ocurriría, por ejemplo, cuando se dice «Somos el producto de mayor venta»; «Recomendado por el Colegio Odontológico», «Garantizamos un año de duración», «Rinde 60 kilómetros por galón», «100,000 unidades vendidas en un año», «Hecho de puro algodón», «Certificado por Notario», «750 gramos que rinden igual que 1 kilo de arroz de otra marca». En cambio, el «consumidor razonable» percibiría como «opiniones subjetivas» (mejor dicho, no se dejaría engañar) con afirmaciones como «el mejor del mundo», «calidad insuperable», «el mejor sabor», «le gusta a todos», etc., y por lo tanto, no rige aquí el principio de veracidad²³. Se trata aquí de lo que se conoce como «publicidad superlativa».

Si bien a nivel administrativo hay, más o menos un consenso de lo que constituye la infracción administrativa, hasta ahora no ha sido establecida claramente la delimitación con la infracción penal. A la fecha es posible que se persiga la infracción tanto en una como en otra vía, pues como se observa en el

²¹ Resolución O14-97-TDC, publicada el 31-01-1997, p. 146461 (caso del «arroz Costeño graneado»), la cual se remite a la Resolución 052-96-TRI-SDC, publicada el 3-10-96.

²² Idem.

²³ Idem, referido a la expresión «¡Cómo aumenta!» en un anuncio publicitario sobre el supuesto rendimiento de una marca de arroz.

tipo penal del artículo 238 del Código Penal, se describe una «publicidad engañosa» que en principio reúne los mismos elementos que el tipo administrativo del artículo 4 del Decreto Legislativo 691. Sólo se enfatiza que debe tratarse de un «error grave» en el consumidor. Más clara es la situación en el segundo párrafo del tipo penal, en donde la diferencia está en el tipo de producto de que se trate. La agravación de la pena del segundo párrafo del artículo 238 del Código Penal implica que el mayor injusto depende de la mayor protección que gozan ciertos productos (alimentos, preservantes y aditivos alimentarios, medicamentos y artículos de primera necesidad o de consumo infantil), debido principalmente a su importancia para la vida y la salud de las personas. No obstante, no importa que la acción típica haya efectivamente puesto en peligro la salud o vida de las personas, pues la protección directa está relacionada con la competencia leal. La Comisión de Represión de la Competencia Desleal entiende que, para denunciar penalmente, se debe acreditar un «dolo especial» (malicia, intención de perjudicar a los competidores o consumidores) y, en algunos casos, una grave amenaza o perjuicio a los consumidores (por ejemplo cuando se trata de medicamentos, productos alimenticios, etc.). Obviamente, esta interpretación colisiona con el tipo penal, en el sentido en que éste no exige tales requisitos y, por otro lado, la gravedad respecto al perjuicio grave ya está prevista en tipos agravados independientes (publicidad engañosa agravada del artículo 238, segundo párrafo del Código Penal) o en otros tipos penales (adulteración de artículos de primera necesidad del artículo 235 Código Penal, venta fraudulenta de bienes del artículo 239 Código Penal y contaminación de sustancias alimenticias o medicinales del artículo 286 Código Penal).

Lo que sí está claro es que cuando hay incumplimiento reiterado de las resoluciones en materia de publicidad de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, se puede denunciar al responsable ante el Ministerio Público (artículo 20 del Decreto Legislativo 691, modificado por el Decreto Legislativo 807). No obstante, esta disposición no se refiere al tipo penal de la «publicidad engañosa», sino tácitamente al de «desobediencia o resistencia a la autoridad» del artículo 368 del Código Penal. Por otro lado, el artículo 32 del Decreto Ley 26122 (Ley sobre Represión de la Competencia Desleal) establece como requisito previo a la iniciación de la acción penal, la obtención del informe técnico del INDECOPI.

No se trata de un delito de resultado, sino de un delito de mera actividad, ya que bastará con realizar

la afirmación falsa sobre el producto en cualquier medio publicitario. Para la configuración del ilícito no es necesario que efectivamente el consumidor resulte engañado, tan sólo debe verificarse que la afirmación falsa era idónea («capaz por sí misma») para inducir a un grave error al consumidor. En tal sentido, y usando la terminología moderna, se trata de un delito de idoneidad. El juez no deberá asumir de plano que la afirmación falsa ya implica una publicidad engañosa, ni tampoco deberá verificar que algún consumidor haya estado a punto de ser engañado en el caso concreto. Deberá juzgar que *ex - ante* la afirmación falsa hubiera podido inducir a error a cualquier consumidor (verificación por el juez de la existencia del «peligro abstracto»)²⁴.

El nuevo Código Penal español, fuente de la disposición penal peruana, considera a la publicidad engañosa como «delito relativo al mercado y a los consumidores» (artículo 281), pero a diferencia de su similar peruano exige un peligro concreto: que se pueda causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores». Si bien la penalidad que prevé es mayor (prisión de 6 meses a un año y multa de 6 a 18 meses), el delito es básicamente perseguible por denuncia privada (artículo 287 No. 1), pero puede omitirse dicho requisito procesal si los agraviados son varios o se afecta intereses generales (artículo 287 No. 2).

4.2 Actos de competencia desleal (artículo 240 Código Penal)

Artículo 240: «Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa el que, en beneficio propio o de terceros:

1. Se aprovecha indebidamente de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro.
2. Realiza actividades, revela o divulga informaciones que perjudiquen la reputación económica de una empresa, o que produzca descrédito injustificado de los productos o servicios ajenos.

En los delitos previstos en este artículo sólo se procederá por acción privada.»

Según el artículo 6 del Decreto Ley 26122 constituye competencia desleal «toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento económico y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas. La ley administrativa, el Decreto Ley 26122, modificada por el Decreto Legislativo 807

²⁴ Al respecto, con más referencia, ABANTO, «Derecho Penal Económico», p. 119 y ss.

reconoce muchas formas de competencia desleal, derivadas de la cláusula genérica de su artículo 7. La propia ley detalla en una lista meramente enunciativa, algunos actos de competencia desleal:

- 1.- Actos de confusión (artículo 8)
- 2.- Actos de engaño (artículo 9)
- 3.- Actos prohibidos respecto a la procedencia geográfica (artículo 10).
- 4.- Actos de denigración (artículo 11).
- 5.- Actos de comparación (artículo 12).
- 6.- Actos de imitación (artículo 13).
- 7.- Explotación de la reputación ajena (artículo 14).
- 8.- Violación de secretos (artículo 15).
- 9.- Inducción a la infracción contractual (artículo 16).
- 10.- Violación de normas (artículo 17).
- 11.- Discriminación del consumidor (artículo 18).
- 12.- Copia o reproducción no autorizada (artículo 19).

Como se puede apreciar fácilmente, de todos estos actos, el legislador penal ha escogido solamente dos que supuestamente son los únicos que merecen sanción penal: la explotación de la reputación ajena (numeral 1 del artículo 240 Código Penal equivalente al artículo 14 del Decreto Ley 26122) y los actos de denigración (numeral 2, equivalente al artículo 11 del Decreto Ley 26122). Los casos más graves según la legislación y doctrina comparadas de «espionaje industrial» sólo se quedan como ilícito administrativo (artículo 15 Decreto Ley 26122).

Según la jurisprudencia y doctrina administrativas la explotación de la reputación comercial ajena (artículo 240 No. 1 del Código Penal y artículo 14 del Decreto Ley 26122) presupone los siguientes elementos:

- a. Debe existir una reputación comercial ajena, previa a la del infractor. Por ejemplo, si un «nombre comercial» ya había venido siendo utilizado continuamente por la denunciada, pese a no haber sido registrado, la denunciante que posee una marca con el mismo nombre y que vende productos en un establecimiento con dicho nombre no puede alegar competencia desleal²⁵.

- b. No importa que el ataque se efectúe con medios legalmente reconocidos, como por ejemplo mediante signos distintivos o marcas registradas. Por ejemplo, en el caso del «Café Monterrey», se vendía dicho producto en el mercado nacional utilizando signos de identificación muy similares a los del café «Cafetal». Pese a que el primer producto estaba registrado en el extranjero, su ingreso al mercado nacional con un envase similar a otro producto ya establecido implicaba el empleo de «una estrategia de posicionamiento en el mercado que resulta contraria a la buena fe comercial»²⁶.

- c. No es requisito indispensable que el agraviado y el infractor sean competidores, aunque sea lo más usual.

- d. Se utiliza el criterio del «consumidor razonable» para medir el riesgo de confusión del origen empresarial de los bienes o servicios. Por ejemplo en el caso denunciado por «Helados Artika», la denunciada (una fabricante de helados en Arequipa) utilizó en su producto y en su distribución diversos elementos registrables y no registrables similares a los de la denunciante: iguales colores en los carros de expendio de helados, los mismos uniformes en los vendedores y la misma envoltura²⁷. Algo similar ocurrió en Baygon vs. Killer en el que la denunciada vendía diversos productos insecticidas en forma líquida y en polvo bajo la marca «Killer», pero utilizando signos de identificación (colores) idénticos que podían inducir a los consumidores a pensar que se existía alguna vinculación con la empresa que producía los productos «Baygón» (Bayer A.G.)²⁸. Igualmente, en el caso «Barbaplust», un nuevo competidor en el mercado de hojas de afeitar desechables había introducido el producto al mercado imitando los signos distintivos registrados y otras características no registrables (unidad de venta al público y muestrario) por la denunciante para su producto «Prestobarba». La Comisión no aceptó como argumento de la defensa que las formas y colores de la denunciante no figuraban en el Registro de

²⁵ Resolución 08-94-C.R.C.D./INDECOPI, publicada el 14-04-1994, p. 122293. El asunto versaba sobre la denominación «La Cigüeña». La denunciada vendía muebles para bebés en su establecimiento «La Casa de la Cigüeña S. R. Ltda.», mientras que la denunciante poseía un nombre similar como marca registrada y nombre de su empresa: «La Cigüeña S. A.»

²⁶ Resolución 002-96-C.P.D. de fecha 18-01-1996. La resolución fue confirmada por el Tribunal por resolución 483-96-INDECOPI/TRI de 28-03-1996.

²⁷ La Comisión hizo suya la opinión doctrinaria que afirma que la «imitación sistemática» «... supone, no la copia de un signo distintivo, la violación de una patente o la imitación de tal cual iniciativa, sino la copia de toda una serie de marcas, de tipos de productos, métodos publicitarios y de venta, formas de embalaje, etc. (...) la deslealtad no proviene del riesgo de confusión -como en la imitación servil- sino del propósito de impedir u obstaculizar la afirmación en el mercado del competidor imitado». Resolución 025-96-C.P.D., publicada el 25-10-1996, p. 143798, considerando 28.

²⁸ Resolución 021-94-C.R.C.D./INDECOPI, publicada el 18-06-1994, p. 124125 y s.

búsquedas, por lo que no habría mediado mala fe. Más bien, se verificó que «Prestobarba» era una marca notoria en el mercado, la cual además había sido expresamente reconocida por la denunciada con anterioridad en una revista especializada²⁹.

- e. No es preciso que la confusión se haya producido efectivamente ni que se verifique un daño cuantificable para el competidor o el consumidor.
- f. Normalmente, estos actos van acompañados de actos de confusión. Por ejemplo, en el caso *Ely Lilly Interamérica vs. Pharnalab S. A.*, se dio una «explotación de la reputación ajena» mediante «actos de confusión». La denunciada importaba de Chile y vendía en el Perú un medicamento, cuya fórmula estaba patentada por la denunciante en los Estados Unidos, la cual también vendía el producto en el mercado nacional. En sus folletos de presentación, la denunciada afirmaba que su producto se vendía y tenía una aceptación masiva en Estados Unidos, lo cual era imposible, pues la denunciante no le había otorgado licencia para el mercado norteamericano³⁰.

En cuanto a la denigración de una empresa o de los productos o servicios ajenos (artículo 240, No. 2 del Código Penal, artículo 11 del Decreto Ley 26122), los elementos son los siguientes:

- a. El denigrante y el denigrado no tienen que ser competidores. Por ejemplo, en el caso de «Rema» vs. «Luz del Sur», la empresa de suministro de energía eléctrica emprendió una campaña entre sus usuarios para evitar sobrecargar las instalaciones eléctricas caseras. Para tal efecto, repartió con el recibo mensual por consumo de servicio eléctrico folletos con imágenes en los que se apreciaba un enchufe triple universal de marca «Rema»³¹.
- b. Se debe tratar de afirmaciones falsas.
- c. Las afirmaciones deben perjudicar la reputación económica de la empresa.

A diferencia de los delitos contra el honor, donde el sujeto pasivo no puede ser una persona jurídica, aquí la acción atenta precisamente contra la reputación económica de una empresa.

La persecución penal solamente se inicia por denuncia de parte. Además, se precisa de un informe técnico de INDECOPI antes de iniciar la acción penal (artículo 32 Decreto Ley 26122). En caso de incumplimiento reiterado de las resoluciones de la Comisión, es posible la denuncia penal (obviamente, por delito de resistencia y desobediencia a la autoridad), según el artículo 26 del Decreto Ley 26122.

También aquí existe la incertidumbre acerca de los límites entre lo penal y lo administrativo.

5.- ¿ES SUFICIENTE LA PROTECCIÓN PENAL PERUANA DE LA COMPETENCIA?

A manera de conclusión, podemos establecer que existe una protección penal adicional a la administrativa en algunos casos de ataques graves contra los bienes jurídicos «libre competencia», «competencia leal» (y, secundariamente, la «protección al consumidor»). Aunque la ley no prevé criterios expresos y claros para delimitar el ilícito administrativo del ilícito penal, la jurisprudencia de las Comisiones de INDECOPI tienden a aplicar dos criterios fundamentales que constituirían el carácter penal de las infracciones: el dolo especial (malicia, intención fraudulenta) y el grave perjuicio (perjuicio también contra los consumidores, pluralidad de afecciones, entidad económica de los daños, etc.). Ambos criterios tienen soporte legal en el caso de los delitos contra la libre competencia del artículo 232 del Código Penal, pero no en el caso de los delitos contra la competencia desleal. Hay aquí un vacío que habría que llenar.

Es interesante observar que, en el marco de la legislación y del desarrollo jurisprudencial de las Comisiones de INDECOPI se está llegando a cimentar una serie de principios del Derecho Administrativo sancionatorio (contravencional) similares a los existentes en la legislación y jurisprudencia comparadas:

1. Se reconoce la «responsabilidad objetiva» para determinar la existencia de una infracción y ordenar el cese de la práctica. No obstante, para imponer sanciones, rige el principio de culpabilidad (dolo o imprudencia).

²⁹ Resolución 002-93-C.R.C.D., publicada el 27-01-1994, p. 120593. Se ordenó el cese definitivo de la comercialización del producto, el decomiso de los que se encuentren en el mercado y la imposición de una multa de 20 UIT.

³⁰ Resolución 040-94-C.R.C.D./INDECOPI, publicada el 27-08-1994, p. 125522 y s. La Comisión impuso una multa de 10 UIT.

³¹ Resolución 068-96-C.C.D publicada el 23-12-1996, p. 145400 y s. La Comisión declaró fundada la denuncia por publicidad denigrante (artículo 7 del Decreto Legislativo 691) y multó a la denunciada con 2 UIT. El Tribunal de INDECOPI modificó la resolución en el sentido de que los hechos denunciados no constituirían «publicidad comercial» que se rige por el Decreto Legislativo 691, sino competencia desleal (actos de denigración del artículo 11 del Decreto Ley 26122), y modificó la sanción de multa por una de «amonestación». Resolución 096-96-TDC, publicada el 23-12-1996, p. 145401 y ss.

2. En todos los casos de competencia de las Comisiones y Oficinas del INDECOPI se tiene que agotar la vía administrativa antes de acudir a la vía judicial (artículo 16 del Decreto Ley 25868), salvo que exista una regulación distinta y expresa sobre la materia que establezca otra cosa.
3. Sólo la mayor gravedad de la infracción configura la necesidad de una persecución penal. Ella está dada mayormente por un *dolus malus* (malicia).
4. En todo lo no regulado rige supletoriamente el Derecho Penal, pues se considera que éste y el Derecho Administrativo sancionatorio tienen la misma naturaleza.

Es de esperar que este desarrollo, exclusivamente jurisprudencial hasta ahora, se refleje también en la doctrina nacional para que por fin se consolide en nuestro medio un verdadero Derecho (Penal) Contravencional. La ausencia de una doctrina nacional al respecto hace que las soluciones

jurisprudenciales de las Comisiones y Oficinas del INDECOPI sean aceptadas acríticamente, pese a que algunas de ellas son muy discutibles y carecen de base legal. Si ya el propio Derecho Administrativo no tiene un contenido seguro, el nuevo Derecho Penal Económico peruano, que en gran medida se remite a los conceptos y decisiones administrativas (por ejemplo, a través de la exigencia de denuncia previa o de un informe técnico), no puede menos que moverse en la oscuridad.

Sólo cuando esta necesidad impostergable de desarrollar un auténtico Derecho Contravencional peruano, situado entre el Derecho meramente administrativo y el Derecho estrictamente penal, se podrá contribuir realmente a crear mayor seguridad en el destinatario de la norma, y a reforzar con ello la legitimidad de las autoridades administrativas y judiciales que actúan en el difícil y versátil campo de las interrelaciones económicas y sociales de los agentes del mercado.