Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Universidad del Perú. Decana de América
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Escuela Profesional de Derecho

El delito de abuso de poder económico: un enfoque orientado a su aplicación

TESIS

Para optar el Título Profesional de Abogado

AUTOR

Jayro Julián MENDOZA LIZARDO

ASESOR

Víctor Jimmy ARBULU MARTÍNEZ

Lima, Perú

2024

Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Mendoza, J. (2024). *El delito de abuso de poder económico: un enfoque orientado a su aplicación*. [Tesis de pregrado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Escuela Profesional de Derecho]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Jayro Julián Mendoza Lizardo
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	71999171
URL de ORCID	https://orcid.org/0009-0001-6979-5767
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Víctor Jimmy Arbulu Martínez
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	06927465
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-3253-7692
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	Jaime Víctor Zelada Bartra
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08654115
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	José Alexander Camus Cubas
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	40630580
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	Juan Antonio Bazán Chavez
Tipo de documento	DNI

Número de documento de identidad	08687355
Datos de investigación	
Línea de investigación	E.1.2.2. Derecho Penal
Grupo de investigación	No aplica
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento
Ubicación geográfica de la investigación	Universidad Nacional Mayor de San Marcos País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: Lima Latitud: -12.05856 Longitud: -77.08089
Año o rango de años en que se realizó la investigación	Noviembre 2023 - Setiembre 2024
URL de disciplinas OCDE	Derecho Penal https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.02

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ACTA DE EXAMEN ORAL PRESENCIAL PARA EL OTORGAMIENTO DEL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO CON SUSTENTACIÓN DE TESIS

N°032

Reunido el Jurado Examinador, constituido por los señores profesores:

1.-**PRESIDENTE:** Dr. JAIME VÍCTOR ZELADA BARTRA
2.- Dr. JOSÉ ALEXANDER CAMUS CUBAS
3.- Mg. JUAN ANTONIO BAZÁN CHAVEZ
4.- Mg. VÍCTOR JIMMY ARBULU MARTINEZ (Asesor)

El bachiller postulante al Título Profesional de Abogado, don:

JAYRO JULIÁN MENDOZA LIZARDO

Procedió la sustentación de su tesis titulado:

El delito de abuso de poder económico: un enfoque orientado a su aplicación

En la redacción del examen escrito de fin de carrera, el graduando fue aprobado con la nota de

DIECIOCHO (18)

Concluida la prueba oral, se practicó la votación correspondiente, resultando el candidato:

APROBADO POR UNANIMIDAD: NOTA (19) DIECINUEVE

Y para constancia se le extiende la presente Acta, en Lima a los DIECINUEVE días del mes de NOVIEMBRE del año 2024.

Presidente del Jurado
Dr. JAIME VÍCTOR ZELADA BARTRA

Dr. JOSÉ ALEXANDER CAMUS CUBAS

Mg. JUAN ANTONIO BAZÁN CHAVEZ

Mg. VÍCTOR JIMMY ARBULU MARTINEZ
(Asesor)

Av. Venezuela S/N
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Ciudad Universitaria (UNMSM)
Lima 1 - Perú

Teléfono:
6197000 anexo: 2032 / 2058
E-mail:
vicedecanatoacademico.derecho@unmsm.edu.pe

Escaneado con CamScanner

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE
SAN MARCOS
Universidad del Perú, Decana de América

CERTIFICADO DE SIMILITUD

Yo, VICTOR JIMMY ARBULU MARTÍNEZ, docente ordinario, y en mi condición de asesor acreditado con la Resolución Directoral Nº 000081-2024-EPD-FDCP/UNMSM de la tesis, cuyo título es **El delito de abuso de poder económico: un enfoque orientado a su aplicación**, presentado por el bachiller Jayro Julián Mendoza Lizardo, para optar el Título Profesional de Abogado, CERTIFICO que se ha cumplido con lo establecido en la Directiva de Originalidad y de Similitud de Trabajos Académicos, de Investigación y Producción Intelectual. Según la revisión, análisis y evaluación mediante la plataforma PIDS, el documento evaluado cuenta con el 14 % de similitud, nivel **PERMITIDO** para continuar con los trámites correspondientes y para su **publicación en el repositorio institucional.**

Se emite el presente certificado en cumplimiento de lo establecido en las normas vigentes, como uno de los requisitos para la obtención del Título correspondiente.

Lima, 09 de setiembre de 2024

Firma del Asesor: _____

Nombres y apellidos del asesor: Victor Jimmy Arbulu Martínez

DNI: _____06927465_

A Mery, mi madre, por todo.

AGRADECIMIENTO

A mi asesor Victor Jimmy Arbulu Martínez por la confianza en mi persona para llevar a cabo la presente tesis.

ÍNDICE

RESUMEN ..... **vi**
ABSTRACT ..... **vii**
INTRODUCCIÓN **1**
CAPÍTULO I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN **4**
1.1. Descripción de la realidad problemática 4
1.2. Definición del problema 5
1.2.1. Problema general 5
1.2.2. Problemas específicos 5
1.3. Objetivos 5
1.3.1. Objetivo general 5
1.3.2. Objetivos específicos 5
1.4. Supuestos hipotéticos 6
1.4.1. Hipótesis general 6
1.4.2. Hipótesis específicas 6
1.5. Justificación e importancia de la investigación 6
1.5.1. Justificación 6
1.5.2. Importancia 7
CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO **8**
2.1. Antecedentes de la investigación 8
2.1.1. Antecedentes nacionales 8
2.1.2. Antecedentes internacionales 10
2.2. Bases teórico-conceptuales 11
2.2.1. La libre competencia 11
2.2.1.1. Cuestiones generales 11
2.2.1.2. Constitución y libre competencia 13
2.2.1.3. Contenido de la libre competencia 13
2.2.1.4. Modelos de protección de la libre competencia 14
2.2.2. La protección administrativa de la libre competencia 17
2.2.2.1. Desarrollo legislativo 17
2.2.2.2. Conductas prohibidas administrativamente 17

2.2.2.3. La naturaleza de las prohibiciones 30
2.2.2.4. Derecho comparado 32
2.2.3. La protección penal de la libre competencia 34
2.2.3.1. Cuestiones generales 34
2.2.3.2. Desarrollo legislativo 35
2.2.3.3. Sobre las modificaciones introducidas al delito de abuso de poder económico 38
2.2.4. El delito de abuso de poder económico 41
2.2.4.1. Cuestiones generales 41
2.2.4.2. Ley penal en blanco 41
2.2.4.3. Delito de peligro abstracto 42
2.2.4.4. Ámbito protegido-bien jurídico 43
2.2.4.5. Sujeto activo 54
2.2.4.6. Sujeto pasivo 55
2.2.4.7. Conducta típica 55
2.2.4.8. Tipicidad subjetiva 60
2.2.4.9. Consumación 61
2.2.4.10. Intervención delictiva 61
2.2.4.11. Penalidad 62
2.2.4.12. Derecho comparado 62
CAPÍTULO III. METODOLOGÍA 66
3.1. Enfoque de la investigación 66
3.2. Tipo de investigación 66
3.3. Diseño de investigación 66
3.4. Procedimientos, técnicas e instrumentos de recolección de información 66
CAPÍTULO IV. RESULTADOS 67
CAPÍTULO V. DISCUSIÓN 70
CAPÍTULO VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 75
7.1. Conclusiones 75
7.2. Recomendaciones 76
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 77

RESUMEN

En la presente tesis se planteó el objetivo de determinar si las modificaciones llevadas a cabo por la Ley N.° 31775 a las conductas prohibidas del delito de abuso de poder económico se ajustan al ámbito que debería de proteger el delito en mención. Para dicho fin, se utilizó un enfoque de investigación cualitativo, el método dogmático jurídico, y como técnicas e instrumentos de recolección de datos, el análisis documental y las fichas, respectivamente. La investigación concluyó que la delimitación de la criminalización únicamente a conductas de especial disvalor como los cárteles duros se ajusta a lo que debería de proteger el delito, esto es, las expectativas normativas de los agentes económicos de participar con total libertad en un mercado exento de restricciones interpuestas por otros agentes económicos.

Palabras clave: delito de abuso de poder económico, cárteles duros, bien jurídico protegido, expectativas normativas

ABSTRACT

The objective of this thesis was to determine whether the modifications made by 31775 Act to the prohibited conducts of the crime of abuse of economic power are in line with the scope that the crime in question should protect. For this purpose, a qualitative research approach was used, the dogmatic legal method, and as techniques and instruments for data collection, documentary analysis and files, respectively. The research concluded that the delimitation of criminalization only to behaviors of special disvalue such as hard-core cartels is in line with what the crime should protect, that is, the normative expectations of economic agents to participate with total freedom in a market free from restrictions imposed by other economic agents.

Key words: crime of abuse of economic power, hard-core cartels, protected legal right, normative expectations

INTRODUCCIÓN

En el modelo económico social de mercado establecido por la Carta Magna, la libre competencia se erige como un precepto sustancial para que el mercado cumpla idóneamente la función de asignación de recursos, las empresas compitan en ella bajo las mimas condiciones y los consumidores tengan a disposición un amplio espectro de alternativas entre las cuales elegir la que le otorgue mayores beneficios. Por estas razones, el Estado no solo se encuentra legitimado, sino obligado a plasmar una política económica que tome en cuenta el mencionado principio.

En atención a lo anterior, el Estado ha otorgado protección a la libre competencia a través del Derecho administrativo y del Derecho penal. La defensa administrativa se realiza en dos planos, el control de estructuras y el control de conductas; y, la protección penal, mediante una serie de delitos.

La evolución normativa sobre la libre competencia acontecida en nuestro país ha atravesado diferentes momentos, iniciando su protección con la inclusión del delito de abuso de poder económico en el Código Penal de 1991 (en adelante, CP); casi inmediatamente se emitió el Decreto Legislativo N.° 701, siendo la primera norma con rango de ley que sistematizó las reglas de la libre competencia en el plano administrativo; posteriormente, en el primer decenio del presente siglo, se promulgó el Decreto Legislativo N.° 1034 de 2008-Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, LRCA), el cual se encuentra vigente en la actualidad y se erige como la principal norma de sanción de conductas anticompetitivas ―norma que derogó expresamente al delito de abuso de poder económico (art. 232° del CP) y las licitaciones colusorias (inciso 3 del art. 241° del CP referido al delito de manipulaciones en licitaciones)―; más adelante, la Ley N.° 31040 de 2020 reincorporó el delito de abuso de poder económico al CP; y, finalmente, la Ley N.° 31775 de 2023 modificó el delito en cuestión, y es la que se encuentra vigente a la fecha.

La reposición del delito de abuso de poder económico al cuerpo vigente de normas despertó una ácida crítica contra el legislador aduciendo que su labor solo responde a hechos coyunturales mas no a objetivos político-criminales; no obstante, a pesar del paso de los años y los cuestionamientos, el delito sigue vigente e incluso ha sufrido algunas

modificaciones. La posición del legislador respecto al presente delito es clara: mantener el tipo penal en vigencia.

En nuestro país es casi unánime considerar que las conductas que atenten contra la libre competencia deben de ser sancionadas exclusivamente por el Derecho administrativo, postura que no es coherente con el modelo mixto de represión de conductas contra la libre competencia implantado en nuestro ordenamiento jurídico, pues las sanciones penales en este ámbito jurídico han sido de nula aplicación.

Consideramos que la piedra angular para dotarle de sentido al delito de abuso de poder económico es el ámbito protegido —o el que se debería de proteger—. La determinación y justificación del bien jurídico protegido por el Derecho penal le brinda legitimidad al delito. En atención a ello, nos preguntamos si, ¿las modificaciones llevadas a cabo por la Ley N.° 31775 a las conductas prohibidas del delito de abuso de poder económico se ajustan al ámbito que debería de proteger el delito? Es decir, si las conductas prohibidas del delito poseen la entidad lesiva de relevancia penal para constituir una forma de dañar al bien jurídico.

A efectos de absolver el problema de investigación, se ha optado primero por hacer referencia a la regulación administrativa de la libre competencia, en la medida que el delito de abuso de poder económico se encuentra, si no es en una relación de accesoriedad, al menos está vinculado conceptualmente respecto a la regulación de las normas de competencia; seguidamente se establece el nuevo escenario normativo que ha instituido la Ley N.° 31775 sobre la estructura típica del delito abuso de poder económico, y finalmente se valora si la conducta prohibida responde o no al ámbito que debería de proteger el delito en cuestión.

Ahora bien, corresponde puntualizar el contenido sobre el cual versa cada apartado:

El apartado 2.2.1. trata sobre la libre competencia, su incorporación a la Constitución como un elemento trascendental en el régimen economía social de mercado, el contenido constitucionalmente protegido y el modelo de protección sobre la misma que se ha establecido en nuestro ordenamiento jurídico.

El apartado 2.2.2. se ocupa de describir la normativa administrativa de la libre competencia contenida en la LRCA, en especial las conductas prohibidas de abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias, y las modalidades específicas de cada una.

El apartado 2.2.3. se encarga de la protección penal, haciendo énfasis en el objeto secundario de estudio de la presente investigación, esto es, las modificaciones implementadas en el delito de abuso de poder económico.

El apartado 2.2.4. se refiriere a diversas cuestiones sobre el delito de abuso de poder económico, principalmente al objeto central de estudio de la presente tesis: el ámbito protegido y su confrontación con las conductas prohibidas. En particular, desde una perspectiva del funcionalismo normativo, se desarrolla una argumentación orientada a establecer como protegido por el delito en cuestión a las expectativas normativas, planteamiento que provee de razonabilidad a la custodia penal de la libre competencia y genera coherencia con la regulación primaria.

Por otro lado, la aplicación de un delito, más aún los que se encuentran relacionados al ámbito económico y su dificultoso tratamiento a nivel penal, precisa de un complejo entramado de condiciones que debe de satisfacer el Estado, como la especialización, coordinación, presupuesto, persecución, cuestiones procesales penales, entre otros, las mismas que requieren de un análisis individualizado y escrupuloso, por lo que en la presente investigación, conscientes de la complejidad de la materia, no pretendemos ―en lo absoluto― brindar una respuesta sobre ellas, circunscribiéndonos, por lo tanto, a la evaluación de ciertos aspectos del tipo penal.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción de la realidad problemática

La regulación administrativa de la libre competencia y la protección penal a través del delito de abuso de poder económico se mantienen en constante tensión debido a que sus fronteras son, en muchos casos, zonas grises, lo cual resulta muy problemático para la diferenciación de competencias de las ramas jurídicas en disputa. Este inconveniente, generalmente, la doctrina mayoritaria de nuestro país lo resuelve en favor del plano administrativo, aduciendo una mala técnica legislativa al construir el delito, lo que se traduce en problemas político-criminales y dogmáticos, orientación que favoreció la nula aplicación del delito por la administración de justicia y su derogación a través de la entrada en vigencia de la LRCA en 2008.

La doctrina dominante afirma que la libre competencia representa un bien jurídico supraindividual cuya protección primigenia dentro del ordenamiento jurídico ha sido fundada por el Derecho administrativo, por lo que las conductas anticompetitivas están primordialmente sancionadas en este ámbito, reservando al Derecho penal solo la represión de aquellas conductas cuantitativamente más graves. Como consecuencia de esta postura, el Derecho penal se ha visto poco menos que excluido de la represión de las conductas contra la libre competencia.

A pesar de la negativa de tratar penalmente la libre competencia, la experiencia comparada y un sector de la doctrina consideran que existen determinados comportamientos como los llamados hard-core cartels que poseen un especial disvalor, los cuales requieren ser reprimidos a través de la maquinaria penal. Por lo tanto, consideramos que es necesario echar luces sobre el delito de abuso de poder económico para dotarle de operatividad, para lo cual la presente investigación busca proponer una perspectiva que legitime la protección penal establecida en nuestro ordenamiento jurídico y allanar el camino para el empleo efectivo del delito por los tribunales nacionales a través de criterios interpretativos-valorativos que informen una aplicación razonable del delito.

El objeto de estudio de la presente investigación concierne problemas sobre delitos económicos —especialmente los delitos contra la libre competencia— que, a pesar de que no constituyen temas de importancia privilegiada para la doctrina, representan aspectos de vital trascendencia para la sociedad debido a su lesividad social (García

Cavero, 2021) y a que las consecuencias derivadas de la criminalidad económica podrían ser, incluso, más perniciosas que las de los delitos comunes (Peña Cabrera Freyre, 2010).

En atención a los argumentos manifestados, consideramos que existe la necesidad de analizar el ámbito protegido del delito de abuso de poder económico y su relación con las conductas prohibidas, y enriquecer de este modo el debate doctrinal que en la actualidad se encuentra vigente.

1.2. Definición del problema

1.2.1. Problema general

¿Las modificaciones llevadas a cabo por la Ley N.° 31775 a las conductas prohibidas del delito de abuso de poder económico se ajustan al ámbito que debería de proteger el delito?

1.2.2. Problemas específicos

- ¿Cuál es la consecuencia de la eliminación de la expresión "abuso de posición dominante en el mercado" del delito de abuso de poder económico?

- ¿Qué efecto produce la nueva redacción del delito de abuso de poder económico al restringir la conducta prohibida prácticas colusorias al "acuerdo o práctica anticompetitiva sujeto a una prohibición absoluta"?

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo general

Determinar si las modificaciones llevadas a cabo por la Ley N.° 31775 a las conductas prohibidas del delito de abuso de poder económico se ajustan al ámbito que debería de proteger el delito.

1.3.2. Objetivos específicos

- Analizar la consecuencia de la eliminación de la expresión "abuso de posición dominante en el mercado" del delito de abuso de poder económico.

- Establecer el efecto que produce la nueva redacción del delito de abuso de poder económico al restringir la conducta prohibida prácticas colusorias al "acuerdo o práctica anticompetitiva sujeto a una prohibición absoluta".

1.4. Supuestos hipotéticos

1.4.1. Hipótesis general

Las modificaciones llevadas a cabo por la Ley N.° 31775 a las conductas prohibidas del delito de abuso de poder económico han restringido la criminalización a los carteles duros, lo cual se ajusta al ámbito que debería de proteger el delito, ya que los carteles constituyen conductas de especial disvalor que frustran las expectativas normativas de los agentes económicos de interactuar con plena libertad en un mercado exento de obstáculos impuestos por otros agentes económicos.

1.4.2. Hipótesis específicas

- La consecuencia de la eliminación de la expresión "abuso de posición dominante en el mercado" del delito de abuso de poder económico es la despenalización completa de dicha conducta prohibida.

- El efecto que produce la nueva redacción del delito de abuso de poder económico al restringir la conducta prohibida prácticas colusorias al "acuerdo o práctica anticompetitiva sujeto a una prohibición absoluta" es la despenalización de todas las prácticas colusorias, excepto aquellas sujetas a prohibición absoluta.

1.5. Justificación e importancia de la investigación

1.5.1. Justificación

La presente investigación se justifica porque en nuestro ordenamiento jurídico penal existe la necesidad de determinar si las conductas prohibidas por el tipo penal de abuso de poder económico representan comportamientos de especial disvalor que demuestren una forma de ataque penalmente relevante al ámbito protegido por el delito. A partir de esta constatación se estará en mejores condiciones para justificar la vigencia del delito y empezar a crear un escenario apropiado para su aplicación efectiva por los tribunales ante conductas que ostenten lesividad social.

1.5.2. Importancia

Importancia teórica

Se ha verificado que en la doctrina no existe una posición jurídica sólida respecto a la problemática planteada, por lo cual se examinarán las posturas existentes y se brindará una perspectiva crítica.

Importancia práctica

La presente investigación busca ofrecer a los operadores jurídicos criterios orientadores sobre el ámbito protegido por el delito de abuso de poder económico para la utilización e interpretación apropiada del delito y una óptima resolución de problemas prácticos asociados a los delitos contra la libre competencia.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

2.1.1. Antecedentes nacionales

Sanchez Mamani (2021) en la tesis titulada "Tipificación de las prácticas colusorias horizontales como delito que afecta la libre competencia en el Perú", para optar el título profesional de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Andina del Cusco, mediante una investigación comparativa propositiva trazó como objetivo general examinar las razones por las cuales se debe de criminalizar las prácticas colusorias horizontales por contravenir la libre competencia. La investigación concluyó que, a pesar de que en nuestro país las prácticas colusorias horizontales son sancionadas administrativamente, se debería criminalizar las prácticas colusorias horizontales de prohibición absoluta como en algunos ordenamientos jurídicos comparados porque son las que desestabilizan el bien jurídico orden económico, lo cual ocasiona una competencia en condiciones desiguales entre las empresas, y afecta, en última instancia, a los intereses de los consumidores.

Fernández Samamé (2021) en la tesis titulada "Efectos de la reincorporación del art. 232: delitos de abuso de poder económico y la transgresión a la legislación de libre competencia", para obtener el título de abogada en la Facultad de Derecho y Humanidades de la Universidad Señor de Sipán-Chiclayo, por medio de una investigación descriptiva planteó como objetivo examinar el impacto de la reinserción del delito contra la dinámica de la competencia mencionado. La investigación arribó a las siguientes conclusiones:

- La reintegración del delito contra la mecánica de la competencia al CP fue un desatino del legislador, puesto que Indecopi ha cumplido satisfactoriamente su función sancionadora en el plano administrativo.
- El delito en cuestión no es de aplicación porque las conductas que criminaliza ya están sancionadas administrativamente.

Wan Goicochea (2022) en la tesis denominada "Acaparamiento y abuso de poder económico regulados en la ley 31040, frente a actos de corrupción en tiempos de Covid 19 - Chiclayo", para optar el título profesional de abogado en la Facultad de Derecho y Humanidades de la Universidad Señor de Sipán-Chiclayo, a través de una investigación mixta-propositiva proyectó como objetivo analizar si la técnica legislativa de la Ley N.°

31040 reguló convenientemente el delito mencionado con miras a combatir la corrupción durante la emergencia sanitaria. La investigación concluyó que la ley en cuestión es idónea porque engendra un mayor desarrollo en cuanto a la concepción de los delitos referidos a la competencia; sin embargo, no ha previsto el caso de la comisión de estos delitos en un escenario de fuerza mayor o caso fortuito como lo es la pandemia, ni la situación en la que se relacionen con los delitos contra la administración pública.

Vásquez Montenegro (2022) en la tesis titulada "Delito de Acaparamiento y Abuso de Poder económico frente a posibles actos de Corrupción en Estado de Emergencia Nacional. Chiclayo 2020", para optar el título profesional de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo-Lambayeque, mediante una investigación descriptiva propuso como finalidad analizar los delitos consignados como parte del fenómeno de corrupción estatal en el escenario generado por la emergencia sanitaria acontecida. La investigación concluyó lo siguiente:

- Las deficiencias de regulación en la economía generan la comisión de los delitos que atentan contra el proceso competitivo en el mercado asociados a eventos de corrupción.
- La reincorporación de los delitos que atentan contra la dinámica de la competencia requiere de una acción conjunta de las autoridades competentes para evitar una duplicidad de respuestas entre lo administrativo y penal.
- La restitución de los delitos en mención al ordenamiento jurídico vigente busca resguardar la libre competencia y proveer de protección apropiada a los derechos de los consumidores.

Solano Tito (2022) en la tesis nominada "Carteles empresariales y la afectación a la libre competencia en el Perú - análisis comparativo y criminalización", para optar el grado académico de maestro en la Universidad César Vallejo-Lima, por intermedio de una investigación descriptiva formuló como propósito analizar la forma en la que carteles de núcleo duro influyen negativamente en el proceso competitivo del mercado. La investigación concluyó que los las conductas señaladas dañan la la dinámica de competencia y la esfera del consumidor.

Boluarte Castro y Rivas Rodriguez (2023) en la tesis nominada "Análisis de la criminalización de prácticas anticompetitivas en el Perú, a propósito de la Ley N° 31040", para optar el grado académico de maestro en la Universidad de Lima, con la ayuda de una investigación descriptiva consignaron como objetivo general analizar las ventajas y

desventajas de la redacción de las conductas castigadas en la estructura del abuso de poder económico. La investigación llegó a las conclusiones que se presentan a continuación:

- A través de la Ley N.° 31040, el legislador consideró conveniente devolver al cuerpo de normas vigentes al delito de abuso de poder económico con el fin de criminalizar todas las conductas que atenten contra el proceso competitivo. Hasta antes de la entrada en vigencia de la mencionada ley, las conductas anticompetitivas se reprimían administrativamente.
- El grueso de los países que forman parte de la OCDE contempla como conductas de relevancia penal a los cárteles porque son los elementos más agresivos que restringe la competencia.

2.1.2. Antecedentes internacionales

Cifuentes y Frenck (2018) en la tesis denominada "La persecución penal de la colusión en Chile: análisis desde la libre competencia y derecho penal del nuevo delito introducido por la Ley 20.945", para optar la licenciatura en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, por medio de una investigación descriptiva proyectaron como objetivo analizar el bien jurídico y las conductas descritas en el delito de colusión. La investigación que arribó a las conclusiones que se presentan a continuación:

- En Chile estuvo permitido contener a la colusión a través de las sanciones del Derecho penal a partir de 1959, pues desde aquellos años estaba vigente el delito; sin embargo, en 2003 el legislador despenalizó dichas prácticas motivado por la amplitud del tipo, el riesgo de quebrantar garantías y la nula utilización del delito. No obstante, el Decreto Legislativo 211 incorporó el nuevo delito y la Ley 20.945 le brindó concreción.
- La redacción del delito de colusión establecida por la Ley 20.945, del mismo modo que en el derecho comparado, solo considera merecedora de pena de cárcel a los cárteles duros, los cuales vienen a ser un tipo determinado de prácticas colusorias gravemente dañinas para la competencia. Esta decisión legislativa resulta saludable porque ha restringido la amplitud con la que estaba descrito el delito inicialmente, observando de este modo la consigna de la última razón del aparato penal.
- El nuevo delito tiene como objetivo garantizar el bien jurídico colectivo de carácter supraindividual libre competencia, el cual permite a los agentes actuar con autonomía en el escenario de competencia y posibilita que los ciudadanos

tengan a su disposición mayores y mejores opciones para satisfacer sus necesidades de consumo.

- Cabe resaltar que en los países donde se castiga penalmente este tipo de prácticas colusorias ha sido un gran reto conseguir condenas, ya que el proceso de criminalización plantea cuestiones complicadas para la aplicación del tipo penal.

Peralta Fierro (2021) en la tesis denominada "Bien jurídico y tipo objetivo en la sanción penal y administrativa de la colusión", para acceder al grado de licenciado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, a través de una investigación descriptiva estableció como objetivo analizar el sentido de la estructura objetiva de las reglas del plano administrativo y penal que proveen tutela a la competencia, y determinar el bien jurídico tutelado por los mencionados ámbitos jurídicos. La investigación llegó a la conclusión de que el bien jurídico tutelado es la competitividad de la actuación de los sujetos en el mercado.

Fajardo Espinoza (2023) en la tesis denominada "El ilícito de colusión, tratamiento administrativo y penal, concordancias", para optar la licenciatura en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, mediante una investigación descriptiva propuso como objetivo describir y comparar la colusión en el campo administrativo y penal. La investigación llegó a las conclusiones que se presentan a continuación:

- En el campo del Derecho penal la colusión representa un delito contra la libre competencia que se configura al llevarse a cabo acuerdos horizontales que tienen por objetivo dañar la libre competencia.
- Las distintas reformas que se han practicado al delito de colusión han mantenido como conductas prohibidas aquellas que poseen una especial carga dañina para la competencia como son los acuerdos sobre los precios, la producción y mercados.

2.2. Bases teórico-conceptuales

2.2.1. La libre competencia

2.2.1.1. Cuestiones generales

Monge Morales (2022) sostiene que, en un régimen económico como el de nuestro país, el mercado y el mecanismo competitivo se originan a partir de la actuación de los privados. El Estado no se constituye en gestor ni impulsor de estas instituciones, limitando su actuación a regular ―ámbitos en los cuales las reglas de la competencia son residuales―, y contener los comportamientos que transgredan la dinámica de la libre competencia (pp. 187-188). Por lo tanto, la actividad empresarial se constituye en el motor de la economía. En este sentido, Kresalja y Ochoa (2012) afirman que la libertad

de empresa constituye la base sobre la que se asienta y desarrolla la estructura económica constitucional, ya que en esta institución se sustenta el propósito de proteger la dinámica competitiva como un medio de optimizar la calidad de vida de las personas (pp. 117-119).

Deza Sandoval (2009) plantea que la libre iniciativa privada y la libre competencia son dos instituciones que están vinculados bilateralmente porque la vigencia del primero precisa de una atmósfera competitiva; y la esencia de la segunda, precisamente, demanda un escenario de antagonismo (p. 33). Esto significa que para que el mercado funcione óptimamente, tanto la actividad empresarial como la libre competencia deben de encontrarse en constante interrelación, esto quiere decir que el empresario requiere que su actuación en el mercado esté marcada por reglas de juego similares a las de sus competidores, y es la libre competencia, justamente, la que implanta dicho escenario.

Para propiciar un contexto óptimo para el mercado y los agentes económicos, a decir de Stucchi López Raygada (2008), en una economía social de mercado el norte al que deberían de apuntan las políticas económicas es generar la máxima competencia posible, y lograr de este modo que los agentes económicos se vean constreñidos a ofrecer mejores ofertas y/o demandas (p. 311). Es decir, en un mercado donde existe un buen nivel de competencia entre las empresas, cada una buscará desarrollar sus actividades con la mayor eficiencia posible que los otros para poder captar la demanda de los consumidores, lo cual a su vez provocará que dicho mercado sea cada vez más competitivo y se acerque ―en cierta medida― al modelo de competencia perfecta.

Por otro lado, Rojas Leo (2005b) resalta la función que cumple la libre competencia referida al control de las libertades sobre los agentes económicos en el mercado. Cuanta más libertad tengan los empresarios de llevar a cabo sus actividades y los consumidores de elegir, más imprescindible se hace la actividad reguladora de la competencia (p.16). Entonces se puede afirmar que la libre competencia es el parámetro a tener en cuenta para orientar la conducta de los agentes económicos; en otras palabras, ella establece los límites mínimos que se deben de cumplir al participar en el mercado.

De una opinión semejante al autor citado en el párrafo anterior es de la Calle Restrepo (2022), quien refiere que la libre competencia implica un juego de poderes entre los productores y los consumidores en el sentido que, cuanto mayor sea la competencia en el mercado, los empresarios tendrán una menor capacidad de tomar decisiones unilateralmente, lo cual favorecerá a que el consumidor adquiera mayor poder (p. 160). En otros términos, a un mayor nivel de competencia de las empresas, los consumidores estarán en mejores condiciones de optar por mejores ofertas, por lo que las empresas

tendrán menores posibilidades e incentivos de tomar decisiones sin tener en cuenta la posición de los competidores.

2.2.1.2. Constitución y libre competencia

Según Blume Fortini (1997) a pesar de que la Constitución de 1979 no haya considerado expresamente mediante algún artículo a la libre competencia como integrante del modelo económico, mostró un interés por la misma. Así pues, en el artículo 133° proscribió el monopolio y sus variantes, también el acaparamiento y las conductas restrictivas (p. 35). Complementando esta idea, Gagliuffi Piercechi (2006) opina que la Constitución de 1979 fue la primera que sentó las bases para la evolución de un sistema de normas anticompetitivas (p. 135).

Ahora bien, el desarrollo legislativo infraconstitucional sobre la protección de la libre competencia se inició unos años antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1993, esto es, en 1991 a través del Decreto Legislativo N.° 701 (5 de noviembre de 1991), es más, como apunta Gagliuffi Piercechi (2006), hubo normas anteriores como el Decreto Supremo N° 296-90-EF (4 de noviembre de 1990) que erigieron la protección expresa de la libre competencia (p. 136). En cuanto a la instauración de la protección penal contra prácticas restrictivas de la competencia, esta se produjo en 1991 como una de las novedades que presentó la promulgación del Código Penal el 3 de abril del mencionado año, delito que fue considerado en el artículo 232°.

Después de haber realizado una sucinta cronología sobre la libre competencia a nivel constitucional e infraconstitucional, resta hacer alusión a su configuración en el artículo 61° de la vigente Constitución Política, la cual establece que "el Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas" (Congreso Constituyente Democrático, 1993).

Para cerrar este apartado nos remitimos a Rodríguez Cairo (2021), quien manifiesta que el principio constitucional de la libre competencia representa una de las pautas trascendentales integrantes de la Carta Magna que informa el régimen económico de nuestro país.

2.2.1.3. Contenido de la libre competencia

Al respecto, nos parece conveniente hacer referencia a la Sentencia 01405-2010-PA/TC, la cual establece los requisitos de la misma:

a. La autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica.

b. La autodeterminación para elegir las circunstancias, modos y formas de ejecutar la actividad económica (calidad, modelo, volumen de producción, etc.).
c. La igualdad de los competidores ante la ley. (Tribunal Constitucional, 2010)

El acceso de las empresas al mercado se realiza a voluntad de los sujetos que decidan emprender una actividad empresarial, sin impedimentos para acceder al mercado.

Relacionada a la anterior, la autonomía para determinar el modo de ejercer la libertad de empresa faculta a los empresarios a determinar la manera en la que va a organizar sus actividades.

Por último, la condición sin la cual sería difícil ejercer las anteriores libertades, la igualdad de los competidores ante la ley. La aplicación de las leyes debe de considerar a todos bajo el criterio de igualdad, es decir, sin discriminar. No obstante, es importante apuntar que es común que las empresas poseen distintas capacidades económicas las cuales determinan la diferente entidad de participación y protagonismo de las mismas en la actividad comercial, situación que puede dar lugar a tratos diferenciados.

2.2.1.4. Modelos de protección de la libre competencia

La estructura del presente apartado toma de modelo, en gran medida, lo propuesto por el profesor García Cavero.

Protección restringida al ámbito del Derecho administrativo sancionador

Este tipo de salvaguarda de la libre competencia significa que los comportamientos que la afecten son reprimidos exclusivamente a través de sanciones administrativas (García Cavero, 2021).

Tiedemann (2007) apunta un ejemplo de esta forma de protección acontecida en Alemania, pues la libre competencia era protegida en dicho país únicamente desde la esfera administrativa por medio de la Ley contra las restricciones a la competencia (GWB - Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen), hasta la entrada en vigor de la Ley de lucha contra la corrupción de 1997 (Gesetz zur Bekämpfung der Korruption), la cual elevó las transgresiones contra la libre competencia a delitos (p. 172).

En Italia, hasta la actualidad se mantiene una protección de este tipo, pues como lo manifiesta Corda (2009), la legislación sobre libre competencia, la cual se basa en la

Ley N.° 287/1990, ofrece, únicamente, resguardo administrativo contra las conductas anticompetitivas (p. 486).

Protección restringida al ámbito del Derecho penal

García Cavero (2021) sostiene que esta forma de protección de la libre competencia consiste en que las conductas que atenten contra ella, únicamente son combatidas por medio de sanciones penales (p. 24).

Santelices Ríos (2020a) refiere que en Chile la Ley N° 13.305 de 1959 inauguró la protección de la libre competencia a través de la imposición de sanciones penales contra las conductas que la afecten. Este modelo estuvo vigente hasta la emisión de la Ley N° 19.911 del 2003, la cual estableció sanciones administrativas para las conductas anticompetitivas (pp. 38-39).

Protección conjunta

Como su descripción lo manifiesta, esta clase de salvaguarda de la libre competencia se caracteriza por mantener un modelo de protección tanto administrativa como penal de manera paralela. El ejemplo más destacado se encuentra en los EE. UU. con la Sherman Act, norma que establece simultáneamente sanciones penales y administrativas.

García Cavero (2021) advierte sobre las dificultades que pueden surgir ante la adopción de este modelo, pues existe el riesgo de que el ámbito de acción administrativo y penal coincidan y generen una reacción estatal desmedida o una situación de descoordinación. Por ello, en atención a estos inconvenientes, el modelo de protección conjunta ha sido objeto de transformaciones, generando esquemas modificados y parámetros para diferenciar y establecer aquello que concierne a cada ámbito (p. 24).

En cuanto a la decisión legislativa sobre la delimitación entre las infracciones administrativas y delitos en esta forma mixta de tutela, Tiedemann (2007) sostiene que existen dos técnicas, las cuales dependen de la concepción que le otorgue el legislador al contenido de las infracciones administrativas y delitos. Si se considera que ambos poseen una diferenciación plena, se tendrá que hacer uso —ineludible, a fin de mantener racionalidad— de una regulación autónoma de cada una; mientras si se estima que presentan una identidad, se podrá elegir entre una regulación autónoma de los ilícitos o

el uso de una cláusula general que determine —en razón de ciertos criterios cualitativos o cuantitativos diferenciadores— si representa una infracción administrativa o un delito (p. 85).

Identidad de ilícitos administrativo y penal

García Cavero (2021) manifiesta que este diseño modificado de la protección conjunta se destaca por el hecho de que tanto el ilícito administrativo como el penal se constituyen de los mismos componentes. En consecuencia, es necesario fijar criterios para demarcarlos (p. 25). Abanto Vásquez (2006b) defiende esta interpretación sobre el argumento de que la única distinción entre el injusto administrativo y penal es de carácter cuantitativo.

Algunos de los criterios de diferenciación ante una identidad de ilícitos administrativo y penal —porque debe de existir algún factor que los diferencie— son ofrecidos por Tiedemann (2007), quien expone el caso de Alemania, país donde la Ley penal económica de 1949 establecía que, si los efectos eran capaces de dañar el potencial de eficiencia del ordenamiento económico o el autor expresaba un comportamiento agresivo o irreflexivo ante las normas económicas, se trataba de un delito; en caso los efectos no tenían esa entidad, se catalogaban como infracciones. Posteriormente, los mencionados criterios se modificaron medianamente y establecían que, si el hecho no era idóneo para trastocar perceptiblemente los intereses, constituía una infracción; en caso se produjese un daño común, suponía un delito; y, en caso resultase una perturbación grave o un aprovechamiento de la posición del autor en la economía, se consideraba como un delito de gravedad especial (p. 85).

Por su parte, García Cavero (2021) clasifica los criterios de diferenciación en cuantitativos y cualitativos. Respecto a los primeros, afirma que el elemento diferenciador entre el ilícito administrativo y el penal es meramente cuantitativo, lo cual permite que la maquinaria penal se ocupe de los resultados más lesivos cuantitativamente. En cuanto a los segundos, sostiene que el ilícito penal presenta un factor extra de desvalor que lo diferencia del ilícito administrativo y que puede estar relacionado a elementos sobre las particularidades singulares del comportamiento contra la libre competencia como la incidencia sobre bienes esenciales para la canasta básica, a un contexto muy particular como situaciones de emergencia o al perjuicio de otro bien protegido relacionado con las actividades estatales (pp. 25-26).

Diferencia absoluta entre los ilícitos administrativo y penal

García Cavero (2021) manifiesta que este esquema modificado de la protección conjunta se distingue porque concibe que los ilícitos administrativo y penal se asientan sobre componentes plenamente distintos, por lo cual la tipificación en cada ámbito se lleva a cabo independientemente de la otra. Consecuentemente, no se aprecia una accesoriedad administrativa de la norma penal, por el contrario, se advierte una absoluta independencia de los tipos penales (p. 27).

Finalmente, a la luz de los desarrollado en este apartado, se puede decir que el derrotero que sigue nuestro ordenamiento jurídico —en la actualidad—, en atención a la identidad de ilícitos del ilícito administrativo y el ilícito penal, es la protección conjunta o mixta de la dinámica competitiva del mercado. En este sentido, las infracciones administrativas son reprimidas por la LRCA y, paralelamente, el CP establece como delitos a las conductas más lesivas.

2.2.2. La protección administrativa de la libre competencia

2.2.2.1. Desarrollo legislativo

El principal instrumento normativo que le dedicó un tratamiento sistemático a la libre competencia fue la Ley de eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia - Decreto Legislativo N° 701 (1991).

El actual cuerpo normativo que se encarga de regular la libre competencia es la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas - Decreto Legislativo N° 1034 (2008).

2.2.2.2. Conductas prohibidas administrativamente

El abuso de posición de dominio

No está proscrito constitucionalmente tener una posición de dominio, puesto que ello sería un sinsentido en un escenario de libertad de competencia en la que los competidores sobresalen, justamente, en la medida que muestren mayores grados de eficiencia (Rojas Leo, 2005a). Coinciden con esta idea Stucchi y Ballón (2019), quienes sostienen que poseer el rótulo de posición de dominio de una entidad empresarial es una condición que no está vedada. Lo prohibido es la conducta que se lleva a cabo abusando de dicha posición (p. 34). Cabe realizar una aclaración, como sostiene Bullard (2006) es equívoco equiparar el concepto de abuso de poder de mercado con el uso del poder de mercado, esto es, el hecho de que una empresa se encuentre un paso adelante en cuanto a

capacidades competitivas y use dicho poderío en el mercado es absolutamente lícito, e incluso, deseable para la dinámica competitiva (p. 999).

Una interesante y trascendental acotación sobre aquello a lo que aspiran las empresas, esto es, una mayor presencia en el mercado, la realiza Bullard (2006), quien afirma que el Estado no debe de reprimir la mayor envergadura empresarial que muestran algunos porque ello es retribución a las mejores eficiencias (p. 1128). En efecto, el hecho de que las empresas se vuelvan más eficientes cada vez más y aspiren a ganarle el duelo comercial a las empresas rivales es sustancial para enriquecer el dinamismo de la competencia en el mercado.

Bustos Romero (2015) manifiesta que el abuso de posición de dominio representa un comportamiento nocivo para la libre competencia. Dicho comportamiento se expresa en la capacidad de establecer las condiciones de mercado de manera independiente al resto de competidores, obstaculizando el normal funcionamiento del mercado, por esta razón, como afirman Stucchi y Ballón (2019), la empresa que cuente con una posición de dominio en el mercado, al margen de que se encuentra en posición de actuar libremente sin tomar en cuenta a los competidores, debe de desempeñarse como si estuviese interrelacionado en el dinamismo competitivo (p. 35).

Una tarea previa para determinar la existencia o no de un abuso de posición de dominio es definir los contornos del mercado relevante, el cual se presenta como aquel contexto de mercado en el cual se realizará el análisis de conductas que se presumen anticompetitivas. Tradicionalmente se entiende que el mercado relevante está constituido por el mercado de producto y el mercado geográfico.

La determinación del mercado de producto se encuentra demarcado por la cantidad de sustitutos, sean estos reales o potenciales que posee el producto analizado, en referencia a la demanda, esto es, a los consumidores (Ruiz, 2011).

Un mercado geográfico es el lugar donde las características de la competencia resultan uniformes, al punto que es posible diferenciarlo de otras zonas geográficas en virtud de las cualidades distintas de competencia que prevalecen en ella (Bustos Romero, 2015).

Bullard (2006) expresa lo anterior de manera muy gráfica. Para determinar la presencia o no de un caso de abuso de posición de dominio —para lo cual se debe

proceder rigurosamente en relación directa con las hipótesis normativas establecidas en la ley— paso previo es establecer la existencia de una posición de dominio a través de la determinación del mercado relevante y el grado de concentración en el mismo (p. 1001).

Según la LRCA (art. 10.2), los comportamientos específicos constitutivos de la conducta prohibida en comentario sancionadas administrativamente son las siguientes:

Negativa injustificada a contratar

Monge Morales (2022) opina que la libertad de contratar representa un contenido de la libertad de contratación, el cual posibilita que las personas se encuentran en la libertad de contratar o no y, además, determinar con quién contratar, es decir, individualizar al sujeto con el cual formará parte de la relación jurídica (p. 120). En otras palabras, las facultades que otorga la libertad de contratación no solo se encuentran orientadas a la resolución de celebrar contratos o no, sino también a elegir a la otra parte del contrato.

Coincide con el autor citado Bullard (2006), quien manifiesta que la decisión de una empresa de negarse a contratar es una facultad inherente a su libertad de contratación; no obstante, si una organización empresarial que ostenta la posición privilegiada de dominio resuelve no pactar, debe de hacerlo con una justificación, pues su presencia en el mercado y su actuación tienen gran influencia en la dinámica competitiva. (p. 1067). Precisamente, el presente supuesto examinado se orienta a vedar los rechazos arbitrarios, tanto de ventas como de compras, de empresas que tengan posición de dominio en el mercado.

Discriminación en las condiciones

Las empresas *pelean* en el mercado para hacerse con la demanda, pugna que estará en mejores condiciones de ganar aquel que ofrezca mejores productos o servicios el menor precio. En este sentido, las empresas se encuentran en la libertad de ofrecer a los consumidores sus ofertas en los términos que consideren convenientes, en consecuencia, puede apreciarse distintas ofertas en el mercado a merced de la elección de los consumidores. Esta es la dinámica que ofrece el libre mercado respecto a los ofertantes.

Ahora bien, en algunas situaciones las condiciones diferentes ofrecidas por las empresas pueden resultar desventajosas para los competidores. Tal es el caso de una entidad comercial que tiene posición de dominio y ofrece bienes o servicios equivalentes

a las de los competidores, pero en condiciones dispares —por ejemplo, a menores precios—, absorbiendo la demanda, pues los consumidores preferirán las mejores condiciones ofrecidas por esta empresa al resto de empresas —esta es la dinámica que ofrece el libre mercado respecto a los demandantes—, lo cual generaría la exclusión de los competidores o impedir la entrada de otros al mercado.

No perdamos de vista que el sentido de la presente prohibición es sancionar el abuso de posición de dominio, por lo cual la aplicación desigual de condiciones sancionada está destinada a estructuras empresariales que ostente la mencionada cualidad, ello porque, en palabras de Velandia (2011) solo la envergadura de este tipo de empresas afectará a los competidores de manera sensible, o estará en la posibilidad de hacerlo, pues a través de vender perdiendo ganará más, esto es, ser el único proveedor y tener a merced el aumento de los precios (p. 180).

Imposición de cláusulas de atadura

En torno al presente tipo de abuso, Bullard (2006) sostiene que se produce cuando un vendedor implanta como condición a los clientes que la única forma de adquirir un producto —sobre el cual mantiene una posición de dominio— es a través de la compra de otro producto. La prohibición de esta práctica reside en la posibilidad que la empresa amplíe su posición de dominio al producto atado y establezca condiciones en el mercado que excluya a los competidores (p. 1085).

En sentido similar al anterior, Figari Costa y Pineda Galarza (2009) refieren que constituye un comportamiento prohibidos el hecho que un ente empresarial con prerrogativas que ofrece la posición de dominio sobre un bien o servicio, estipule la obligatoriedad de compra adicional de un bien o servicio no solicitado por el comprador, que en un contexto común de intercambios comerciales no se habría producido. En otros términos, el imponer este tipo de restricciones tiene el fin de hacerse con el mercado de un bien o servicio sobre el cual no se posee ventajas como la posición de dominio (p. 99).

Cabe recalcar que la presente prohibición se dirige a reprimir la conducta llevada a cabo por una empresa con posición de dominio, ya que si un ofertante que no cuenta con dicho poder propone como requisito para contratar, la adquisición de un bien o servicio extra, evidentemente la contraparte no tendrá reparos en desistir de la negociación, y en consecuencia la competencia no se verá perjudicada.

Obstaculización injustificada a la entrada o permanencia de un competidor en una asociación u organización de intermediación

De la Calle Restrepo (2022) sostiene que esta modalidad se configura cuando una empresa que posee posición de dominio obstruye la entrada de nuevos competidores al mercado donde realiza sus actividades comerciales o ejerce presión contra aquellos que se encuentran operando en el mercado para que lo abandonen (p. 709).

Para ser más precisos, como lo refiere García Cavero (2021), en esta hipótesis se reprime al agente económico que cuente con la posición privilegiada de dominio que influya en la resolución para que una empresa no forme parte de una organización de intermediación o continúe estándolo (pp. 39-40).

La sanción se impone a aquellas empresas con posición de dominio que entorpezcan la calidad de miembro de asociaciones de intermediación de competidores o la adquisición de dicho estatus que constituye una exigencia para poder operar en el mercado.

El establecimiento, la imposición o la sugerencia de contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados

Flint Blanck (2002) refiere que "se habla de convenio de exclusividad cuando un proveedor con posición de dominio celebra convenios con los distribuidores de sus productos para que no puedan vender ningún producto de otro competidor" (p. 558).

Figari Costa y Pineda Galarza (2009) sostiene que las exclusividades comúnmente están permitidas en el Derecho de la competencia debido a criterios de eficiencia, no obstante, cuando una empresa que ostenta posición de dominio implanta este tipo de situaciones sin motivo razonable, se genera un estado de exclusión de aquellos no considerados en el acuerdo (p. 100).

El elemento clave para sancionar esta clase de comportamientos es el uso abusivo de la posición de dominio para imponer cláusulas de exclusividad que resulten injustificadas, pues el establecimiento de privilegios por estos contratos podría generar consecuencias positivas para el mercado incluso cuando incumbe a empresas con posición de dominio.

Utilización de manera abusiva y reiterada de proceso judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia

Sobre este tipo de modalidad de abuso de posición de dominio, Bullard (2006) sostiene que el uso injustificado de procesos judiciales o administrativos representa un

arma importante para que una empresa dominante excluya a sus competidores o, en su caso, demore la entrada de otros (p. 1268).

Figari Costa y Pineda Galarza (2009) postulan que la aplicación de sanciones para este tipo de prohibiciones requiere de un examen riguroso para mantener incólume el derecho de petición y de tutela jurisdiccional (p. 112).

Incitación a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos

Esta última prohibición restringe a las estructuras comerciales con posición de dominio a inducir a otros a no suministrar bienes o prestar servicios, o en su caso a no recibirlos, ya que podría afectar el proceder de los competidores.

Por otro lado, con el afán de abarcar toda conducta que resulte anticompetitiva producto del abuso de posición de dominio, la LRCA ha establecido una cláusula general para sancionar situaciones no contempladas en las hipótesis acabadas de desarrollar.

Para cerrar este apartado, cabe enfatizar que, la configuración de cada uno de los supuestos analizados debe de realizarse por una empresa en abuso de su posición de dominio.

Las prácticas colusorias

Este tipo de conductas representan el segundo tipo de prohibición que establece la LRCA.

Gagliuffi Piercechi (2011) considera que las prácticas colusorias surgen cuando una pluralidad de agentes económicos acuerda llevar a cabo, como si fuesen un solo ente, un comportamiento conjunto que menoscabe el proceso competitivo del mercado (p. 160), escenario que en palabras de Flint Blanck (2002), en definitiva, resulta desfavorable para los consumidores (p. 562).

Salta a primera vista el criterio central de diferenciación frente a las prohibiciones del uso abusivo del estatus de dominio. Las llamadas prácticas colusorias se sancionan en función a los acuerdos que lleven a cabo empresas, mientras que aquellas se reprimen, precisamente, en virtud de dicha cualidad.

Las prácticas colusorias son divididas en base a si las empresas se encuentran en el mismo o diferente nivel de la cadena de producción. Así pues, pasaremos a detallar cada una de ellas.

Prácticas colusorias horizontales

Deza Sandoval (2009) menciona que las prácticas colusorias horizontales constituyen una alianza entre empresas con el fin de no competir. De este modo, con el fin de incrementar sus ganancias, los agentes participantes del cartel se conducen como si fueran una sola empresa (p. 34). En otras palabras, las empresas que participan en este tipo de conductas anticompetitivas uniformizan sus actuaciones, trastocando la dinámica natural de la libre competencia en el mercado.

Quintana Sánchez (2005) refiere que esta categoría de práctica colusoria se manifiesta a través de una conducta de concertación entre los competidores resultado de un acuerdo de no competir. De este modo, se aprovechan del poder que poseen como grupo y reducen las posibilidades de elección de los compradores (p. 181). Añade que, cuando los competidores actúan cooperativamente respecto a la información y actividades, se crea una situación de peligro de ocurrencia de prácticas contra la libre competencia, motivo por el cual las normas de defensa de la competencia prohíben las prácticas colusorias (p.182).

La LRCA (art. 11.1) establece los siguientes supuestos específicos de las prácticas colusorias horizontales:

Concertación de precios u otras condiciones de comercialización

El régimen económico del libre mercado permite que las condiciones de las transacciones comerciales se formen libremente en el mercado, por lo cual las empresas pueden ofrecer a los consumidores las condiciones que estimen apropiadas.

A pesar de lo consignado en el párrafo anterior, el ejercicio de dicha prerrogativa por parte de las organizaciones empresariales competidoras en forma coordinada, se encuentra castigado por las normas de competencia debido a los efectos negativos que suscita sobre la mecánica de la libre competencia, dado que las empresas coludidas podrían excluir o impedir la entrada de competidores por medio de la imposición de condiciones comerciales artificiales ajenos al libre juego de la oferta y demanda.

Sobre la concertación de precios, a criterio de Bullard (2006) la sanción se sustenta en el derecho de elección que dispone el consumidor. La instauración de los empresarios de un precio uniforme del producto les arrebata a los consumidores la capacidad de optar por el precio que más le convenga. El meollo del asunto radica en que

la concertación, cuyo objetivo es elevar el nivel de los precios, comporta necesariamente un pacto sobrentendido para disminuir el nivel de producción porque la cantidad de compradores que estén de acuerdo en pagar los nuevos precios disminuirá, lo cual ocasionará escasez, traduciéndose en que la demanda de bienes y/o servicios de la sociedad no se vea satisfecha (pp. 1125-1126).

Limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones

De la Calle Restrepo (2022) refiere que la regulación de producción o suministro acontece cuando los entes empresariales concuerdan repartirse y asignarse cuotas o proporciones de la oferta de los productos las que no responden a sus posibilidades y capacidades empresariales, dejando de actuar independientemente respecto a otros competidores en el mercado (p. 493-494). Es decir, las empresas se distribuyen los volúmenes de la producción o venta en referencia a un acuerdo de cartelización, y no en virtud de sus posibilidades económicas, llevado a cabo con dicho fin.

Por otro lado, en referencia a la limitación concertada del desarrollo técnico, de la Calle Restrepo (2022) declara que estos comportamientos están sancionados porque las empresas se ponen de acuerdo para controlar los progresos tecnológicos que se puedan utilizar en la producción respecto a las técnicas, procesos, tiempos de producción, insumos, etc., a pesar de que los avances técnicos redundan en la progresión de la disposición competitiva de las empresas en el mercado y en mayores beneficios para los consumidores (p. 515-516).

Velandia (2011) sostiene que el mercado no solo se rige por la oferta y la demanda, sino que existen otras variables como el desarrollo técnico que optimizan la eficiencia de las empresas en el mercado ―ejemplo: mejorar la calidad de los productos― haciendo que estos resulten más competitivos, razón por la cual el Estado sanciona aquellos acuerdos que busquen restringir la entrada al mercado de mejores desarrollos técnicos (pp. 160-161).

Fonseca Fortes-Furtado (2017) señala que, al restringir la producción y la innovación, se disminuyen las opciones de los consumidores. Los carteles producen daños sustanciales a la economía, pues los consumidores se ven constreñidos a pagar precios desmedidos, lo cual genera que la demanda y el bienestar disminuyan, ocasionando a su vez la reducción de los niveles de producción, de inversión económica y también de empleo.

Respecto a la limitación de las inversiones se puede argumentar lo mismo que para el desarrollo técnico. En la medida que un acuerdo tenga el fin de entorpecer la inyección de capital, estará recortando la posibilidad del aumento de la condición productiva de las estructuras empresariales y la mayor aptitud de estos para competir en el mercado, además de privar al consumidor de mejores bienes a costos más bajos.

Reparto concertado del mercado

El caso más común es el reparto de clientes, el cual consisten en que las empresas concertadas deciden distribuirse los compradores, dejando de competir por aquellos que les han sido asignados, afectando de esta manera la capacidad de otras empresas para disputar por dichos clientes.

Por otra parte, Velandia (2011) refiere que el reparto de mercado también puede recaer sobre los proveedores. Por ejemplo, en las empresas que adquieren materia prima para transformarla en productos finales, podrían dividirse las fuentes de aprovisionamiento haciendo que los proveedores vean recortada su libertad de negociar distintas alternativas de venta, limitándose a contratar con un solo comprador (pp. 145-146).

En cuanto al reparto de mercado en la modalidad de división de zonas geográficas, De la Calle Restrepo (2022) sostiene que las empresas acuerdan repartirse el mercado y desarrollar sus actividades en sectores geográficos específicos, estableciendo una hegemonía que les permite obtener las ganancias que esperan. Las ventajas que ofrecen este tipo de acuerdos se concretan en el establecimiento de zonas exclusivas para operar comercialmente sin la interferencia de los otros participantes del pacto y en la posición privilegiada que asegura el éxito en la pugna comercial con terceros empresarios (pp. 57-58).

Concertación en la calidad de los productos

La norma prohíbe convenir sobre la calidad de los productos que no cumplan las exigencias técnicas de la regulación nacional o internacional, y que con ello el consumidor sea perjudicado.

Parece ser que la norma restringe el pacto sobre la calidad de los productos a aquellos que dispongan una disminución de la misma, pues no sería razonable entender que el ordenamiento sancione lo contrario, el alza, y que resultado de esto al subir el

precio del producto se afecte a los consumidores. Por ende, creemos que el escenario donde podría subsumirse al supuesto de hecho de la norma es aquel donde una pluralidad de empresas acuerde bajar la calidad de los productos —por debajo de lo mínimo exigido por las normas técnicas— y esto repercuta negativamente en los consumidores.

Flint Blanck (2002) sostiene que esta prohibición se orienta a proteger las alternativas de selección de los consumidores, pues el acuerdo dirigido a establecer estándares de calidad de productos les resta la posibilidad de elegir en función de su *bolsillo* entre una mayor gama de productos (p.657).

García Cavero (2021) manifiesta que constituye un desacierto el no haber incluido en la prohibición la calidad de los servicios (p. 46).

Discriminación concertada en las condiciones

Esta prohibición es equiparable a la discriminación en las condiciones del uso abusivo del estatus de dominio, con la diferencia que, aquí, la conducta prohibida se realiza por dos o más empresas competidoras.

En el modelo de libre mercado las empresas poseen autonomía para diseñar sus ofertas, en virtud de lo cual se posicionarán en mejores o peores circunstancias para competir. Sin embargo, la mencionada libertad tiene límites cuando, según Jiménez-Laiglesia y Jiménez-Laiglesia (2009), las condiciones comerciales son determinadas en base a un acuerdo entre empresas competidoras imponiendo a prestaciones similares condiciones comerciales dispares, dado que existe el riesgo de que los competidores ajenos al convenio se vean colocados en una situación poco favorable (p. 187), pues con la alianza los participantes crean un unidad comercial de mayores dimensiones, a través del cual pueden imponer condiciones que resulten inalcanzables para los no coludidos, obligando a estos a abandonar.

La imposición concertada de cláusulas de atadura

La presente conducta prohibida también tiene su equivalencia en la modalidad de imposición de cláusulas de atadura del uso abusivo del estado de dominio, con la singularidad de que la cláusula de atadura, en este caso, es instaurada por una pluralidad de empresas.

De la Calle Restrepo (2022) sostiene que la presente modalidad se produce cuando el productor establece una condición extra al comprador para que este se haga con el

producto que requiere, situación que es ajena a la esencia de la venta inicial (p. 528). En otras palabras, se le impone comprar un bien que nada tiene que ver con el que desea, ni por razones de eficiencia, asegurar el adecuado funcionamiento del mismo, complementariedad u otro que las prácticas comerciales consideren normales para adquirir el producto que motiva su compra.

Flint Blanck (2002) manifiesta que la implantación de este tipo de cláusulas constriñe la libertad de preferencia que asiste a los compradores, puesto que se les fuerza a comprar productos que no precisan (p. 678).

Cabe apuntar que la justificación para reprimir el presente comportamiento por la norma radica en los efectos anticompetitivos que produce en el mercado, pues a través de cláusulas de atadura se altera la competencia respecto a los productos atados.

Negativa concertada e injustificada a contratar

Este supuesto prohibido reproduce nuevamente en gran medida lo sancionado en el tipo equivalente del uso abusivo del estatus de dominio, diferenciándose en que el injusto de lo prohibido se debe a la acción conjunta de dos o más empresas competidoras.

Sobre la autonomía privada, Landa Arroyo (2017) indica que es la aptitud de autodeterminación que poseen las personas para para relacionarse de forma obligatoria con otros sujetos y determinar la forma, tiempo y el contenido de dicha relación (p. 120).

Por su parte, Kresalja y Ochoa (2020) manifiestan que, desde un punto de vista institucional, la autonomía privada puede ser vista como un principio general que forma parte del cimiento de la libertad de contratación (p. 348).

Por lo explicado, los sujetos participantes del mercado poseen libertad de contratar, condición que los empodera para optar o no vincularse a través de un contrato con otros sujetos que también es libre de escoger. Sin embargo, la citada libertad encuentra su límite y es sancionada con la presente modalidad cuando es ejercidas producto de un concierto entre empresas competidoras para rechazar peticiones de ventas o compras sin justificación.

Obstaculización injustificada de entrada o permanencia de un competidor a una asociación u organización de intermediación

En este caso el comportamiento prohibido encuentra su análogo en la modalidad respectiva del abuso de posición de dominio, con la particularidad que el núcleo de la prohibición responde a la concertación de competidores.

Un conjunto de empresas intenta influir sobre la entrada o permanencia de un competidor a un grupo que se dedica a acciones de intermediación. En palabras de Figari Costa y Pineda Galarza (2009) es necesario que dicha agrupación represente una organización que controle la posibilidad de competir a partir de la suscripción de una membresía (p. 99).

La norma está proscribiendo que una colectividad de empresas concertadas entorpezca el estado de asociados en organizaciones de intermediación o la obtención de dicha condición de otras empresas competidoras para actuar en el mercado.

Concertación injustificada de una distribución o venta exclusiva

Del mismo modo que los supuestos reprimidos anteriormente, esta modalidad reproduce la prohibición de distribuciones o ventas exclusivas injustificadas, pero no en función del abuso de posición de dominio de una empresa sino a la acción colectiva de dos o más empresas.

Al respecto, Bullard (2006) manifiesta que existe el riesgo de que los convenios de exclusividad se constituyan en formas de restricción directa al resto de proveedores a los conductos de distribución (p. 1238). Por esta razón es que, pese a que las cláusulas de exclusividad pueden generar consecuencias favorables en el mercado, se sanciona aquellas circunstancias en las que una pluralidad de empresas competidoras acuerdan instituir contratos que otorguen ciertas prerrogativas.

Licitación colusoria

Diez Canseco Núñez (1997) sostiene que los comportamientos que constituyen esta modalidad son actos inherentemente anticompetitivos en la medida que transgreden el objetivo sustancial que se persigue en las licitaciones, esto es, la obtención de bienes o servicios en los términos más beneficiosos (p. 49).

Por la razón expuesta en el párrafo anterior, la norma prohíbe los acuerdos que se llevan a cabo entre competidores para presentar ofertas o abstenerse de ello con el propósito de direccionar el resultado de las convocatorias a licitaciones, concursos, subastas públicas y remates.

En vista de que el comportamiento prohibido en comentario puede ser cometido en diferentes procesos de adquisición, será necesario acudir a las normas correspondientes a fin de precisar el escenario de lo prohibido.

Sobre los tipos de procesos en los que puede cometerse este ilícito, Chang Tokushima y Drago Alfaro (2022) refieren que el hecho de que la ley establezca sanciones para licitaciones o concursos públicos o privados debería de significar que también forma parte de las conductas prohibidas comportamientos transgresores de la libre competencia que acontezcan en los casos de concursos privados (p.122).

Cabe resaltar que, del mismo modo que los supuestos específicos de abuso de posición de dominio, la LRCA ha establecido una cláusula general para englobar a aquellas conductas que no calcen en la lista establecida.

Finalmente, es preciso puntualizar dos cuestiones trascendentales:

Remarcar que para la configuración de las modalidades de prácticas colusorias horizontales acabadas de examinar, constituye un requisito indispensable que las mismas se lleven a cabo entre empresas competidoras, es decir, empresas que se encuentren en el mismo nivel de la cadena de producción, distribución o comercialización.

Por otro lado, Bullard González y Falla Jara (2002) sostienen que para reputar una conducta anticompetitiva como práctica colusoria horizontal es imprescindible que los agentes económicos implicados no tomen parte de una sola unidad económica, pues la estructura de los cárteles está compuesta por empresas que no componen un mismo grupo económico (p.193).

Prácticas colusorias verticales

Las restricciones verticales se dirigen contra las acciones llevadas a cabo entre agentes económicos independientes que actúan en distintos planos de la cadena de producción de disposición vertical con el objetivo de fijar condiciones sobre bienes y/o servicios (Programa UC Libre Competencia, 2021). Bullard (2006) nos grafica los escenarios posibles de las prácticas colusorias verticales en los siguientes términos: el que fabrica el producto pacta con su distribuidor o minorista para que este ofrezca al público exclusivamente su producto, para no comercializar su producto en el área geográfica de otro distribuidor, para no vender su producto a un precio distinto al estipulado o evitar realizar publicidad en favor de los productos pertenecientes a la competencia (p. 1219).

Por otro lado, Bullard (2006) expresa que las consecuencias anticompetitivas de las prácticas colusorias verticales no poseen la misma entidad de gravedad que las prácticas colusorias horizontales porque son realizadas entre empresas que no compiten entre sí. La mayoría de veces no inciden negativamente en el proceso competitivo o en caso suceda ello las consecuencias positivas suelen ser mayores (p. 1227). Por lo tanto, no siempre las prácticas colusorias verticales son perjudiciales para la libre competencia, ya que existen contextos en los que resulta ser, incluso, beneficioso. Esta idea se mantiene en la misma línea de lo regulado por la LRCA, ya que la norma de competencia ha instaurado que este tipo de conductas dañinas se encuentren sometidas a una prohibición relativa, lo cual significa que no solo debe de probarse la existencia de la conducta, sino que paralelamente conlleve resultados negativos.

Dicho lo anterior, para dotarle de cierta entidad negativa a las prácticas colusorias verticales, la LRCA establece que uno, por lo menos, de los implicados en el acuerdo, ostente una posición de domino en el mercado correspondiente de análisis. Esta es otra condición sin la cual no es posible calificar conductas como prácticas colusorias verticales, pues como ya se mencionó, no siempre son dañinos los efectos de los acuerdos verticales.

La LRCA no especifica los supuestos de prácticas colusorias verticales, sino que remite a los tipos específicos de abuso de posición de dominio y de las prácticas colusorias horizontales. Por ello, el análisis de estos casos deberá de orientarse hacia las conductas sancionadas en dichas prohibiciones, pero teniendo en cuenta el ámbito en el que se desarrollan las prácticas colusorias verticales y los requisitos que precisa. En este sentido, cada supuesto al que se remitan las prácticas colusorias verticales requiere de la determinación previa de un poder de mercado de alguna de las partes conformantes del acuerdo y que dicho pacto se realice entre agentes que pertenezcan a gradaciones distintas dentro de la cadena productiva, de distribución o comercialización.

2.2.2.3. La naturaleza de las prohibiciones

Prohibición relativa

Según Gagliuffi Piercechi (2011) en este tipo de prohibición se requiere examinar a través de criterios de razonabilidad si la respectiva conducta afecta el proceso competitivo o por el contrario debe de ser juzgada beneficiosa si sus efectos son saludables para el mercado (pp. 153-154). En el mismo sentido, Flint Blanck (2002)

refiere que este tipo de prohibición concede la posibilidad de valorar la situación concreta y establecer la razonabilidad o no de la conducta restrictiva y la magnitud de la repercusión en contra de la libre competencia. Por lo tanto, los comportamientos limitativos razonables no pueden ser catalogados liminarmente como dañinos (p. 616).

La LRCA fija que se debe de demostrar que el comportamiento señalado existe, y respecto a la entidad negativa de la misma, a criterio de Stucchi y Ballón (2019), se pone a merced de los agentes económicos la reflexión acerca de si su comportamiento es dañino o podría serlo para el juego de la libre competencia y para los intereses de los compradores (p. 27).

De la literalidad de la norma y de la interpretación de la regulación de los acuerdos horizontales, se puede concluir que la prohibición relativa está contemplada para el abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias tanto verticales como horizontales, con excepción de un grupo específico de estas últimas sobre las que se hará referencia en el siguiente apartado.

Prohibición absoluta

En lo que respecta a este prototipo de prohibiciones, Gagliuffi Piercechi (2011) manifiesta que a la vista de esta regla existen conductas que deben de ser calificadas ilícitas automáticamente sin atender a criterios de razonabilidad, lo cual significa que no es necesario para ello si se genera o no efectos dañinos en el mercado (p. 153). Complementa esta posición Stucchi López Raygada (2008), quien refiere que la prohibición en comentario se aplica a aquellas conductas que intrínsecamente son consideradas adversas para la competencia y, por ende, para los intereses de los consumidores (p. 315).

De acuerdo con Fonseca Fortes-Furtado (2017), las conductas más graves dentro del conjunto de transgresiones contra la libre competencia son los carteles económicos catalogados como hard core cartels, es decir, aquellas que representan el núcleo duro de comportamientos anticompetitivos. Para comprender en qué consisten los cárteles de núcleo duro es preciso remitirnos a la definición que ofrece la OCDE a través de la Recomendación 2019, la cual, a pesar de haber reemplazado a la Recomendación 98, mantiene la definición de los cárteles duros en los siguientes términos:

Los cárteles duros son acuerdos anticompetitivos, prácticas concertadas o arreglos entre competidores reales o potenciales para acordar precios, hacer ofertas amañadas (licitaciones colusorias), establecer restricciones o cuotas de producción, o repartirse o dividir mercados, por ejemplo, a través de la asignación clientes, proveedores, territorios o líneas de comercio (Organisation for Economic Co-operation and Development, 2019).

Fonseca Fortes-Furtado (2023) sostiene que los cárteles de núcleo duro constituyen una clase específica dentro del concepto de cárteles, y que la característica sustancial que los identifica es que son realizadas entre empresas competidoras que se encuentran en el mismo plano en el mercado (pp. 297-298).

En nuestro ordenamiento jurídico los cárteles de núcleo duro están representados por las prácticas colusorias horizontales sujetos a ciertas condiciones. La Presidencia de la República (2008) por intermedio del Decreto Legislativo 1034 estableció lo siguiente:

> *Constituyen prohibiciones absolutas las prácticas colusorias horizontales inter marca que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos y que tengan por objeto:*
>
> *a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;*
> *b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;*
> *c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,*
> *d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.* [cursiva añadida]

2.2.2.4. Derecho comparado

Unión Europea

Quintana Sánchez (2005) manifiesta que la Comunidad Europea le prestó atención en primer lugar de las normas de control de conductas de la libre competencia, ámbito en el que generó un desarrollo más nutrido que en el campo del control de estructuras. Así pues, se debatió intensamente sobre los acuerdos o prácticas concertadas entre

competidores y el abuso de posición de dominio (artículos 81° y 82° del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea y el 101° y 102° del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, respectivamente).

Sobre las prácticas colusorias, el Artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2009), establece lo siguiente:

> Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:
>
> a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
>
> b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
>
> c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
>
> d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
>
> e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Sobre las prácticas colusorias, el Artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2009), instituye lo siguiente:

> Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva,

por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;

b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;

c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2.2.3. La protección penal de la libre competencia

2.2.3.1. Cuestiones generales

En la medida que existe un vínculo entre la regulación administrativa y penal sobre la libre competencia, en el seno del Derecho penal económico se han evaluado distintas opciones que van desde una accesoriedad absoluta del Derecho penal económico respecto al Derecho administrativo hasta una autosuficiencia extrema para explicar el nivel de dicha relación.

En la doctrina nacional, Reátegui Sánchez en Caro Coria y Reyna Alfaro (2016) defiende una dependencia relativa de la maquinaria penal con respecto a las normas administrativas, ya que asumir una accesoriedad absoluta genera que los límites entre lo administrativo y penal sean muy imprecisos; y, aceptar una accesoriedad mínima contradice la característica de la última opción del aparato penal en referencia a la prioridad de actuación del ámbito administrativo (p. 155).

Por nuestra parte, sostenemos una posición matizada de la relación que une a ambos ámbitos jurídicos. Es conveniente defender la mencionada accesoriedad con el fin de trazar límites y diferencias entre las funciones que les corresponden a cada uno, y proporcionar coherencia a la regulación de ambas áreas, sobre todo porque la construcción del delito de abuso de poder económico denota una relación necesaria con el plano administrativo.

Anotado lo anterior, consideramos que la accesoriedad del Derecho penal económico en referencia a las reglas administrativas no es absoluta incluso cuando el tipo penal acoja fórmulas de remisión explícita, pues aquel ámbito del Derecho posee sus propias estructuras y modos de operar particulares. No obstante, es incuestionable el hecho de que el Derecho penal económico posee una ligazón conceptual con la regulación de las normas de competencia en este caso.

Adelantamos que a nuestro juicio es innegociable la autonomía del Derecho penal sobre la legitimidad para instituir sus propios bienes jurídicos ―bienes jurídico-penales strictu sensu― y operar de acuerdo a concepciones, principios y funciones propias, y que es saludable defender su vinculación, si se quiere dependencia, a causa de la necesidad de usar conceptos del Derecho administrativo para reconstruir las conductas prohibidas del tipo penal y proporcionar la base a partir de la cual debe iniciar la interpretación del mismo a través del límite que impone la ultima ratio.

La fundamentación de nuestra posición se complementará en el apartado correspondiente al ámbito protegido por el delito.

2.2.3.2. Desarrollo legislativo

La Presidencia de la República (1991) emitió, a través del Decreto Legislativo 635 el Código penal, el cual estableció en el artículo 232° el delito de abuso de poder económico del siguiente modo:

> *El que, infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a*

> *trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36º, incisos 2 y 4.* [cursiva añadida]

Gran parte de la doctrina no estuvo conforme. Queremos parafrasear uno de los cuestionamientos más incisivos contra la protección penal de los actos anticompetitivos. Ghersi (1995) se pronunció en contra de la inclusión de este delito porque, en su opinión, representaba un peligro contra la autonomía privada en el contexto de la economía de mercado porque la preponderancia de una organización empresarial como dominante no tiene que ser necesariamente por la comisión de un delito sino por razones de superioridad en cuanto a capacidades comerciales (p.116).

Por otro lado, un sector de la doctrina estuvo de lado de la introducción del delito en el ordenamiento jurídico penal. Abanto Vásquez (1994) indicó que la inclusión del delito de abuso de poder económico en el CP representó un progreso para la conformación de la normatividad respecto de los cárteles en nuestro país. En el mismo sentido Peña Cabrera Freyre (2010) sostuvo que era legítima la intervención del Derecho penal en la vida económica, pues es un deber ínsito del Estado el reprimir los abusos de los sujetos participantes del mercado en el contexto de un modelo económico social de mercado y mantener incólumes las reglas del juego (p. 241).

La discusión tuvo su final, tal y como lo refirió Guzmán Napurí (2011) cuando el Decreto Legislativo 1034 entró en vigencia y derogó los tipos penales que criminalizaban los actos contra la libre competencia en vista de que no representaban transgresiones en sí mismas o que eran hechos adecuadamente sancionados por la autoridad de competencia (p.796). Cabe añadir que el delito pasó sus años en vigencia sin pena ni gloria, pues no llegó a aplicarse en los tribunales de justicia.

Posteriormente, el Congreso de la República (2020), a través de la Ley 31040 modificó el Código penal reincorporando el delito de abuso de poder económico en los siguientes términos:

> *Artículo 232.- Abuso del poder económico El que abusa de su posición dominante en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con una pena privativa de*

> *libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2 y 4.* [cursiva añadida]

La crítica no se hizo esperar. En este sentido, Saavedra Valdivia y Alvarez Porras (2021) sostuvieron que el injusto penal en comentario presentaba serias deficiencias de orden político criminal porque no había una justificación razonable para considerarlo dentro de las conductas criminales; y, problemas de la parte general del Derecho penal como el quebrantamiento de principios, en especial el de mínima intervención y el de legalidad, pues reprimía conductas que no poseían la entidad suficiente para aplicarles una pena y dejaba abierta la posibilidad del imponer doble sanción al mismo hecho, respectivamente. Por lo tanto, recomendaron su modificación o derogatoria.

En opinión de Floríndez Aramburú et al. (2020) el delito adolecía de serios problemas de tipicidad porque el legislador no había precisado de manera suficiente las conductas prohibidas, por lo que resultaba vaga la idea de lo castigado. Por lo tanto, concedía amplios márgenes de arbitrariedad insostenibles en el Derecho penal (p. 211).

Por su lado, García Cavero (2021) manifestó que se pudo haber configurado de mejor manera el tipo penal y así lograr que sea utilizado en la práctica. Además, el problema principal del cual adolece la estructura del tipo es la amplitud con la cual ha sido concebido (p. 13).

Finalmente, el Congreso de la República (2023), a través de la Ley 31775, modificó el delito de abuso de poder económico, quedando redactado de la manera siguiente:

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

Pese a que la doctrina dominante no acepta la legitimidad del delito en cuestión, este se ha mantenido en el tiempo e incluso fue objeto de algunas modificaciones, las cuales son objeto de la presente investigación.

Saavedra Valdivia y Alvarez Porras (2023) sostienen que aun cuando la nueva construcción del delito brinda mayor especificación de la conducta prohibida, se presenta el inconveniente de quebrar el principio de mínima intervención, pues la conducta se mantiene como infracción en la vía administrativa y no se establece contundentemente que las sanciones penales deben de ser atribuidas en razón de la gravedad de los comportamientos.

2.2.3.3. Sobre las modificaciones introducidas al delito de abuso de poder económico

Ahora bien, las modificaciones que ha operado la Ley N° 31775 sobre el delito de abuso de poder económico, específicamente sobre las conductas prohibidas, ha creado nuevas circunstancias sobre lo sancionado en el delito.

Para una mejor comprensión del nuevo contexto de análisis es necesario referirnos a la política criminal. Sobre el particular, Prado Saldarriaga (2017) sostiene que esta actividad representa el proyecto de la organización estatal para controlar los actos criminales, manifestado, principalmente, en la creación o modificación de las conductas prohibidas de los delitos (p.17)

Peña Cabrera Freyre (2022) refiere que la política criminal busca materializar que el Derecho penal cumpla sus fines, por tanto, establece estratégicamente para este metas y límites (p. 45). Entonces, podemos concebir a la política criminal como una decisión política del Estado que se encarga de diseñar el proyecto sobre el ámbito criminal del Estado.

Respecto a las acciones concretas que lleva a cabo la política criminal, Prado Saldarriaga (2019) sostiene que, en específico, la labor de criminalización consiste en convertir una conducta lícita y aceptada socialmente en delito (p. 30). Agrega Villavicencio Terreros (2017/2019) que la capacidad de dictar leyes penales forma parte del proceso llamado criminalización primaria, por medio de la cual la autoridad legitimada valora qué conductas deben de ser catalogadas de relevancia penal y la consecuencia que acarrea su comisión (p. 22).

En cuanto a la criminalización en el ámbito de las conductas anticompetitivas, Fonseca Fortes-Furtado (2017) manifiesta que este proceso consiste en la atribución de penas privativas de libertad y/o multas a este tipo de conductas, situación que es ajena al plano administrativo, pues no existen la pena de cárcel en él.

Por otro lado, la decisión política sobre el crimen no se agota en crear delitos. Las acciones contrarias —lato sensu— a la criminalización son conocidas como descriminalización y despenalización. Sobre la diferenciación entre ambas, nosotros nos vamos a remitir a lo formulado por Prado Saldarriaga (2017) para quien la descriminalización consiste en la supresión del carácter delictivo de una conducta, convirtiéndola —como antes de la criminalización— en lícita; mientras que la despenalización ocurre cuando, manteniendo la calidad delictiva de la conducta, la reacción estatal es menos potente, expresado en la transformación de la conducta delictiva en una falta o en una transgresión de índole no penal como las del ámbito administrativo (p. 18).

En un sentido similar al autor citado, Luzón Peña (2016) refiere lo siguiente:

> Tras la reforma operada por LO 1/2015, con entrada en vigor el 1-7-2015, se han suprimido las faltas en el Derecho penal español. Unas se han despenalizado pasando a ser ilícitos extrapenales, en su caso sancionados administrativamente, pero otras se han convertido en delitos leves, de modo en el vigente Derecho penal español todas las infracciones penales son delitos. (pp. 119-120)

Concretando estos conceptos a nuestra investigación, Peña Cabrera Freyre (2010) manifestó que, como consecuencia de la entrada en vigencia de la LRCA, se despenalizó el delito de abuso de poder económico, lo que significó que las conductas prohibidas que la componían pasaron a constituir infracciones administrativas (p. 253). En ese mismo sentido, Stucchi López Raygada (2008) refiere que la derogación del delito en cuestión evidenció la voluntad del legislador de imponer un modelo pleno de protección a nivel administrativo de las conductas anticompetitivas. Si bien es cierto que estas afirmaciones se realizaron en el contexto de la derogación de la versión originaria del delito, consideramos que es oportuno apuntarlas.

El nuevo contexto normativo que ha diseñado la introducción de modificaciones por parte de la Ley N. ° 31775 al delito de abuso de poder económico es el siguiente:

Respecto a la conducta prohibida de abuso de posición de dominio ha eliminado la expresión “abuso de posición dominante en el mercado” de la estructura típica del delito.

Stucchi y Ballon Estacio (2021) manifiestan que no existe fundamento para que se reprima a través de sanciones penales el abuso de posición de dominio en el mercado, dado que incluso en el plano administrativo existen dificultades técnicas para determinar sus elementos conformantes, por lo que la agencia de competencia se ha concentrado en reprimir primordialmente aquellas conductas que suscitan repercusiones más significativas como las prácticas colusorias horizontales (p. 237). Concuerda con esta propuesta Fonseca Fortes-Furtado (2017), considera que las conductas anticompetitivas de abuso de una condición de dominio en el mercado no poseen la lesividad social como los de los acuerdos horizontales para ser reprimidas a través del Derecho penal.

Por otro lado, con relación a la conducta prohibida de prácticas colusorias ha considerado dentro de la estructura del tipo penal solo aquellas sujetas a una prohibición absoluta.

Fonseca Fortes-Furtado (2017) postula que es aconsejable reprimir los cárteles a través de sanciones penales para proteger al mercado y a su dinámica competitiva, además de los consumidores. El tipo penal debe de considerar a las prácticas colusorias consustancialmente de entidad negativa para la libre competencia, inclusive en aquellas situaciones en las que no resulta una materialización de las conductas prohibidas.

Ducci (2018) refiere que los cárteles se consideran comportamientos desnudos porque son pensados para afectar directamente a la libre competencia sin que se generen a partir de ello provechos para los consumidores.

Fernandes Godinho y Castro Marques (2021) sostienen que un aspecto muy negativo de los cárteles es la generación de un estado ficticio de competencia por parte de empresas que en teoría deberían de estar compitiendo, pues normalmente los cárteles nacen y se desarrollan subrepticiamente, lo cual produce un ataque a la transparencia que debe de primar en el mercado.

2.2.4. El delito de abuso de poder económico

2.2.4.1. Cuestiones generales

A juicio de Tiedemann (2007), si bien es cierto que el Derecho penal en el ámbito económico se encuentra en un segundo orden, más como una garantía de cumplimiento de la regulación directa del Derecho económico que como primera línea de acción, no puede ser privado de actuar cuando las condiciones lo requieran. Resulta adecuado que el ordenamiento jurídico penal peruano incluya dentro del catálogo de conductas prohibidas a los delitos contra la libre competencia (p. 68).

Artaza Varela (2020a) refiere que el análisis del delito de cártel a través del Derecho penal económico se justifica por el tipo de interés resguardado, esto es, interés de tipo colectivo como la libre competencia que representa un papel decisivo en el mercado y produce beneficios sustanciales a la generalidad (pp. 17-20).

Tiedemann (2007) sostiene que el concepto de Derecho penal económico se ha extendido y ahora incluye a los delitos contra la libre competencia (p. 7). En nuestra doctrina, Abanto Vásquez (2006b) sigue esta posición, considera que los delitos contra la libre competencia constituyen parte del núcleo de ilícitos penales que transgreden abiertamente al sistema económico.

La intromisión del Derecho penal en el plano económico representa una herramienta apropiada que debe de ser usada sin perjuicio de la regulación que ofrecen las normas de corte económico. No obstante, esta intromisión de criterios penales en el mercado no debe de llevarse a cabo sin tomar en cuenta ciertos límites como lo resalta González-Cuéllar Serrano (2008), quien sostiene que, en atención al principio de mínima intervención, solamente las conductas más lesivas deben de ser reprimidas por el Derecho penal, dejando en manos del Derecho administrativo aquellas que no alcancen tal relevancia. En el mismo sentido, Martínez-Buján Pérez (2012) refiere que la regulación primaria de la economía se encarga de ordenar normativamente las actuaciones empresariales en toda su amplitud, mientras que el Derecho penal debe de ceñirse solamente a situaciones intolerables socialmente de dicho ámbito (p. 57).

2.2.4.2. Ley penal en blanco

Abanto Vásquez (2006b) sostiene que es adecuada servirse de una norma penal en blanco en los delitos que perjudican la libre competencia, dado que el Derecho de la libre competencia es un área compleja y cambiante.

"Las normas penales en blanco son aquellas que en el total o en parte de su supuesto de hecho se remiten a una norma diferente, en otras palabras, su aplicación y su comprensión dependen de otra disposición que las complete" (Pérez López, 2021, p. 116).

Tiedemann (2010) manifiesta que gran parte del Derecho penal económico se encuentra en relación de accesoriedad respecto al ordenamiento primario, es decir, a las normas extrapenales como el Derecho económico (p. 35). Exactamente es lo que acontece con el injusto penal del abuso de poder económico, puesto que, para la determinación completa de las conductas prohibidas, indefectiblemente se tiene que acudir a las normas administrativas concernientes a la libre competencia, esto es la LRCA.

2.2.4.3. Delito de peligro abstracto

En opinión de Santelices Ríos (2020b), el delito de cártel, respecto a la conexión con el objeto protegido se corresponde con los delitos de peligro abstracto, pues en virtud de la peligrosidad de las prácticas colusorias horizontales, no se precisa de un perjuicio material sino solo de una conducta objetivamente dañina para la competencia (p. 103).

Hirsch (2008) sostiene que los delitos de peligro abstracto son aquellos en los que no se exige colocar en peligro a un bien, pues la acción misma implica el riesgo de afectarlo o de producir un escenario de peligro (p. 161). De modo similar Martínez-Buján Pérez (2012) afirma que en los ilícitos penales transgresores de la libre competencia no se puede determinar el bien jurídico específico a ser lesionado, por lo cual, el disvalor se basa en el peligro abstracto contra el bien general inmaterial (p. 51).

A parecer de Cerezo Mir (2002), la suspicacia contra los delitos de peligro abstracto está especialmente dirigida al ámbito del injusto porque es insuficiente para fundamentar su validez la presunción absoluta de que la acción contiene generalmente riesgo para el bien salvaguardado (p. 62).

Por su parte, Tiedemann (2010) manifiesta que la crítica a la categoría de delitos de peligro abstracto se centra principalmente en el adelanto amplio de la participación de la maquinaria penal por la mera puesta en peligro del bien tutelado. Esto significa que la defensa que ofrece el Derecho penal empieza a operar en un estadio anterior a la lesión, situación que representa un escollo infranqueable para la justificación político criminal (p. 66).

Por otro lado, Alcócer Povis (2018/2021) sostiene —con razón— que los delitos representativos de peligro abstracto trasgreden el criterio de lesividad porque no están fundamentados en la puesta en peligro concreta o la lesión de un bien jurídico (p. 76). Efectivamente, al revisar el artículo cuarto del título preliminar del Código Penal vigente de nuestro país, encontramos que el principio de lesividad exige para la aplicación una sanción penal, poner en peligro o lesionar un bien jurídico.

Con motivo del problema advertido, consideramos conveniente una redefinición del principio de lesividad para poder armonizarla con los delitos de peligro abstracto, para proporcionar congruencia a toda la sistemática de delitos. Para un mejor entendimiento de la exposición, el particular será desarrollado en el aparatado siguiente.

2.2.4.4. Ámbito protegido-bien jurídico

La definición del ámbito protegido en todo delito representa un aspecto fundamental porque contribuye a determinar los contornos de las conductas prohibidas. Con base en esta premisa, en este apartado brindaremos algunas ideas sobre el bien jurídico en el delito objeto de investigación.

Existen diversas posiciones en la doctrina que pretenden determinar el sentido, la justificación y el ámbito de defensa de la libre competencia, no obstante, debido a los fines de este trabajo y las limitaciones que impone ello, pondremos énfasis en aquellas posturas que planteen la protección de algún bien jurídico en los delitos contra la libre competencia.

Un sector doctrinario ha intentado construir el ámbito protegido de los delitos contra la libre competencia sobre justificaciones económicas de diversa gama como las eficiencias económicas a través de la eficiencia distributiva, eficiencia productiva y eficiencia dinámica, y también por argumentaciones sobre el bienestar del consumidor y bienestar total o general. Sin embargo, consideramos que fundamentar la protección penal en aspectos económicos no es suficiente sino solo para sustentar la tutela general del sistema que lleva a cabo el Derecho administrativo. En la doctrina nacional, Quintana Sánchez (2011a) confirma esta afirmación sosteniendo que la tutela brindada por la LRCA se justifica en las eficiencias económicas para alcanzar la maximización del bienestar del consumidor (pp. 31-37).

Fernandes Godinho y Castro Marques (2021) sostienen que las justificaciones económicas sobre la libre competencia no poseen una entidad suficiente para considerarlas axiológicamente intereses resguardados por el Derecho penal. En tal sentido, todo interés jurídico no precisa de protección penal, sino solo aquellos que satisfagan el principio de última ratio.

Otro enfoque postula que el ámbito custodiado por los delitos transgresores de la dinámica de la competencia es la justicia distributiva, la cual actuaría como garantía de la libre competencia.

García Palominos y Tapia Canales (2022), analizando el tipo penal de colusión en Chile, sostienen que lo protegido al criminalizar este tipo de conductas es la confianza en la justicia distributiva y la esfera de interrelación justa de la dinámica competitiva (p. 32).

Sobre esta postura, consideramos que busca justificar la criminalización de los cárteles desde criterios de justicia manifestados a través de la confianza en el mercado como aquel instrumento justo de distribución de bienes y servicios. En definitiva, esta óptica se basa en la corrección de los comportamientos en vista del objetivo de mantener las reglas del juego del sistema económico, perspectiva que, pese a realzar el valor de las pautas de justicia como engranaje en la asignación de bienes con rectitud, no provee el plus necesario de valor sustancial de la sociedad para reclamar su protección desde el Derecho penal.

Por otro lado, pasaremos a analizar las vertientes estrictamente penales, las que, consecuentes con el debate penal, consideran que lo protegido a través del delito es un bien jurídico.

Mir Puig (2008) afirma que en un Estado democrático y abierto a la sociedad, únicamente debe proteger en calidad de bienes jurídicos a las circunstancias que determinen la viabilidad de intervención e interacción de las personas en la estructura social (p. 121).

Dentro de la perspectiva de los bienes jurídicos, un ámbito doctrinario refiere que lo que se protege a través del delito de abuso de poder económico es el bien jurídico orden económico.

Bramont - Arias Torres (1992) sostiene que el bien valioso protegido jurídicamente en el ámbito de los delitos económicos es el orden económico estatal y que la libre competencia es uno de los intereses más específicos englobados dentro de su concepción (pp. 88-89). Concuerdan con esta opinión Ugaz Sánchez-Moreno y Ugaz Heudebert (2017), pues afirman que el progreso económico ha traído como consecuencia negativa una mayor incidencia de delitos económicos, los cuales atentan contra el bien jurídico orden económico (p. 23).

Otro punto de vista plantea que el ámbito protegido por el delito de abuso de poder económico es la libre competencia. Dicho sea de paso, constituye la opinión dominante.

Peña Cabrera Freyre (2009) manifiesta que la libre competencia representa el bien jurídico resguardado por el del delito de abuso de poder económico. Este bien valioso otorga libertad de acción a los agentes económicos en un modelo de libre mercado (p. 89). En el mismo sentido se manifiesta Monge Morales (2022) sosteniendo que la ubicación del delito en estudio en la sección de ilícitos penales contra el orden económico, manifiesta que el bien al cual se quiere brindar protección es la libre competencia (p. 213).

En la experiencia comparada, Artaza Varela (2020a) sostiene que le bien jurídico colectivo resguardado por el delito de colusión es la institución de la libre competencia, dado que es un pilar trascendental en el mercado y permite el libre desarrollo de la personalidad de los individuos (p. 21).

Una parte de la doctrina ha intentado fundamentar la libre competencia como un bien jurídico supraindividual. El representante más notable de esta postura es Tiedemann (2007), quien manifiesta que el bien jurídico tutelado por los delitos económicos está orientado a resguardar intereses supraindividuales, esto es, el orden económico del Estado, y no hacia los intereses personales de los individuos que se desenvuelven en la economía (p. 9).

Bustos Ramírez (1994) rechaza la atribución del adjetivo artificiales sobre los bienes jurídicos colectivos, pues están vinculados a todas y cada una de las personas de la sociedad. Por ello, considera que este tipo de bienes jurídicos son tan reales como los individuales (p. 13).

Lejos de aceptar a los bienes supraindividuales, una parte de la doctrina se muestra reacia a su concepción. Hassemer (1991) sostiene que están concebidos de una manera

muy amplia e imprecisa, por lo que podrían albergar una cantidad y variedad demasiado vasta de intereses (p.32). Coincide García Cavero (2019), ya que reprocha la falta de precisión —no la importancia— de este tipo de bienes, puesto que sus defensores no especifican de qué manera la protección de este tipo de bienes favorece el libre desarrollo de las personas (p. 122). Para estos autores, la idea de los bienes jurídicos de titularidad general es un cajón de sastre que es pasible de considerar como contenido condiciones que extralimiten los límites de lo penal.

Las posiciones doctrinales expuestas sobre el bien jurídico libre competencia coinciden con la concepción de origen del legislador peruano sobre lo protegido por el delito de abuso de poder económico. Así pues, la Presidencia de la República (1991), a través del Decreto Legislativo 635, estableció lo siguiente en la exposición de motivos del Código Penal al puntualizar las novedades que presenta el mismo:

> La Ley penal no podía permanecer insensible ante la evolución y complejidad de la actividad económica entendida como un orden. Con basamento constitucional, el nuevo Código Penal no prescinde de la represión de los delitos que atentan contra el orden económico. Nuestra norma fundamental garantiza el pluralismo económico y la economía social de mercado, principios que deben guardar concordancia con el interés social. Asimismo se establece la promoción por parte del Estado del desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad y la racional utilización de los recursos. El sistema, por tanto, tiene como objetivo fundamental el bienestar general. La delincuencia económica atenta contra este ordenamiento que resulta fundamental para la satisfacción de las necesidades de todos los individuos de la sociedad y, por ello, debe reprimirse. En esta orientación el Código Penal dedica un Título al tratamiento de los Delitos contra el Orden Económico.
>
> Se prevén como delictivas conductas monopólicas, oligopólicas y prácticas y acuerdos restrictivos de la competencia en la actividad comercial

> mercantil. *El bien jurídico protegido es, entonces la libre competencia* [cursiva añadida]. Dentro de los delitos contra el orden económico también se incluyen, en otros capítulos, el acaparamiento, la especulación y la adulteración que anteriormente se regulaban en una ley especial.

Asumiendo que el bien jurídico del delito estudiado es la libre competencia —es más, así lo estableció primigeniamente el legislador como lo acabamos de reseñar, consecuentemente, no existen dudas de que, desde la óptica de lo regulado en el sistema, que la libre competencia se instaura en calidad de bien jurídico penal del delito en cuestión, más allá de su legitimidad o no—, y siendo congruentes con ello, las estructuras de los injustos administrativo y penal deben de ser idénticos. El criterio para diferenciar uno del otro, necesariamente tendría que ser de naturaleza meramente cuantitativo; en este sentido, el Derecho penal se ocuparía de aquellos hechos cuantitativamente más graves y el Derecho administrativo de aquellos que no alcanzan dicha calificación.

Sin embargo, consideramos que reducir a una diferenciación cuantitativa las áreas administrativa y penal es insuficiente. Nos parece más acertado, siguiendo a Silva Sánchez (2006), establecer una diferenciación cualitativa entre ambas áreas, esto en razón de que —a pesar de cierta semejanza— las reglas de imputación y las garantías son distintas en estos sectores. Teleológicamente ambos poseen distintos objetivos: el ámbito penal busca resguardar bienes específicos en situaciones particulares, atendiendo a la lesividad de los comportamientos, mientras que el Derecho administrativo se asegura de mantener la marcha adecuada de la estructura primaria, esto es, proteger el funcionamiento general del sistema (pp. 136-137).

Atendiendo a la diferenciación cualitativa entre ambas áreas jurídicas, según Mir Puig (1994) se evita la administrativización del Derecho penal, es decir, la utilización por parte del Estado de la maquinaria penal como una herramienta de intervención. Por lo tanto, es preferible que el Derecho penal actúe autónomamente —aunque sujeto a una accesoriedad moderada con el plano administrativo— al determinar las conductas prohibidas y sus respectivas sanciones. La consecuencia de este planteamiento es el estricto cumplimiento de la mínima intervención del sistema de control social más agresivo (pp. 156-157).

La diferenciación cualitativa entre el Derecho penal y administrativo propugna una concepción que responde a la naturaleza y funciones de ambos ámbitos jurídicos, lo cual favorece a una mejor comprensión de la esfera protegida por cada una. Consecuentemente con estas ideas, el aparato penal se ocuparía de castigar aquellos hechos puntuales que representen cualitativamente un mayor desvalor, mientras que por medio de las sanciones administrativas se buscaría mantener, de manera general, en funcionamiento el sistema económico.

Por las razones expuestas, contemplamos oportuno que, a pesar del modelo de la identidad de ilícitos administrativo y penal que está establecido en nuestro ordenamiento jurídico, resulta oportuno evaluar un criterio diferenciador, el cual se encuentra —desde nuestra perspectiva— en el ámbito protegido que resguardan cada una de las ramas jurídicas en cuestión, es decir, en los bienes jurídicos.

La doctrina dominante, representada principalmente por Abanto Vásquez (2006b), refiere que, en el ámbito económico, los bienes jurídicos son determinados y establecidos por la regulación administrativa, y que el Derecho penal solo fortalece dicha protección. En sentido similar Novoa Monreal (1982) sostiene que el bien jurídico general orden público económico, instituido primigeniamente en el ámbito administrativo, es también amparado en el plano penal (p. 65). Estimamos que, desde la perspectiva de estos autores, se niega la posibilidad de que el Derecho penal tenga la capacidad de establecer autónomamente bienes jurídicos penales en los delitos económicos, e instaure de este modo una pauta que distinga su objeto de protección de lo administrativo.

Contrariamente a la visión de que el Derecho penal solamente otorga protección reforzada contra las agresiones más graves a bienes instituidos por otros sectores, una parte de la doctrina representada principalmente por Mir Puig (2008) sostiene que la idea de bien jurídico es más extensa que el de bien jurídico penal. No la totalidad de los bienes jurídicos deben de ser custodiados con la aplicación de sanciones penales, ciñéndose la competencia penal exclusivamente sobre los bienes jurídico penales, pues el criterio de subsidiariedad ordena el resguardo exclusivo de bienes jurídicos que por su especial trascendencia ameriten respaldo penal (p. 120). Apoya este planteamiento Benito Sánchez (2021), quien también propone que la categoría de bienes jurídicos es amplia y que la condición de bien jurídico penal es una parte integrante más de aquella, por lo que existen también bienes jurídicos de naturaleza diversa a la penal (p. 188).

En razón de la particular naturaleza del Derecho penal, este debe de proteger excluyentemente bienes jurídico penales, ello como consecuencia de su capacidad connatural para establecer y configurar sus propios bienes jurídicos, porque —al igual que otros ámbitos del ordenamiento jurídico— es un plano del Derecho que posee la aptitud para dotar de sentido jurídico a algún aspecto de la realidad social, coincidiendo en ello con Bustos Ramírez (2019), quien subraya la soberanía del objeto de protección en el Derecho penal, esto es, los bienes jurídico-penales (p. 471).

Un argumento que a nuestro parecer resulta importante para apoyar nuestra posición es que el Derecho penal representa la maquinaria de represión estatal más grave, con particularidades que lo distinguen en gran medida de otros, y como tal requiere de una configuración más o menos autónoma en cuanto a su concepción. Si el plano penal solo fungiría como un refuerzo de salvaguarda de los bienes jurídicos definidos por la regulación primaria, se vaciaría de contenido el sentido de su protección porque se le estaría condenando a ser una herramienta secundaria del control social. La peculiaridad de ultima ratio de la esfera penal no es sinónimo de exclusión o protección simbólica. Coinciden en esto Caro Coria y Reyna Alfaro (2016) al manifestar que la proclamada accesoriedad del Derecho penal con relación al ámbito primario administrativo de regulación en realidad es una metáfora conceptual, pues el argumentar una diferenciación cualitativa entre ambas no desemboca en que alguna de ellas prevalezca sobre la otra, sino que la última razón de la maquinaria penal está en función a la mínima intervención de esta en un Estado respetuoso de los derechos (p. 167).

De acuerdo a la línea argumentativa que hemos venido siguiendo, consideramos que los bienes jurídicos en general pertenecen a todas las áreas del Derecho, mejor dicho, cada rama jurídica se encarga de proteger determinados bienes jurídicos. En este sentido, tanto el Derecho administrativo como el penal poseen sus propios bienes jurídicos, ámbitos sobre los que son responsables de sancionar toda conducta que suponga un ataque relevante. Por lo tanto, el bien jurídico libre competencia en realidad no es un bien jurídico común del Derecho administrativo y penal, sino que representa un bien jurídico que el Derecho administrativo custodia porque representa valores e intereses positivos generales para el funcionamiento de la economía.

El Estado en su afán de cumplir sus obligaciones constitucionales sobre la libre competencia le ha encomendado su conservación al Derecho administrativo. No obstante,

no todo aquello amparado por la Constitución es un bien jurídico —menos un bien jurídico penal— pues ella establece la regulación de una diversidad de cuestiones jurídico-políticas referidas a los derechos como a la estructura orgánica del Estado. Con lo cual queremos resaltar que el bien jurídico penal no es identificable directamente con lo protegido por la constitución, lo cual no obsta para afirmar que la libre competencia debe de ser entendida como un bien jurídico general de la esfera administrativa, custodiada dentro del radio de acción estatal para mantener el sistema económico en funcionamiento.

Dejando sentada nuestra posición sobre el bien jurídico libre competencia, resta determinar entonces cuál es el bien jurídico penal que protege el delito de abuso de poder económico. Si bien es cierto que no negamos la importancia del bien jurídico colectivo libre competencia, su consideración como objeto protegido en el ámbito del delito en cuestión genera problemas político criminales, pues se afirma que el Derecho administrativo se debe de encargar excluyentemente de reprimir las conductas anticompetitivas en general —sin efectuar un análisis diferenciado de la entidad negativa del abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias— en vista de que estas no revisten gravedad para la intervención del aparato penal; y dificultades dogmáticas, porque al interpretar el ámbito protegido del delito nos confrontamos con que la última ratio del Derecho penal impide que los comportamientos contra la libre competencia se tipifiquen en el delito, además de los obstáculos que supone el non bis in idem y la lesividad de un bien jurídico supraindividual, por citar solo algunos de los supuestos más problemáticos. Estos inconvenientes propician que el delito no sea aplicado en la realidad por la administración de justicia. Por lo tanto, planteamos que lo más idóneo es perfilar la cuestión del ámbito protegido desde otro enfoque, a partir de las expectativas normativas y la vigencia de la norma.

De aquí en adelante orientaremos el análisis hacia aquello que debería de proteger como bien jurídico la norma penal del delito en cuestión; en palabras de Lascuraín Sánchez (2007) nos referiremos al bien protegible, lo cual exige un examen de aquello que sería legítimo y más adecuado custodiar mediante el Derecho penal, y no aquello que al menos formalmente se encuentra protegido por la norma penal, esto es, el bien jurídico.

Con el objeto de desarrollar la idea que planteamos, es preciso bosquejar los cimientos que la sostendrán, por lo cual lo primero será abordar el trabajo pendiente de redefinir el principio de lesividad.

Un tema particularmente importante es la diferencia entre el bien jurídico y el objeto que representa al bien jurídico en la realidad material. Comúnmente los bienes jurídicos poseen un sustrato material, esto es, un objeto. No obstante, no todos los bienes jurídicos se encuentran en relación directa con un objeto material, piénsese en el caso que nos concierne en esta investigación, la libre competencia, la cual ―evidentemente― no se remite a algún objeto de la realidad. Abanto Vásquez (2006a) sobre la diferenciación entre bien jurídico y objeto del bien jurídico sostiene los siguiente:

> No son conceptos idénticos, aunque en el análisis penal, suelan ser confundidos. Todo bien jurídico, como valor, tiene un correlato aprehensible en el mundo naturalístico que puede ser atacado. A través del ataque (como lesión o puesta en peligro) a este "objeto" se ataca también al bien jurídico. Pero mientras el "bien jurídico", como calor ideal, solo puede ser "afectado" normativamente, el "objeto de bien jurídico" puede ser lesionado o puesto en peligro tanto naturalísticamente como en el sentido de "desorganización" o "arrogación de organización". (p. 15)

En ese punto cabe anotar lo apuntado por Hefendehl (2002), quien sostiene que el bien jurídico debe de constituir una cosa de la realidad, lo cual no significa que tenga que ser necesariamente un objeto con existencia material, ya que puede que represente entes inmateriales; lo que sí debe de rechazarse como intento de caracterización de los bienes jurídicos es considerarlos como imágenes o circunstancias ideales (pp. 73-74). Emparentado con este punto de vista, Lascuraín Sánchez (2007) concibe al bien jurídico como algún atributo valioso de una específica configuración de la realidad cuyo mejoramiento o menoscabo se impute a la conducta del ser humano. Bajo esta idea refiere que el bien jurídico puede implicar la vigencia de una norma o la confianza en la misma (pp. 139-142).

Ahora bien, sobre el principio de lesividad, Villavicencio Terreros (2003) manifiesta que, para establecer la ilicitud de un comportamiento, este principio no se satisface con el simple quebrantamiento formal de una norma, sino requiere la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico penal específico (p. 97).

Para la doctrina dominante, una conducta requiere la aplicación de la pena cuando el objeto material de la acción se ve dañado materialmente, y a través de ello el bien jurídico es vulnerado. No obstante, esta conclusión requiere una nota aclaratoria como bien lo acentúa Abanto Vásquez (2006a), quien refiere que "la lesividad no debe ser entendida en sentido estrictamente naturalístico e individual, pues lo que interesa es el 'daño social' provocado por el delito…" (p. 22). En este mismo sentido Alcócer Povis (2018/2021) afirma que no se debe de interpretar el principio de lesividad bajo criterios naturalísticos, sino desde enfoques comunicativos-normativos (pp. 77-79).

En este intento de reconfiguración del principio de lesividad, García Cavero (2019) sostiene que la lesividad de un comportamiento delictivo no radica en la lesión de un objeto material que encarne al bien jurídico, sino en la defraudación de la vigencia de la norma. En el caso de los delitos de peligro abstracto es suficiente con la mera peligrosidad del comportamiento para defraudarla, es decir, para lesionarla normativamente (pp. 133-134). Por tal razón, el carácter lesivo de la conducta no significa producir un resultado material en un objeto de la realidad, sino en la defraudación de la vigencia norma, lo cual acontece tanto con los delitos de resultado como de peligro.

En concordancia con la idea esbozada sobre el principio de lesividad, coincidimos con García Cavero (2019), quien sostiene que el bien jurídico es la vigencia de la norma, la cual representa el arquetipo de conductas acorde con las condiciones sustanciales para el desarrollo de las personas en la sociedad (p. 132). Al respecto, consideramos conveniente lo afirmado por Silva Sánchez (2006) en el sentido que considera que el planteamiento de las expectativas normativas no significa renunciar al concepto de bien jurídico considerado como la premisa que valida materialmente a las normas, cuyo quebrantamiento precisa la adjudicación de consecuencias penales (p.124).

García Cavero (2021) establece que el Derecho administrativo debe de encargarse de la inobservancia de las reglas del juego de la libre competencia, esto es, la operatividad general del sistema de competencia en el mercado; por otro lado, el Derecho penal debe de hacerse cargo de la vulneración concreta que genera el comportamiento anticompetitivo en la identidad normativa fundamental para la estructura social. Por lo tanto, el objeto de protección penal adecuado sería la expectativa normativa de aquellos que se constituyan como agentes económicos para interactuar en el mercado, el cual debe

de presentarse como un espacio exento de limitaciones creadas por otros agentes (pp. 51-53).

Para el funcionalismo normativo ―en una formulación básica― se puede sostener como lo hace Kindhäuser (2013), que el delito es concebido como la contradicción con una norma, es decir, la conducta que despliega el sujeto demuestra que este no reconoce a la norma como el fundamento de su proceder.

García-Pablos (2005) describiendo esta teoría como simbólica, afirma que la función estabilizadora que propugna se orienta a conservar las expectativas sociales defraudadas a través del delito, esto es, confirmar la vigencia de la norma como prototipo de comportamientos en la sociedad, ello para lograr la confianza de las personas en las mismas. De esta manera, esta perspectiva no se rige por funciones de intimidación o prevención (p. 279). Sin embargo, consideramos que toda teoría sobre los fines del Derecho penal debe de estar ligada ―en mayor o menor medida― a la custodia de interés concretos de las personas o la prevención de delitos; cuestión sobre la que no profundizaremos porque el objetivo de la presente investigación no es fundamentar una teoría, sino solamente presentar una propuesta sobre aquello que debería de proteger el delito de abuso de poder económico.

Kargl (2000) sostiene que el objetivo del Derecho penal desde la óptica de la confirmación simbólica considera sustancial la confianza de las personas en la indemnidad de las expectativas normativas, las cuales son determinantes para la autonomía de los sujetos para configurar su esfera organizativa (p. 57). Por lo tanto, según Silva Sánchez (2006) con el objeto de conciliar esta perspectiva funcional del Derecho penal con una reacción punitiva estatal proporcional, es fundamental que se le brinde protección solamente a las expectativas esenciales, es decir, a aquellas que constituyan la médula de la identidad normativa social (p. 122).

Silva Sánchez (2003) afirma que las expectativas frustradas pueden ser reestablecidas con la imposición de la pena o por otros medios (p. 31). Es así que, Abanto Vásquez (2005) advierte que las expectativas normativas no poseen la suficiente capacidad explicativa sobre la demarcación entre la producción de un injusto penal y administrativo a raíz de su defraudación (p. 33). Por consiguiente, creemos idóneo para solventar tal problema, hacer referencia a la propuesta de Feijoo Sánchez (2005), para quien la diferenciación del peligro relevante para el Derecho penal y las infracciones

administrativas debe de valorar a la primera como una indebida organización u organización considerada objetivamente defectuosa o insegura para otras esferas de organización y, a la segunda, como un indicio de un ámbito de organización normativamente inseguro (pp. 331-332).

2.2.4.5. Sujeto activo

García Cavero (2021) manifiesta que el delito de abuso de poder económico solo puede ser cometido por una persona natural, pues la Ley N.° 30424 no ha considerado a este delito dentro de aquellos por los cuales una persona jurídica puede ser responsable penalmente (p. 56). Respaldan la responsabilidad penal de los entes colectivos en nuestro ordenamiento jurídico Caro Coria y Reyna Alfaro (2023), quienes sostienen que a pesar de que la Ley N.° 30424 se rotule con la expresión responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, el contenido material que regula posee carácter penal.

Por lo tanto, tomando en cuenta la clasificación de delitos de acuerdo al autor, el tipo penal en cuestión resulta ser especial, ello en vista de que es la persona jurídica la que participa en la práctica colusoria (García Cavero, 2021).

Es preciso dejar en claro que, como se indicó líneas arriba, al no estar comprendido el delito en mención dentro del catálogo de delitos por los cuales puede responder una persona jurídica, serán las personas naturales las que responderán penalmente. En un afán de fundamentar la responsabilidad de las personas naturales intervinientes, Fonseca Fortes-Furtado (2017) sostiene que debido a la falta de aptitud de actuación de las personas jurídicas se hace uso de la simulación de hacer responsable de los actos que lleven a cabo a las personas físicas. Coincide con esta posición García Cavero (2021), pues sostiene que “la participación en la práctica o acuerdo colusorio debe entenderse en un sentido fáctico, por lo que podría hacerse responsable sin mayores problemas a las personas naturales que actuaron en lugar de la persona jurídica” (p. 58).

Por otro lado, Abanto Vásquez (2014), analizando el tipo penal antecedente al actual, sostiene que únicamente el ente empresarial se encuentra en la capacidad de concertar o abusar de su posición de dominio, pues la materialidad del injusto está fundada en las cualidades especiales del mismo (p. 555). Advertimos que, para el citado autor, del mismo modo que sucede con la posición de dominio, la capacidad para participar en acuerdos anticompetitivos también fundamenta el injusto penal, por lo que, siendo consecuentes, la única forma de atribuirle la concertación a la actuación de una

persona natural es utilizar la figura de actuar en lugar de otro. No obstante, consideramos que la participación en un acuerdo colusorio no representa una cualidad inherente fundamentadora del injusto penal. Por lo tanto, es plenamente posible considerar responsables a las personas físicas que concurren en un acuerdo anticompetitivo sin recurrir a la figura de actuar en lugar de otro.

2.2.4.6. Sujeto pasivo

Generalmente esta figura es definida como lo hace Martínez Castro (2023), quien refiere que "es el titular del bien jurídico que lesiona o pone en peligro el sujeto activo. El titular como sujeto pasivo puede ser una persona jurídica, el Estado o cualquier persona" (p. 212). Por ende, el sujeto pasivo sería la sociedad porque la libre competencia es un bien jurídico supraindividual.

Desde el enfoque asumido en la presente investigación, sería poco útil buscar un sujeto pasivo, pues la perspectiva asumida contempla el daño que produce el delito en la sociedad y su relación con la vigencia de la norma, y no en perjuicios individuales. Además, debido a la particular estructura del tipo penal no es posible individualizar al sujeto pasivo. Sin embargo, realizando un esfuerzo interpretativo —no del todo exacto—, podríamos establecer sujetos pasivos potenciales. En este sentido, sujetos pasivos podrían ser los agentes económicos que ven frustradas sus expectativas normativas de acudir e interactuar en un mercado libre de alteraciones instauradas por otros agentes, es decir, las empresas competidoras que no forman del acuerdo colusorio y los consumidores, con la particularidad que, en el supuesto de licitación colusoria, el convocante-sujeto pasivo podría ser incluso El estado si participa con esta condición en un proceso de adquisición.

2.2.4.7. Conducta típica

En la medida que el tipo penal realiza una remisión a la LRCA, es preciso atender a dicha exigencia durante el análisis de la conducta típica, pero sin perder de vista que dicho examen debe ser llevado a cabo desde la óptica del Derecho penal.

Tiedemann (2007) refiere que la técnica legislativa del Derecho económico hace uso de los mandatos —predominantemente—, los cuales son insertados en la estructura de la ley bajo la expresión infracción de tal artículo de la ley; sin embargo, el mencionado método de la regulación económica no hace una descripción de la acción como lo requieren los delitos, exigencia que proviene del principio de legalidad. En consecuencia, es en el juez en quien recae la tarea de restaurar la descripción de la acción (p. 77).

Respecto a la idea esbozada del mencionado autor sobre la técnica legislativa del Derecho económico y su relación con el tipo penal, creemos que la reformulación de la acción penal a la que se refiere, debe de realizarse a partir del contenido mínimo que ofrezca la estructura del tipo penal. Por consiguiente, aterrizando estas ideas en el ámbito del delito de abuso de poder económico que nos concierne, la reconstrucción de la descripción de la acción se logrará conjugando los mandatos o prohibiciones del Derecho administrativo con los verbos contenidos en el tipo penal.

Sobre el "acuerdo"

El primer elemento que necesitamos delimitar y dotar de contenido a efectos de una mejor explicación de las conductas prohibidas del tipo penal, es el referido a la forma que debe de adquirir la práctica colusoria. Entonces, cabe preguntarse qué formas de manifestación de un pacto establecidos en la LRCA, esto es, acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas concertadas, tienen la capacidad para sostener un acuerdo en términos penales. Si nos remitimos a la literalidad del delito, este menciona al "acuerdo o práctica anticompetitiva sujeta a prohibición absoluta", expresión de la que podríamos decantarnos a pensar que el legislador se refiere tanto a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas anticompetitivas, alternativamente; sin embargo, es preciso realizar analizar cada uno de ellos.

En un intento de conceptualizar al acuerdo, Alonso Soto (2009) refiere que, "a estos efectos, habrá acuerdo siempre que exista intercambio de voluntades entre varias personas que puedan ser consideradas operadores económicos independientes, sea cual sea la forma jurídica que revista o a través de la cual se manifieste" (p. 67). En un sentido similar, en la redacción del título primero del libro Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia, Diez Estella (2008, como se citó en Deza Sandoval, 2009) sostiene que son contratos, pactos o convenios, por medio de los cuales los competidores armonizan sus voluntades con el propósito de obstaculizar la libre competencia en atención a alguna variable de la oferta (p. 35).

A juicio de Fonseca Fortes-Furtado (2017) el acuerdo no requiere poseer la característica de formalidad o ser escrito, ya que los cárteles suelen ser subrepticios. Añade que, lo realmente importante es la falta de autonomía en cuanto a la determinación y ejecución de la política empresarial no coordinada con la de otros competidores y el propósito colectivo que los une.

Algunos autores como Santelices Ríos (2020b) sostiene que la concepción del acuerdo esbozado en la regulación primaria es extensa y debe de ser incorporado al ámbito penal de esa misma forma (p. 97). Sin embargo, debido a la mínima intervención del Derecho penal, consideramos adecuado llevar a cabo una labor interpretativa para reducir y establecer los contornos de lo prohibido penalmente a partir de criterios penales, ya que, por ejemplo, no sería razonable considerar como un acuerdo con relevancia penal figuras relacionadas a los paralelismos conscientes, pues de acuerdo con Artaza Varela (2020b), los comportamientos interdependientes involucran en cierta medida cooperación (p. 78), lo que difícilmente se podría sostener en un acuerdo en sentido estricto, pues en este se requiere cooperación y mucho más.

El acuerdo desde el punto de vista penal debería de revelar un accionar absolutamente manifiesto para afectar la libre competencia, es decir, no debe de generar dudas de que precisa una represión penal. Por lo tanto, no nos parece oportuno el uso de fórmulas subjetivas como convergencia de voluntades o intención común para justificar un acuerdo en sentido penal. En este punto coincidimos con García Cavero (2021), quien afirma que es necesario analizar el delito de abuso de poder económico desde la última ratio que caracteriza al Derecho penal, de modo que las prácticas colusorias que deben de ser sometidas al castigo penal, en virtud a su alta lesividad social, son los acuerdos desnudos porque persiguen como objeto, perjudicar directamente a la libre competencia. (pp. 63-64).

Por nuestra parte, entendemos que el acuerdo de trascendencia penal denota un pacto mancomunado —formalizado o no—, esto es, una decisión conjunta formada a través de un intercambio de información y presentaciones y aprobaciones recíprocas de ofertas entre los participantes que implica obligatoriedad de los términos o condiciones del mismo —obligatoriedad para los participantes, pero no exigible jurídicamente— para llevar a cabo actos que perjudiquen la libre competencia.

Puntualmente sobre la prueba a emplear para probar la existencia del acuerdo penal, se puede decir que la acreditación del acuerdo podría llevarse a cabo tanto por una prueba directa como por la prueba indiciaria, es más, es común que los diversos hechos constitutivos de delito se realicen subrepticiamente, lo cual en no pocos casos requerirá de la utilización de la prueba indiciaria, la cual posee la misma fuerza acreditativa que la prueba directa.

Sobre las decisiones y recomendaciones

Alonso Soto (2009) sostiene que las decisiones y recomendaciones son resoluciones adoptadas por órganos de decisión de asociaciones de empresarios u organizaciones de profesionales, las cuales se diferencian por el carácter imperativo de las primeras y la ausencia de esta característica en las segundas (pp. 70-71). Coincidentemente Pascual y Vicente (2000; como se citó en Deza Sandoval, 2009), manifiesta que la decisión es un pacto vinculante para los destinatarios, dictado por un órgano de toma de decisiones de un organismo colectivo; por otro lado, sostiene que la recomendación no posee el carácter vinculante, pero genera un impacto importante en los integrantes del organismo colectivo (p. 42).

A nuestro juicio, ninguna de las dos figuras tiene trascendencia en términos penales, ya que son resoluciones que provienen directamente de un órgano de decisión de entes colectivos, y para las que no ha existido una pluralidad de partes que hayan intervenido en la formación de la decisión, siendo irrelevante la condición vinculante o no.

Sobre las prácticas concertadas

Deza Sandoval (2009) expone que las prácticas concertadas representan una concordancia de voluntades cuyo rasgo esencial es la reciprocidad; es decir, requieren de cooperación entre los competidores que participan de la práctica, pero no constituyen acuerdos, tampoco decisiones o recomendaciones (p. 45).

Noda Yamada (2005) afirma que la estructura de las prácticas concertadas es diferente a la de los cuerdos, pues solo representan una coordinación de comportamientos que se manifiesta a través de un paralelismo de actuaciones en el mercado. (p. 200). Al respecto, Kovacic et al. (2011) refiere que el paralelismo no significa un acuerdo, pues podría representar solamente una respuesta semejante de las empresas a la dinámica de esta (p. 395).

Por su parte, de la Calle Restrepo (2022) sostiene que las prácticas concertadas se manifiestan en una cooperación lograda a través de un entendimiento mutuo. Por lo tanto, el sentido de la prohibición de este tipo de conductas tiene su génesis en el hecho de que las empresas no toman sus decisiones autónomamente respecto a su desenvolvimiento en el mercado (p. 407).

Brokelmann (2009) sostiene que las prácticas concertadas fungen de cláusula general respecto a aquello que no califica ni como acuerdos ni decisiones pero que se encuentra muy cerca de calificar como acuerdo. Precisamente, la amplitud de esta figura genera dudas respecto a la posibilidad de que pueda resultar relevante para el Derecho penal.

La noción de acuerdo y práctica concertada es parecida, por lo que sus límites resultan grises. Debido al objeto de la presente investigación, no vamos a describir el amplio debate llevado a cabo por la doctrina al respecto, ni tampoco los argumentos que han ofrecido la jurisprudencia estadounidense y la comunitaria, limitándonos a exponer un punto de vista que nos ayude a determinar si la práctica colusoria resulta de relevancia a efectos penales.

Un criterio interesante para diferenciar ambas figuras lo ofrece Peralta Fierro (2023), para quien el acuerdo debe de construirse a través de ofrecimientos de ofertas y aprobaciones mutuas (p. 161). Las prácticas concertadas no presentan esa estructura, en consecuencia, interpretando la norma bajo la perspectiva penal, podemos afirmar que las prácticas concertadas no satisfacen los requerimientos penales.

De la literalidad del delito se puede advertir que ha sido una decisión acertada del legislador el considerar solamente el acuerdo en la estructura típica, dado que es la única que posee las condiciones para constituir el elemento aglutinante que puede engranar los componentes de un cártel; sin embargo, debido a una mala técnica legislativa se ha establecido un elemento que le resta coherencia al supuesto de hecho pero no impide la interpretación que hemos llevado a cabo, el cual es “práctica anticompetitiva”, expresión que resulta vaga y que haría suponer a un incauto intérprete que toda conducta anticompetitiva se encuentra calificada como delito en nuestro ordenamiento jurídico, situación que rechazamos en virtud de lo expresado líneas arriba.

Prácticas anticompetitivas sujetas a prohibición absoluta

La LRCA establece que las prácticas colusorias sujetas a prohibición absoluta son las del tipo horizontal inter marca que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos y que tengan por objeto las siguientes modalidades específicas:

- El establecimiento de precios u otras condiciones comerciales o de servicio.
- La limitación de la producción o las ventas, en especial la realizada a través de cuotas.
- La distribución de clientes, proveedores o zonas geográficas.

- El establecimiento de posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública, así como en subastas públicas y remates.

Sobre las particularidades de cada una nos remitimos a los apuntes realizados en los supuestos respectivos del apartado que se ocupa de ellas.

En cuanto a la competencia inter marca e intra marca, Bullard González (2006) sostiene que las primeras se refieren a la competencia entre las empresas que negocian mercancías a través del uso de marcas y que las segundas aluden a que dicha competencia se lleva a cabo entre los distribuidores o minoristas que forman parte de una misma marca (p. 1221). En sentido similar, en el documento elaborado por el Programa UC Libre Competencia (2021) se dice que la competencia inter marca se produce entre las mercancías de un productor y los de otro; es decir, entre organizaciones diferentes que compiten entre sí.

Con relación a las colaboraciones empresariales que se estructuren a través de disposiciones que restrinjan la competencia pero que sean complementarias o accesorias respecto a un convenio lícito, no están prohibidas *prima facie*. Esta figura es conocida como restricciones accesorias o doctrina de complementariedad. Sotomayor Flores (2019) manifiesta que las estipulaciones que limiten la competencia que compongan un contrato lícito de asociación entre empresas son pasibles de saneamiento cuando las mismas sean imprescindibles para materializar el contrato y sus efectos, y no estén referidos directamente al núcleo del pacto sino solo a implantar restricciones a la posición de aquellos sujetos que forman parte del acuerdo de fondo (pp.82-83); situación que se ve completada en palabras de Gonzales Cucho (2023) al considerar que "en ese sentido, los acuerdos que no sean complementarios o accesorios a otro lícito serán los pasibles de ser sancionados bajo la regla per se, mientras que los que sí son complementarios o accesorios se evaluarán bajo la regla de la razón" (p. 116).

2.2.4.8. Tipicidad subjetiva

Abanto Vásquez (1997), analizando el tipo penal originario, en cuanto al elemento subjetivo, —el cual está diseñado de la misma manera que en el delito vigente, por lo que sus argumentos expuestos al respecto son plenamente aplicables— refiere que el dolo de este delito expresa un sentido distinto al dolo penal, semejante al dolus malus (p. 146).

En el mismo sentido García Cavero (2021) señala que el autor debe de poseer un elemento subjetivo especial, esto es, el dolus malus.

2.2.4.9. Consumación

En la doctrina nacional, Bramont - Arias Torres y García Cantizano (2013) manifiesta que la consumación del delito se alcanza con el solo hecho de la intervención del sujeto activo en la práctica colusoria, siendo innecesaria la afectación de la libre competencia, pues basta con la intención de menoscabarla (p. 444).

En la doctrina extranjera, Santelices Ríos (2020b) plantea que el delito se consuma con la convergencia de voluntades en el acuerdo, siendo irrelevante actos subsiguientes que demuestren un distanciamiento del pacto o que este resulte inoperante (pp. 101-102). Coincide con esta perspectiva Fonseca Fortes-Furtado (2017), pues establece que la consumación del delito de cárteles acontece con la participación de los sujetos en el acuerdo.

2.2.4.10. Intervención delictiva

En este apartado, la pregunta a resolver quiénes y por qué deben de ser reputados como autores.

García Cavero (2021) manifiesta que el delito es plurisubjetivo, por lo que se necesita dos o más personas. En específico, se trata de un delito de convergencia, en la medida que las conductas concurrentes se dirigen a obtener un pacto integral que incluya a todos a los participantes (p. 68). De manera similar Fonseca Fortes-Furtado (2017) sostiene que un aspecto peculiar de los delitos de cárteles es la co-ejecución, ya que nos encontramos en la situación de una convergencia de voluntades, esto es, una relación bi o multilateral, en la cual deben de aparecer, mínimamente dos sujetos.

Belmonte Parra (2020) afirma que son responsables por el delito aquellas personas cuya actuación se vincula con la instauración del acuerdo. Ello corresponde a los sujetos que pertenecen a los órganos de decisión y dirección, dado que estos representan efectivamente la voluntad de la persona jurídica ante los otros participantes del pacto (p. 120). En este mismo sentido Agrawal (2023) refiere que el castigo penal tiene que aplicarse a las mentes maestras, esto es, aquellos sujetos que han colocado a la empresa en el entramado de un cártel (p. 59).

2.2.4.11. Penalidad

El delito contempla una pena conjunta privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación de acuerdo a los incisos 2 y 4 del artículo 36.

2.2.4.12. Derecho comparado

Estados Unidos

La Sherman Act se erige como el instrumento normativo más importante sobre a la protección de la libre competencia en los Estados Unidos, cuyo texto vigente ―en lo que nos concierne― es el siguiente:

Toda persona que monopolice, o intente monopolizar, o se asocie o conspire con cualquier otra persona o personas, para monopolizar cualquier parte del tráfico o comercio entre los diversos Estados, o con naciones extranjeras, será considerada culpable de un delito grave, y, al ser condenado por ello, será castigado con una multa no superior a $ 100.000.000 de dólares si se trata de una corporación, o, si se trata de cualquier otra persona, $1.000.000, o con pena de prisión que no exceda de 10 años, o con ambas penas, a discreción del tribunal (United States Congress, 1890).

Una interpretación al respecto es lleva a cabo por Bullard (2006), quien manifiesta que lo que en esencia se quiso combatir con la emisión del Sherman Act fueron los acuerdos entre empresarios competidores o trust, esto es, los cárteles; no así los monopolios, pues existe una equivocación en la traducción, puesto que el Derecho antitrust no alude a la prohibición de los monopolios (pp. 975-976).

Por su parte, de la Calle Restrepo (2022) sostiene que la Sherman Act fue concebida como una herramienta para hacerle frente a los acuerdos llevados a cabo entre las grandes empresas, los cuales distorsionaban los mecanismos de la competencia (p. 311).

España

Ley 15/2007, Ley de Defensa de la Competencia es la norma principal sobre la libre competencia en España.

Las Cortes Generales (2019) a través de la Ley Orgánica 1/2019 modificaron el art. 284.1 del Código penal español respecto al delito de alteración de precios, estableciendo la redacción del ilícito de la siguiente manera:

> *Se impondrá la pena de prisión de seis meses a seis años, multa de dos a cinco años, o del tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido, o de los perjuicios evitados, si la cantidad resultante fuese más elevada, e inhabilitación especial para intervenir en el mercado financiero como actor, agente o mediador o informador por tiempo de dos a cinco años, a los que:*
>
> *Empleando violencia, amenaza, engaño o cualquier otro artificio, alterasen los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, instrumentos financieros, contratos de contado sobre materias primas relacionadas con ellos, índices de referencia, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderles por otros delitos cometidos.*
> [cursiva añadida]

Brasil

La Ley 8.137/1990 (Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências) estableció una serie de conductas anticompetitivas sancionadas a través del Derecho penal. No obstante, la Ley 12.529 modificó el escenario normativo disponiendo que el delito de cártel considerado en la Ley 8.137/1990 quede redactando del siguiente modo:

> *I- abusar del poder económico, dominando el mercado o eliminando, total o parcialmente, la competencia mediante cualquier forma de ajuste o acuerdo de empresas;*
>
> *II- Formar un acuerdo, convenio, ajuste o alianza entre ofertantes, con el objetivo de:*

> *a) la fijación artificial de precios o cantidades vendidas o producidas;*
>
> *b) control regionalizado del mercado por una empresa o grupo de empresas;*
>
> *c) control, em perjuicio de la competencia, de la red de distribución de los proveedores.*
>
> *Pena – privativa de la libertad, de dos a cinco años y multa* (Congresso Nacional, 2011).

Chile

Merece comentarios aparte la regulación chilena, pues en este país se ha llevado a cabo una evolución legislativa bastante similar a lo acontecido en nuestro país con el delito de abuso de poder económico.

Partiremos de la regulación administrativa sobre las conductas anticompetitivas para tener un panorama general sobre las mismas, y continuaremos con la regulación del delito de colusión -llamado así de manera informal-, lo que para nosotros vendría a ser -con ciertas particularidades- el delito de abuso de poder económico.

La Junta de Gobierno (1973) estableció las bases de la regulación administrativa de la libre competencia en Chile a través del Decreto Ley 211, el cual establece en su artículo 3° vigente los supuestos anticompetitivos -entre otras- de las prácticas colusorias y abuso de posición de dominio en el mercado, de la siguiente manera:

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

> *imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.* [cursiva añadida]

Sobre el inciso "a", Santelices Ríos (2020a) manifiesta que las conductas reprochadas constituyen los llamados cárteles duros, los cuales se caracterizan por ser contrarios a la libre competencia en razón de que se corresponden con los elementos más importantes de esta (p.53).

Por otro lado, la criminalización de las conductas anticompetitivas en Chile se inició con la Ley 13.305 de 1959. Posteriormente, el Decreto Ley 211 de 1973 mantuvo el carácter de ilícito penal de los comportamientos mencionados. Más adelante, la Ley 19.911 del 2003 resolvió que las conductas anticompetitivas ya no debían de ser castigadas por el Derecho penal, imponiendo un modelo administrativo. Finalmente, entre idas y venidas, el Congreso Nacional de Chile (2016) reintrodujo el delito de colusión a través de la Ley 20.945, quedando el artículo 62° del Decreto Ley 211 en los siguientes términos:

> *El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos, u órganos públicos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.* [cursiva añadida]

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. Enfoque de la investigación

Cualitativo.

3.2. Tipo de investigación

Según el objetivo, la presente investigación es básica, puesto que la finalidad es ampliar los conocimientos sobre el problema de investigación. En cuanto a la profundidad, la tesis es descriptiva y explicativa, dado que se caracterizará los componentes del objeto de estudio y se determinará la conexión de causa-efecto, respectivamente.

3.3. Diseño de investigación

Se propone un diseño no experimental, de esta manera no se intentará establecer relaciones entre variables. Por el contrario, se describirá el problema planteado y se buscará soluciones al mismo.

3.4. Procedimientos, técnicas e instrumentos de recolección de información

Se usará el método dogmático jurídico para describir, explicar y valorar la construcción normativa del delito de abuso de poder económico.

En lo que concierne a las técnicas e instrumentos de recolección de datos, se empleará el análisis documental y las fichas, respectivamente.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

Respecto al problema específico 1

Stucchi y Ballón (2019) refieren que la etiqueta de posición de dominio es una condición que no se encuentra sancionada, como sí lo está el ejercicio abusivo de dicha cualidad.

Bustos Romero (2015) y Stucchi y Ballón (2019) declaran que el abuso de posición de dominio representa una conducta perjudicial para la libre competencia, puesto que la empresa que posee dicho estatus se encuentra en condiciones de imponer sus términos y actuar con independencia respecto a sus competidores en el mercado.

A juicio de Fonseca Fortes-Furtado (2017), no es posible justificar la represión del abuso del estatus de dominio a través del Derecho penal, en vista de que no posee la lesividad social cuya entidad requiera de sanciones penales como en el caso de los acuerdos horizontales. Complementa esta posición Guzmán Napurí (2011), quien considera que para el control de las conductas contra la libre competencia es suficiente la aplicación de sanciones administrativas, razón por la cual el Decreto Legislativo N.° 1034 derogó el delito de abuso de poder económico en su momento.

Prado Saldarriaga (2017) considera que, manteniendo la calidad de delito, la despenalización disminuye la entidad del sentido penal a través de la transformación del contenido delictivo en faltas o en infracciones de carácter administrativo.

Peña Cabrera Freyre (2010) expresa que la LRCA despenalizó el delito de abuso de poder económico mudando la condición de las conductas anticompetitivas a infracciones administrativas.

Respecto al problema específico 2

Deza Sandoval (2009) y Quintana Sánchez (2005) sostienen que los acuerdos horizontales son prácticas llevadas a cabo entre empresas competidoras con el fin de perturbar el proceso competitivo.

En opinión de Fonseca Fortes-Furtado (2017), las prácticas colusorias horizontales, son los comportamientos más dañinos para el proceso competitivo, por lo tanto, es justificado su castigo a través del Derecho penal.

La LRCA establece en su Artículo 11.2 que las prácticas colusorias horizontales sujetas a prohibición absoluta son aquellas que tienen que ver con lo siguiente:

- El establecimiento de condiciones de mercado.
- La limitación de la producción o ventas.
- El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas.
- Licitaciones colusorias.

Gagliuffi Piercechi (2011) y Stucchi López Raygada (2008) sostienen que la prohibición absoluta es aplicada a aquellas conductas consideradas innatamente perjudiciales para el proceso competitivo, por tanto, no es necesario comprobar si produjo efectos dañinos o no en el mercado.

A criterio de Luzón Peña (2016), la despenalización se refiere al proceso por el cual se disminuye el carácter delictivo de ciertos comportamientos mediante la conversión de los mismos en delitos leves o infracciones administrativas.

Stucchi López Raygada (2008) afirma que el modelo impuesto de protección absoluto impuesto por la LRCA sobre las conductas contra la libre competencia a favor de las sanciones administrativas condujo a la derogación del delito de abuso de poder económico, en su momento.

Respecto al problema general

Mir Puig (2008) refiere que en el marco de un Estado social y democrático de Derecho se debe de proteger, exclusivamente, como bienes jurídico penales a aquellas propiedades de la vida en sociedad que perturben las oportunidades de intervención de las personas en la estructura social.

Sobre el bien jurídico del delito se ha encontrado tres posiciones:

Un sector de la doctrina como Bramont - Arias Torres (1992) y Ugaz Sánchez-Moreno y Ugaz Heudebert (2017) coinciden en que el bien jurídico protegido por el delito de abuso de poder económico es el orden económico.

Otro sector de la doctrina, dicho sea de paso, la mayoritaria, en este caso Peña Cabrera Freyre (2009), Artaza Varela (2020a) y Monge Morales (2022) afirman que el bien jurídico protegido por el delito de abuso de poder económico es la libre competencia.

En relación con esta perspectiva, Tiedemann (2007) concede el carácter de supraindividual al bien jurídico libre competencia en razón de los intereses generales que resguarda.

Coincide con la perspectiva en comentario la exposición de motivos del Código Penal vigente, la cual establece que los delitos como el abuso de poder económico vulneran el orden económico, entendido este como el sistema orientado a satisfacer las necesidades de las personas. En este sentido, el bien jurídico protegido en el delito en cuestión es la libre competencia.

A favor del concepto de bienes jurídicos colectivos, Bustos Ramírez (1994) establece que estos bienes son tan importantes y reales como los bienes jurídicos individuales porque están relacionados a todas las personas de la sociedad. Por otro lado, de actitud suspicaz Hassemer (1991) y García Cavero (2019) estiman que la deficiencia en la estructura de los bienes jurídicos supraindividuales radica en su amplitud e imprecisión, por ello existe el riesgo de que podrían amparar una multiplicidad de intereses como dignos de tutela.

Una tercera orientación de la doctrina está representada por García Cavero (2021), quien manifiesta que el ámbito de protección penal debe de referirse a las expectativas normativas de los agentes económicos de actuar en un mercado libre de escollos impuestos por otros agentes.

Mir Puig (2008) y Benito Sánchez (2021) plantean que la concepción de bien jurídico es más amplia que la de bien jurídico penal, por consiguiente, no todo bien jurídico constituye un bien jurídico penal.

Lascuraín Sánchez (2007) sostiene que el bien jurídico representa cualquier condición valiosa de una determinada configuración de la realidad, por lo que, sin inconvenientes, la vigencia de la norma puede ser un bien jurídico. Coincide con esta idea García Cavero (2019) al manifestar que el bien jurídico debe ser entendido como la vigencia de la norma, la cual establece el patrón de los comportamientos adecuados para el desarrollo de las personas en el sistema social.

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN

Una pauta metodológica general sobre cómo abordar el análisis de la correspondencia o no entre las conductas prohibidas y el bien jurídico protegido nos la ofrece Silva Sánchez (1992), quien sostiene que la tipificación como delito de un determinado comportamiento debe de atender a dos procesos. Por un lado, establecer el bien jurídico protegido, y por otro, operar en base al principio de fragmentariedad. Es decir, un comportamiento no puede ser puesto a merced del Derecho penal si no atenta contra un bien jurídico penal, no obstante, esto resulta insuficiente, pues se requiere además que la forma de ataque represente tal gravedad como para requerir la intervención del aparato de control social más represivo.

En atención a los criterios resaltados en el párrafo anterior, pero teniendo en cuenta los objetivos de la presente investigación, vamos a comenzar por determinar el nuevo contexto que nos ofrece las modificaciones llevadas a cabo por la Ley N° 31775 sobre lo prohibido en el delito de abuso de poder económico. Posteriormente analizaremos la correspondencia o no entre la conducta prohibida con el ámbito de protección del delito.

Respecto al problema específico 1

Prado Saldarriaga (2017) define a la despenalización como aquel procedimiento a través del cual, manteniendo el estatus de delito, se transforman las conductas delictivas en faltas o infracciones administrativas. Al mencionado planteamiento cabe objetarle la inconsistencia de su definición sobre la despenalización, pues considera que una conducta calificada como delito, manteniendo dicha cualidad, es transformada en falta o infracción administrativa. Si bien es cierto que al despenalizar un delito y convertirlo en falta no pierde su estatus delictivo, en el caso de la despenalización de un delito a infracción administrativa no sucede lo mismo, pues con la conversión el delito pierde tal calidad.

Por nuestra parte consideramos que las acciones de despenalización suponen una respuesta estatal disminuida que, a diferencia de la descriminalización, la respuesta estatal desaprobatoria no desaparece completamente, lo cual se concreta en la transformación de las conductas delictivas en faltas o infracciones administrativas. En atención al concepto de despenalización ensayado, la supresión del abuso de posición de dominio ha convertido dicha condición delictiva en una infracción administrativa, por lo que las

conductas anticompetitivas de este tipo serán controladas a través de las sanciones estipuladas por la LRCA.

Ahora bien, respecto a la modificación operada en el delito de abuso de poder económico, al suprimirse la conducta prohibida de abuso de posición de dominio, se ha despenalizado completamente dicha modalidad; es decir, las hipótesis constitutivas de abuso de posición de dominio ya no constituyen delito, sino infracciones administrativas sancionadas de acuerdo a lo establecido en la LRCA.

Por lo tanto, consideramos que la **hipótesis específica 1** ha sido contrastada positivamente en razón de que la consecuencia de la eliminación de la expresión "abuso de posición dominante en el mercado" del delito de abuso de poder económico ha sido la despenalización de dicha conducta prohibida.

Respecto al problema específico 2

Luzón Peña (2016) considera que la despenalización es un proceso a través del cual, las conductas criminales pasan a ser delitos leves o se transforman en infracciones de contenido administrativo. Nos parece adecuada esta definición porque encarna la característica principal de la despenalización que es la aminoración de la reacción estatal.

La modificación legislativa ha variado el escenario típico del delito de abuso de poder económico, ya que ha cambiado la redacción de la conducta prohibida prácticas colusorias -en general- a prácticas colusorias sujetas a prohibición absoluta.

En referencia al párrafo anterior, los comportamientos que continúan siendo castigados por el Derecho penal son aquellos realizados entre empresas competidoras que impliquen bienes de marcas distintas, que no sean complementarios o accesorios de acuerdos lícitos y que traten de la fijación de condiciones, limitación de producción o ventas, reparto de mercado o licitaciones colusorias.

Con respecto a aquellas conductas que se han despenalizado consecuencia de la modificación analizada, estas son las prácticas colusorias verticales en su totalidad y las horizontales que no se encuentran sujetos a prohibición absoluta. En otras palabras, la modificación acontecida en este extremo sobre el delito de abuso de poder económico, ha establecido la calidad de infracciones administrativas de las mencionadas conductas, las cuales son reprimidas por medio de las sanciones contenidas en LRCA.

El texto anterior del delito estaba configurado de manera muy extensa, criminalizaba tanto las prácticas colusorias horizontales como verticales. Operada la modificación, el delito ha ganado en coherencia en la medida que se le encomienda solo la sanción de conductas que representan un especial disvalor.

Por lo tanto, consideramos que la **hipótesis específica 2** ha sido contrastada positivamente, debido a que el efecto que produce la nueva redacción del delito de abuso de poder económico al restringir la conducta prohibida de las prácticas colusorias al "acuerdo o práctica anticompetitiva sujeto a una prohibición absoluta" es la despenalización de todas las prácticas colusorias, excepto aquellas sujetas a prohibición absoluta.

Respecto al problema general

Habiendo establecido que el nuevo escenario de conductas prohibidas que ha instaurado la Ley N° 31775 sobre el delito de abuso de poder económico se ha restringido a las prácticas colusorias horizontales sujetos a prohibición absoluta, es decir, a los hard core cartels o carteles de núcleo duro, corresponde cotejar si estas se corresponden con el ámbito protegido del delito.

En el curso de la presente investigación se ha encontrado que un sector de la doctrina afirma que el bien jurídico protegido en el delito de abuso de poder económico es el orden económico. De manera coincidente, en los antecedentes, Sanchez Mamani (2021).

Del desarrollo de la tesis se ha verificado que el sector mayoritario de la doctrina establece que el bien jurídico protegido por delito en análisis es la libre competencia. En el mismo sentido se han manifestado Vásquez Montenegro (2022), Solano Tito (2022), Fajardo Espinoza (2023), Boluarte Castro y Rivas Rodriguez (2023), Cifuentes y Frenck (2018) y Fajardo Espinoza (2023), y de la misma opinión, pero expresada de manera distinta, Peralta Fierro (2021) considera que el bien jurídico protegido es la competitividad del proceder de los individuos que intervienen en el mercado.

Dentro de esta misma concepción, la exposición de motivos del Código Penal vigente establece que el bien jurídico del delito de abuso de poder económico es la libre competencia, esto a causa de que el delito afecta el orden económico, estructura a partir de la cual las personas satisfacen sus necesidades. Por lo tanto, el bien jurídico protegido,

es decir, el bien jurídico dogmático, intrasistema o inherente al sistema, establecido por el legislador es, efectivamente, la libre competencia, ello al margen de que sea legítimo o no.

Ahora bien, bajo la óptica de que el bien jurídico protegido es la libre competencia, y al hecho de que las conductas anticompetitivas se encuentran sancionadas tanto a nivel administrativo como penal, paralelamente, y a que no existe ningún criterio positivizado que establezca un criterio diferenciador, se considera que las estructuras del injusto administrativo y penal son idénticos. Por lo tanto, la interpretación se decanta por considerar que el Derecho penal se ocupa de las conductas contra la libre competencia más graves cuantitativamente, a la vez que el Derecho administrativo se encarga de aquellas que no alcanzan dicho nivel.

Respecto a lo anotado en el párrafo precedente, consideramos que ambas áreas del Derecho desde su concepción cumplen diferentes funciones, ya que el Derecho administrativo está a cargo de proteger el funcionamiento del sistema global económico, el Derecho penal es responsable de las conductas específicas que merecen reproche social. Por lo tanto, en la misma línea de lo argumentado, consideramos oportuno orientar la discusión al ámbito que protege cada rama del Derecho como criterio diferenciador, esto es, el bien jurídico.

Siguiendo a Lascuraín Sánchez (2007) y a Mir Puig (2008), consideramos que el bien jurídico puede ser cualquier condición de la realidad de carácter indispensable para la intervención de las personas en la sociedad. Por ende, no habría problema si colocamos a la vigencia de la norma como un bien jurídico. Entonces, específicamente el ámbito que debería de proteger el delito de abuso de poder económico son las expectativas normativas de los agentes económicos de intervenir con libertad en un mercado exento de barreras creadas por otros agentes.

Una interpretación en este sentido, dota de autonomía al ámbito que debería de proteger el Derecho penal, o más propiamente, al bien jurídico penal, ya que al poder determinar y establecer con autonomía sus propios bienes jurídicos estaría marcando la frontera con lo protegido respecto a las otras ramas del Derecho; es decir, la maquinaria penal se encargaría de las defraudaciones de expectativas, en tanto que el Derecho administrativo se ocuparía de proteger el bien valioso libre competencia.

En ese marco, corresponde confrontar la conducta prohibida del delito de abuso de poder económico con lo que debería de proteger. En este sentido, consideramos que las prácticas colusorias sujetas a prohibición absoluta, representan conductas de especial disvalor que se corresponde con lo que se busca a través del Derecho penal, el mantenimiento de las expectativas normativas de los agentes económicos en el mercado.

Por lo tanto, consideramos que la **hipótesis general** ha sido contrastada positivamente, dado que las modificaciones llevadas a cabo por la Ley N° 31775 a las conductas prohibidas del delito de abuso de poder económico han restringido la criminalización a los carteles duros, lo cual se ajusta al ámbito que debería de proteger el delito, ya que los cárteles constituyen conductas de especial disvalor que frustran las expectativas normativas de los agentes económicos de interactuar con plena libertad en un mercado exento de obstáculos impuestos por otros agentes económicos.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

7.1. Conclusiones

PRIMERA. La Ley N.° 31775 ha despenalizado completamente la conducta prohibida de abuso de posición de dominio del delito de abuso de poder económico; en consecuencia, este tipo de conductas anticompetitivas ya no constituyen delito sino infracciones administrativas sancionadas a través de la regulación establecida en la LRCA.

SEGUNDA. El nuevo escenario introducido por la Ley N.° 31775 al delito de abuso de poder económico ha restringido la criminalización a determinadas conductas de especial disvalor como son las prácticas colusorias sujetas a prohibición absoluta, conocidas también como hard core cartels o carteles duros, las cuales se caracterizan por ser acuerdos anticompetitivos llevados a cabo entre empresas competidoras.

TERCERA. La consideración de la libre competencia como bien jurídico protegido por el delito de abuso de poder económico contempla que el Derecho penal se ocupa de reprimir las conductas anticompetitivas más graves cuantitativamente, en tanto que el Derecho administrativo se hace cargo de aquellas que no alcanzan dicho nivel, lo cual ha resultado en interpretar que toda conducta anticompetitiva debe de ser sancionada en el plano administrativo, a pesar de la existencia de conductas de especial disvalor.

CUARTA. A efectos de establecer fronteras más claras entre lo protegido por el Derecho administrativo y penal en materia de conductas anticompetitivas, es conveniente contemplar como ámbito protegido por el delito de abuso de poder económico a las expectativas normativas de los agentes económicos de intervenir libremente en un mercado exento de restricciones interpuestas por otros agentes económicos.

QUINTA. La participación de empresas competidoras en cárteles con el objeto de alterar la libre competencia representa una defectuosa organización u organización insegura para otras esferas de organización, lo cual se corresponde con la defraudación de las expectativas normativas de los agentes económicos de interactuar libremente en un mercado exento de obstáculos impuestos por otros agentes, situación que lesiona la vigencia de la norma, por lo que se hace necesaria la imposición de una pena.

7.2. Recomendaciones

PRIMERA. Investigar sobre aspectos problemáticos particulares del delito de abuso de poder económico para esclarecer los cuestionamientos al mismo con el objeto de establecer las condiciones para que el delito en cuestión sea aplicado efectivamente por la administración de justicia de nuestro país.

SEGUNDA. Investigar sobre la posibilidad de que se introduzca al delito de abuso de poder económico como uno de los delitos por los que se pueda responsabilizar penalmente a la persona jurídica, y su vinculación con el desarrollo de modelos de prevención de delitos contra la libre competencia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abanto Vásquez, M. (1994). Introducción al derecho penal de la Competencia. Análisis histórico y Comparativo del decreto Legislativo 701. *Derecho PUCP*, (48), 253-291. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6721

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

Abanto Vásquez, M. (2005). ¿Normativismo radical o normativismo moderado? *Revista penal*, (16), 3-35. https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/112814

Abanto Vásquez, M. (2006a). Acerca de la teoría de bienes jurídicos. *Revista penal*, (18), 3-44. https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/136435

Abanto Vásquez, M. (31 de enero de 2006b). El derecho penal en una economía de mercado, influencia de la integración económica y la globalización. *Revista Jurídica,* (20). https://www.revistajuridicaonline.com/2006/01/el-derecho-penal-en-una-economia-de-mercado-influencia-de-la-integracion-economica-y-la-globaliz/

Abanto Vásquez, M. (2014). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*. Grijley.

Agrawal, B. (2023). Whither Criminal Cartel Enforcement in the EU?: A Law and Economics Assessment [¿Hacia dónde va la represión penal de los cárteles en la Unión Europea?: una evaluación jurídica y económica]. *Erasmus Law Review, 16*(1), 46-60. https://doi.org/10.5553/ELR.000239

Alcócer Povis, E. (2021). *Introducción al derecho penal parte general*. (Reimpresión). Jurista Editores E. I. R. L. (Trabajo original publicado en 2018)

Alonso Soto, R. (2009). Acuerdos, decisiones y otras conductas explícitas. En S. Martínez Lage y A. Petitbò Juan, *Los acuerdos horizontales entre empresas* (pp. 65-86). Marcial Pons.

Artaza Varela, O. (2020a). Fundamentos: la colusión como delito económico. En O. Artaza Varela, V. Santelices Ríos y M. Belmonte Parra, *El delito de colusión* (pp. 17-35). Tirant lo Blanch.

Artaza Varela, O. (2020b). Reflexiones en torno al concepto y la prueba del acuerdo. En O. Artaza Varela, V. Santelices Ríos y M. Belmonte Parra, *El delito de colusión* (pp. 73-94). Tirant lo Blanch.

Belmonte Parra, M. (2020). Intervención delictiva en el delito de colusión. En O. Artaza Varela, V. Santelices Ríos y M. Belmonte Parra, *El delito de colusión* (pp. 109-153). Tirant lo Blanch.

Benito Sánchez, D. (2021). La protección penal de la competencia: ¿ejemplo de exceso punitivo? *Anales De La Cátedra Francisco Suárez*, (1), 181-209. https://doi.org/10.30827/acfs.vi1.16701

Blume Fortini, E. (1997). La Constitución económica peruana y el derecho de la competencia. *THEMIS Revista De Derecho*, (36), 29-37. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11717

Boluarte Castro, M. T. y Rivas Rodriguez, M. A. (2023). *Análisis de la criminalización de prácticas anticompetitivas en el Perú, a propósito de la Ley N° 31040* (Tesis

de maestría, Universidad de Lima). https://repositorio.ulima.edu.pe/handle/20.500.12724/18910

Bramont - Arias Torres, L. F. (1992). Delitos económicos y bien jurídico. *IUS ET VERITAS,* *3*(5), 85-92. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15362

Bramont - Arias Torres, L. A. y García Cantizano, M. d. C. (2013). *Manual de Derecho Penal parte especial*. (6ª ed.). Editorial San Marcos E. I. R. L.

Brokelmann, H. (2009). Prácticas concertadas y conscientemente paralelas. En S. Martínez Lage y A. Petitbò Juan, *Los acuerdos horizontales entre empresas* (pp. 87-114). Marcial Pons.

Bullard González, A. y Falla Jara, A. (2002). "La mujer del César"; ¿Son los acuerdos de compras conjuntas ilegales según las normas de Libre Competencia? *IUS ET VERITAS*, *13*(25), 190-203. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16207

Bullard González, A. (2006). *Derecho y economía: el análisis económico de las instituciones legales*. (2ª ed.). Palestra Editores S. A. C.

Bustos Ramírez, J. (1994). Principios fundamentales de un derecho penal democrático. *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, *5*(8), 10-17. https://cedpal.uni-goettingen.de/index.php/publicaciones/documentacion/76-nuevo-foro-penal

Bustos Ramírez, J. (2019). Los bienes jurídicos colectivos. *Revista De Derecho Penal*, (27), 465-476. https://revistas.fcu.edu.uy/index.php/penal/article/view/1925

Bustos Romero, M. F. (2015). El abuso de posición de dominio en el régimen jurídico español. *Revista CES Derecho*, *6*(1), 111-122. https://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/3437

de la Calle Restrepo, J. M. (2022). *Tratado general de la libre competencia. Análisis jurídico y económico*. Tirant lo Blanch.

Caro Coria, D. C. y Reyna Alfaro, L. M. (2016). *Derecho penal económico parte general*. Jurista Editores E. I. R. L.

Caro Coria, D. C. y Reyna Alfaro, L. M. (2023). *Derecho penal: parte general*. Escuela de Derecho LP S.A.C.

Cerezo Mir, J. (2002). Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (10), 47-72. https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1145

Chang Tokushima, J. S. y Drago Alfaro, M. F. (2022). Bid rigging o concertación en licitaciones: ¿Qué, cuándo y cómo se produce un hard core cartel bajo esta modalidad? THEMIS Revista De Derecho, (81), 119-134. https://doi.org/10.18800/themis.202201.009

Cifuentes S., J. y Frenck K., T. (2018). *La persecución penal de la colusión en Chile: análisis desde la libre competencia y derecho penal del nuevo delito introducido por la Ley 20.945* (Tesis de licenciatura, Universidad de Chile). https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/150334

Congreso Constituyente Democrático. (1993). Constitución Política del Perú de 1993. Diario Oficial El Peruano de 29 de diciembre de 1993. https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682678

Congreso de la República del Perú. (2020). Ley 31040. *Ley que modifica el Código penal y el Código de protección y defensa del consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración*. Diario Oficial El Peruano 1880788-1. https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/1880788-1

Congreso de la República del Perú. (2023). Ley 31775. *Ley que modifica el Código penal, Decreto Legislativo 635, a fin de precisar el tipo penal del delito de abuso del poder económico, y el Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de represión de conductas anticompetitivas, para combatir los cárteles y fomentar la libre competencia*. Diario Oficial El Peruano 2184892-5. https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/2184892-5

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

Congresso Nacional do Brasil. (2011). Lei 12.529. *Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.* Diário Oficial da União. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/L12529.htm

Corda, A. (2009). Legislazione antitrust e Diritto penale: spunti problematici in ámbito europeo [Legislación antitrust y Derecho penal: cuestiones problemáticas en el contexto europeo]. *Criminalia: Annuario di scienze penalistiche, 4*, 485-531.

Cortes Generales de España. (2019). Ley Orgánica 1/2019. *Modifica La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones*

de índole internacional. Boletín Oficial del Estado núm. 45. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-2363

Deza Sandoval, T. (2009). Análisis de las prácticas colusorias horizontales contenidas en la Ley de Represión de Conductas anticompetitivas a la luz de la jurisprudencia europea. *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, 5*(9), 31-62. https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/63

Diez Canseco Núñez, L. (1997). Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica. *THEMIS Revista De Derecho*, (36), 39-63. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11725

Ducci, F. (2018). Cartel Criminalization in Europe: Addressing Deterrence and Institutional Challenges [Criminalización de los cárteles en Europa: la disuasión y los retos institucionales]. *Vanderbilt Journal of Transnational Law, 51*(1). https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vjtl/vol51/iss1/1/

Fajardo Espinoza, J. (2023). *El ilícito de colusión, tratamiento administrativo y penal, concordancias* (Tesis de licenciatura, Universidad de Chile). https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/193982

Feijoo Sánchez, B. J. (2005). Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro. En A. Jorge Barreiro (Coord.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (pp. 307-342). Civitas.

Fernandes Godinho, I. y Castro Marques, N. (2021). Competition criminal law: an international and global trend? [Derecho penal de la competencia: ¿una tendencia internacional y global?]. *SHS Web of Conferences*, *92*, artículo 03011. https://doi.org/10.1051/shsconf/20219203011

Fernández Samamé, P. (2021). *Efectos de la reincorporación del art. 232: delitos de abuso de poder económico y la transgresión a la legislación de libre competencia* (Tesis de licenciatura, Universidad Señor de Sipán). https://repositorio.uss.edu.pe/handle/20.500.12802/8776?show=full

Figari Costa, H. y Pineda Galarza, J. (2009). Más vale maña que fuerza: el abuso de las normas de libre competencia. *Revista de Economía y Derecho*, *6*(24), 93-116. https://revistas.upc.edu.pe/index.php/economia/article/view/285

Flint Blanck, P. (2002). *Tratado de defensa de la libre competencia. Estudio exegético del D.L. 701. Legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Floríndez Aramburú, F. J., Velarde Ferreyros, S. y Zúñiga Alemán, L. (2020). ¿Cárcel para los colusores? Reflexiones sobre la criminalización de las prácticas anticompetitivas en el Perú. *THEMIS Revista De Derecho*, (78), 207-217. https://doi.org/10.18800/themis.202002.010

Fonseca Fortes-Furtado, R. H. (2017). *Cárteles de núcleo duro y Derecho penal: ¿por qué criminalizar las colusiones empresariales?* BdeF.

Fonseca Fortes-Furtado, R. H. (2023). Cárteles duros y Derecho penal: reflexiones a partir de su reciente criminalización en España. *InDret*, (2), 292-324. https://indret.com/carteles-duros-y-derecho-penal-reflexiones-a-partir-de-su-reciente-criminalizacion-en-espana/

Gagliuffi Piercechi, I. (2006). Viaje a la semilla: ¿Cómo era regulada la libre competencia en el Perú hasta antes del Decreto Legislativo 701? En Universidad de Lima (Ed.),

Libro homenaje a los XXV años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (pp. 133-162). Fondo Editorial Universidad de Lima.

Gagliuffi Piercechi, I. (2011). La evaluación de las conductas anticompetitivas bajo la regla per se o la regla de la razón. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, *7*(13), 139-162. https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/100

García-Pablos, A. (2005). *Introducción al Derecho penal*. (3ª ed.). EDITORIAL CENTRO DE ESTUDIOS RAMÓN ARECES S. A.

García Cavero, P. (2019). *Derecho Penal Parte General*. (3ª ed.). Ideas Solución Editorial S. A. C.

García Cavero, P. (2021). *Delitos contra la competencia: abuso del poder económico, manipulaciones en licitaciones, cohecho transnacional, corrupción privada y delitos contra la propiedad industrial*. (2ª ed.). Instituto Pacífico S. A. C.

García Palominos, G. y Tapia Canales, J. (2022). El injusto del delito de colusión del art. 62 DL. 211: una reconstrucción desde la accesoriedad administrativa. *Revista Jurídica Digital UANDES*, 6(2), 23-44. https://doi.org/10.24822/rjduandes.0602.2

Ghersi, E. (1995). ¡Abajo el Código Penal! *THEMIS Revista De Derecho*, (32), 113-119. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11539

Gonzales Cucho, J. C. (2023). Los acuerdos de cooperación entre competidores y su análisis bajo la ley de represión de conductas anticompetitivas. *Revista De Actualidad Mercantil*, (7), 109-123. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/27155

González-Cuéllar Serrano, N. (2008). ¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? En J. Serrano-Piedecasas Fernández y E. Demetrio Crespo, *Cuestiones actuales del derecho penal económico* (pp. 305-328). Colex.

Guzmán Napurí, C. (2011). *Tratado de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo*. Ediciones Caballero Bustamante S. A. C.

Hassemer, W. (1991). Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. (E. Larrauri, Traductor). *Pena y Estado*, (1), 23-36. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3006375

Hefendehl, R. (2002). ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (4), 67-78. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=256030

Hirsch, J. (2008). Sistemática y límites de los delitos de peligro. (E. Donna y D. Styma, Traductores). *Revista Latinoamericana de Derecho*, (9-10), 157-181. (Trabajo original publicado en 2008) https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/latinoamericana-derecho/article/view/21385/19058

Jiménez-Laiglesia, J. y Jiménez-Laiglesia, J. M. (2009). Tipología de restricciones horizontales: limitación a la producción, reparto de mercados, asignaciones de clientes y prácticas de naturaleza discriminatoria. En S. Martínez Lage y A. Petitbò Juan, *Los acuerdos horizontales entre empresas* (pp. 163-190). Marcial Pons.

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

Kargl, W. (2000). Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho: Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.), *La insostenible situación del Derecho Penal* (pp. 49-62). Editorial COMARES.

Kindhäuser, U. (04 de febrero de 2013). La lógica de la construcción del delito. (J. P. Mañalich, Traductor). *Revista pensamiento penal*. https://www.pensamientopenal.com.ar/index.php/doctrina/35440-logica-construccion-del-delito

Kovacic, W., Marshall, R., Marx, L. y White, H. (2011). Plus Factors and Agreement in Antitrust Law [Factores adicionales y acuerdo en Derecho antimonopolio]. *Michigan Law Review*, *110*(3), 393-436. https://repository.law.umich.edu/mlr/vol110/iss3/1/

Kresalja, B. y Ochoa, C. (2012). *El régimen económico de la Constitución de 1993*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Kresalja, B. y Ochoa, C. (2020). *Derecho constitucional económico. Economía social de mercado y derechos económicos fundamentales*. (2ª ed.). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

Landa Arroyo, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

Lascuraín Sánchez, J. A. (2007). Bien jurídico y objeto protegible. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, *60*(1), 119-163. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-P-2007-10011900163

Luzón Peña, D. M. (2016). *Lecciones de derecho penal parte general*. (3ª ed.). Tirant lo Blanch.

Martínez Castro, E. L. (2023). *Derecho penal parte general*. GRUPO EDITORIAL, LEX & IURIS SAC.

Martínez-Buján Pérez, C. (2012). Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial. *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, (2), 47-62. https://www.adpeonline.com/wp-content/uploads/2020/08/los-delitos-de-peligro-en-el-derecho-penal-economico-y-empresarial.pdf

Mir Puig, S. (1994). *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Editorial Ariel S. A.

Mir Puig, S. (2008). *Derecho Penal Parte General*. (8 ª ed.). Reppertor.

Monge Morales, G. J. (2022). *Derechos económicos y ambientales. Propiedad, libertad de contratación, libertad de empresa, libre competencia y ambiente*. Palestra Editores.

Noda Yamada, C. R. (2005). La técnica de represión de los Cárteles en el Derecho Peruano. *Derecho & Sociedad*, (24), 197-207. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16966

Novoa Monreal, E. (1982). Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, *35*(1), 43-75. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=P_1982&fasc=1

Organisation for Economic Co-operation and Development. (2019). Recomendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels. https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0452

Peña Cabrera Freyre, A. (2009). Derecho penal económico. *Un estudio dogmático a Los Delitos Económicos, Financieros y Monetarios*. JURISTA EDITORES E. I. R. L.

Peña Cabrera Freyre, A. (2010). *Derecho penal parte especial*. (Vol. 3). IDEMSA.

Peña Cabrera Freyre, A. (2022). *Manual de derecho penal parte general*. GRUPO EDITORIAL JURIDICA LEGALES PERU E. I. R. L.

Peralta Fierro, I. (2021). *Bien jurídico y tipo objetivo en la sanción penal y administrativa de la colusión* (Tesis de licenciatura, Universidad de Chile). https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/187631

Peralta Fierro, I. (2023). La distinción entre acuerdos y prácticas concertadas (un análisis a partir del "caso supermercados"). *Ius et Praxis*, *29*(1), 145-164. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122023000100145

Pérez López, J. (2021). *Derecho penal parte general*. Instituto Pacífico S. A. C.

Prado Saldarriaga, V. R. (2017). *Delitos y penas: Una Aproximación a la Parte Especial*. Ideas Solución Editorial S. A. C.

Prado Saldarriaga, V. R. (2019). *Derecho penal y política criminal. Problemas contemporáneos*. Gaceta Jurídica S. A.

Presidencia de la República del Perú. (1991). Decreto Legislativo 635. *Código penal*. Sistema peruano de información jurídica (SPIJ). https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682692

Presidencia de la República de Perú. (2008). Decreto Legislativo 1034. *Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas*. Sistema peruano de información jurídica (SPIJ). https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H967427

Programa UC Libre Competencia (2021). Restricciones verticales. *Libre competencia en pocas palabras*, (4). https://librecompetencia.uc.cl/images/AAA/EPP/EPP_4_-_Abril.pdf

Quintana Sánchez, E. (2005). Abuso de posición de dominio conjunta y colusión tácita: ¿infracciones sin contenido real? *THEMIS Revista De Derecho*, (51), 179 - 204. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8800

Quintana Sánchez, E. (2011a). El objetivo de la ley de competencia peruana y la interpretación de las conductas prohibidas. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, *7*(13), 19-59. https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/97

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

Rojas Leo, J. F. (2005a). El abuso de la posición de dominio en el mercado en la legislación nacional. *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual*, *1* (1), 83 - 110. https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/24

Rojas Leo, J. F. (2005b). La defensa de la competencia en una nueva dimensión. *Coyuntura: Análisis Económico y Social de Actualidad*, (4), 16-22. https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/47199

Ruiz, G. M. (2011). La nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas: acotando la discrecionalidad de la autoridad de competencia. *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, 7*(13), 163-182. https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/101

Saavedra Valdivia, E. y Alvarez Porras, J. (2021). El delito de abuso de poder económico: Una relación tensa entre el Derecho Penal económico y el Derecho de la Libre Competencia. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (149), 127-147.

Saavedra Valdivia, E. y Alvarez Porras, J. (15 de mayo de 2023). *Observaciones al Proyecto de Ley N° 3669/2022-CR: La reforma del delito de abuso de poder económico*. IUS 360. https://ius360.com/observaciones-al-proyecto-de-ley-n-3669-2022-cr-la-reforma-del-delito-de-abuso-de-poder-economico-eduard-saavedra-valdivia-y-joan-manuel-alvarez-porras/

Sanchez Mamani, V. (2021). *Tipificación de las prácticas colusorias horizontales como delito que afecta la libre competencia en el Perú* (Tesis de licenciatura, Universidad Andina del Cusco). https://repositorio.uandina.edu.pe/handle/20.500.12557/4471

Santelices Ríos, V. (2020a). Delimitación de la colusión como ilícito en el marco de un sistema mixto de protección de la libre competencia. En O. Artaza Varela, V. Santelices Ríos y M. Belmonte Parra, *El delito de colusión* (pp. 37-71). Tirant lo Blanch.

Santelices Ríos, V. (2020b). El tipo penal de colusión. En O. Artaza Varela, V. Santelices Ríos y M. Belmonte Parra, *El delito de colusión* (pp. 95-107). Tirant lo Blanch.

Silva Sánchez, J. M. (1992). *Aproximación al derecho pena contemporáneo*. J. M. Bosch Editor, S. A.

Silva Sánchez, J. M. (2003). *Normas y acciones en Derecho penal*. Editorial Hammurabi.

Silva Sánchez, J. M. (2006). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. (2 ª ed.). BdeF.

Solano Tito, R. (2022). *Carteles empresariales y la afectación a la libre competencia en el Perú – análisis comparativo y criminalización* (Tesis de maestría, Universidad César Vallejo). https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/102529

Sotomayor Flores, M. E. (2019). ¿Héroes o villanos?: Los acuerdos de colaboración empresarial y su incidencia sobre la libre competencia. *Revista De Derecho UDEP, 18*(1), 75-103. https://revistas.udep.edu.pe/derecho/article/view/1607

Stucchi López Raygada, P. (2008). El nuevo diseño del control de conductas para la defensa de la libre competencia: apuntes sobre el decreto legislativo 1034 – Ley de represión de conductas anticompetitivas (LRCA). *THEMIS Revista De Derecho*, (56), 309 - 330. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9217

Stucchi, P. y Ballón, F. (2019). Síntesis de la defensa de la libre competencia en el Perú: Contenido y aplicación del Decreto Legislativo N° 1034.- Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (LRCA). *Revista De Derecho UDEP*, *18*(1), 9-73. https://revistas.udep.edu.pe/derecho/article/view/1606

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

Tiedemann, K. (2007). *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. (2ª ed.). (M. Abanto, Traductor). Editora Jurídica Grijley E. I. R. L.

Tiedemann, K. (2010). *Manual de Derecho penal económico parte general y especial*. (M. Abanto y A. Nieto, Traductores). Tirant lo Blanch.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 01 de diciembre, 2009, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT

Tribunal Constitucional. (2010). Sentencia 01405-2010-PA/TC. Sesión del Pleno Jurisdiccional. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01405-2010-AA.html

Ugaz Sánchez-Moreno, J. y Ugaz Heudebert, F. (2017). *Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

United States Congress. (1890). *Sherman Act*. World Intellectual Property Organization (WIPO). https://www.wipo.int/wipolex/es/text/177477

Vásquez Montenegro, M. (2022). *Delito de Acaparamiento y Abuso de Poder económico frente a posibles actos de Corrupción en Estado de Emergencia Nacional.*

Chiclayo 2020 (Tesis de licenciatura, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo). https://repositorio.unprg.edu.pe/handle/20.500.12893/12179

Velandia, M. (2011). *Derecho de la competencia y del consumo*. (2ª ed.). Universidad Externado de Colombia.

Villavicencio Terreros, F. (2003). Límites a la función punitiva estatal. *Derecho & Sociedad*, (21), 93-116. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17355

Villavicencio Terreros, F. (2019). *Derecho penal básico*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. (Trabajo original publicado en 2017)

Wan Goicochea, J. (2022). *Acaparamiento y abuso de poder económico regulados en la ley 31040, frente a actos de corrupción en tiempos de Covid 19 – Chiclayo* (Tesis de licenciatura, Universidad Señor de Sipán). https://repositorio.uss.edu.pe/handle/20.500.12802/10176