

LOS DELITOS CONTRA LA COMPETENCIA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA Y MEXICANA

Xavier GINEBRA SERRABOU

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Consideraciones generales.* III. *Las sanciones en el derecho penal económico y en la reforma.* IV. *La protección de la libre competencia.* V. *Modelos de protección jurídica a la libre competencia.* VI. *La protección penal de la libre competencia.* VII. *Los delitos contra la competencia en el derecho mexicano.* VIII. *La reforma aprobada.* IX. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Una vez abandonado el sistema estatal de fijación de precios, los precios de los bienes y servicios han dejado de ser establecidos por los organismos estatales en su mayoría —en México cabe todavía la fijación de precios máximos en el art. 7 de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE)— para ser determinados por la competencia en el mercado. La competencia significa que los precios de los bienes y servicios se determinan conforme a la oferta y la demanda que se presentan en las condiciones normales de mercado. Esta finalidad de la competencia se aleja si alguien manipula estas condiciones de mercado para impedir o dificultar la participación de otros agentes económicos, alterando así la oferta y la demanda. Cuando se produce una manipulación de las condiciones de mercado, se afecta un aspecto sustancial de la competencia, lo que debe dar lugar a la intervención del Estado que le imponen las legislaciones nacionales de combatir las prácticas contra la libre competencia. En efecto, frente a los llamados

actos contra la libre competencia, el Estado reacciona con sanciones administrativas y penales.¹ Esto cobra especial relevancia, debido a que las empresas actualmente, si bien se dice que están en un régimen de competencia, en la práctica realizan acuerdos restrictivos de la misma (Ginebra Torra), con mucha mayor frecuencia que la que estiman las autoridades de competencia.

II. CONSIDERACIONES GENERALES

La consideración de las prácticas anticompetitivas absolutas como delitos constituyen, tal vez, junto con el incremento sustancial de las multas, el otro aspecto toral de la reforma: *se añaden como delitos y sancionables con cárcel de tres a de 10 años, la realización de prácticas monopólicas absolutas*, con el objeto de disuadir la realización de conductas anticompetitivas.

Se supone, con un enfoque de análisis económico del derecho tan usual en nuestros días, que ante un aumento del “precio” a pagar, esto es, con cárcel, además de la multa, se disuada a los agentes económicos con mayor eficacia de realizar la conducta prohibida. Aunque las cosas no son tan sencillas, estimamos acertada esta reforma. Sería necesaria una redacción más clara de los tipos penales, para no violar el principio de legalidad y de tipicidad, pues se trata de conductas muy abiertas. Asimismo, se vuelve discrecional para la CFC la persecución de los delitos, quien debe interponer una querrela ante el Ministerio Público. Por lo anterior, surgen los siguientes planteamientos: ¿no es peligroso dotar a la CFC de facultades discrecionales en cuestiones tan delicadas como la persecución de los delitos? ¿No podrá llevar a comportamientos unilaterales de la CFC que impliquen actitudes favoritistas? En las actuaciones realizadas hasta la fecha por la CFC no se conocen de manera notoria esta clase de comportamientos, pero es una actitud de tan arraigada costumbre en los regímenes políticos anteriores, que debiera ser sancionada su utilización cuando implique desvío de poder.

Andrés Roemer señala por qué sirve la utilización del análisis económico en el derecho penal. Para ello, parte de los siguientes supuestos:

¹ García Cavero, Percy, *Los delitos contra la competencia*, Ara Editores, Universidad de Piura, Lima, Perú, 2004, p. 9.

—El ser humano tiene preferencias y puede jerarquizarlas, es decir, puede comparar alternativas y decidir si una de ellas le gusta más, menos o igual que otras. En general, el ser humano es un ser racional. El hombre y/o la mujer racional hacen elecciones racionales. Una elección racional es aquella que, entre todas las posibles, maximiza la utilidad. La racionalidad económica implica que los individuos deseen lo mejor para sí mismos.

—La gente está dotada de una cantidad fija de recursos y una tecnología que puede transformar en bienes y servicios. Los seres humanos enfrentamos restricciones presupuestales, tecnológicas y temporales.²

Los lineamientos constitucionales en materia económica significan un referente, aunque no único, esencial y vital en la configuración del orden jurídico penal, que debe asumir las coordinadas constitucionalmente planteadas, de allí que resulte trascendental para el legislador el entendimiento pleno de las estructuras económicas ancladas en la Carta Magna.

Este modelo constitucional, tanto en países como Alemania, España, y la mayoría de los países de Latinoamérica, resulta ser similar, identidad que se ha dado en virtud a la influencia que la legislación española ha ejercido en general sobre los países latinoamericanos, y que en general resulta acorde con el sistema de economía social de mercado, vigentes en éstos, y que consideramos aplicable a México.³

Es bien sabido que un mercado competitivo también puede dar lugar a fenómenos indeseables, directamente relacionados con su configuración inmediata, como lo son las altas cuotas de concentración de capital, las integraciones o acuerdos formales o informales y abusivos de precios, la búsqueda sin contrapeso de posiciones de dominio y las trabas al libre acceso de nuevos competidores o, indirectamente, secuelas de aquellos que se manifiestan sobre las prácticas diarias de

² Roemer, Andrés, “¿Por qué un análisis económico del derecho penal?”, en *Derecho penal y economía*, Memoria del Congreso Internacional, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2009, p. 156.

³ Reyna Alfaro, Luis Miguel, *Fundamentos de derecho penal económico*, Ed. Ángel, México, 2004, p. 74.

los actores económicos secundarios que las sufren, como “las ventajas por infracción” o los “efectos cascada”, entre otros.⁴

En la delincuencia económica de hoy –dígase claramente–, no sólo hay lugar para los “grandes conglomerados” (*clusters*), sino también para los “hechores” de la microeconomía, según Manríquez (aunque nosotros creemos que la ley y las autoridades deberían sólo perseguir aquellas conductas con efectos significativos sobre el mercado, que suelen realizarse por las grandes empresas). Afecta tanto a los valores del mercado abierto y competitivo un monopolio de oferta o un *retailer* internacional incrementado con sus proveedores, como una organización cuasi-artesanal dedicada a la piratería o la clonación de medios de pago electrónicos para apropiarse del dinero que cubre los giros de un número significativo de tarjetahabientes. En otras palabras, dicho autor señala, parafraseando a Lacassagne: “la sociedad económica de hoy tiene los delincuentes que merece”, con lo que no estamos de acuerdo.

No es posible separar la visión de la política económica vigente de la que se puede lograr con la política criminal derivada de aquella. Ambas estarán siempre vinculadas a la definición macro del problema de la delincuencia económica, dentro de un determinado tipo de mercado: tanto hay delito y delincuentes económicos en una economía de mercado –en todos sus niveles–, como los hay en una economía cerrada de planificación central.⁵

Es por ello que la supremacía de la realidad demuestra a diario a las sociedades de los países latinoamericanos –que en su mayoría optaron por un liberalismo económico medianamente regulado, matizado por una “tercera vía” socialdemócrata pálida– que no es posible concebir siquiera una política criminal con la aspiración de concretar en leyes, políticas públicas, acciones y resultados en un futuro cercano si, antes de iniciar los procesos legislativos y de hacienda pertinentes, sus postuladores no han advertido la viabilidad financiera y clarificado el costo económico directo y reflejo (“costo social” o “costo asociado”) que pudieren involucrar sus propuestas,

⁴ Manríquez, Juan Carlos, “Prevención y ofensiva contra prácticas monopólicas en Chile”, en *Derecho penal y economía*, op. cit., p. 100.

⁵ Reyna Alfaro, op. cit., p. 74.

más aún, si sus consecuencias llegaran a afectar a gran número de personas o ámbitos de mercado.⁶

Ahora bien, en este entendimiento es que deben alinearse las pretensiones político-criminales y el trabajo legislativo en materia jurídico-penal, lo que debe ser subrayado a efectos de lograr un ordenamiento jurídico coherente y acorde con el modelo de Estado social y democrático de derecho que acoge nuestra Ley Fundamental.⁷

Resulta innegable el hecho, que el derecho penal contemporáneo posee serios problemas al momento de articular sus instrumentos ante las modernas formas de criminalidad. En este orden de ideas, la ley penal en blanco se ha constituido en una de las técnicas más eficaces, siendo aceptada por la doctrina penal mayoritaria en el entendimiento que su utilización no implica una singular afectación del principio de legalidad.⁸

Sin embargo, debe remarcarse el papel prioritario que posee el principio de certeza. Sobre el particular, estimamos que la “conversión” de las prácticas monopólicas absolutas tal cual en delitos, sin mayor adaptación, podría violar el principio de certeza y de seguridad jurídicas.

Coincidimos con Tiedemann que en el libro *Derecho penal y mercado*, dice que es imprescindible considerar la economía, la política y el derecho como un todo dinámico, además, proyectado según sus plenas consecuencias futuras. Visto así, la competencia puede ser un “bien jurídico dinámico”. Dicho de otra forma, el contenido material del orden económico, en general, está sujeto a las opciones de política económica vigente y no puede verse siempre igual o como un estanco.⁹

Un mercado competitivo es hoy de interés relevante para el colectivo social y muchos reclaman la protección penal para que haga más seguros los espacios de libertad que se desarrollan al interior del anillo normativo y asegure vigencia paritaria a las “reglas del juego económico”, que en la actualidad se erigen como los valores esenciales del mercado de competencia.

⁶ Manríquez..., op. cit., p. 101.

⁷ *Idem*.

⁸ *Ibidem*, p. 103.

⁹ *Idem*.

Quizás, ello no baste todavía para definir desde el punto de vista penal que el orden público económico o los valores esenciales del mercado de competencia —la transparencia, el libre acceso, la credibilidad de los mercados de pago y de los actores del comercio, el respeto a nivel constitucional de los derechos de los trabajadores— sean elementos que deben ser respetados ya como bienes jurídicos inmediatos. Es probable que sean reflejos inmediatos de la competencia efectiva, que sí parece más “palpable” o apegada e imbrincada con la realidad vigente (Claus Roxin).¹⁰

Entre tales problemas cobra relevancia la imputación penal por los comportamientos ejecutados en el seno de las personas jurídicas, que ha sido uno de los problemas fundamentales del derecho penal económico, y es que la incidencia de la criminalidad de empresa ha significado un problema de tal magnitud que ha llevado a replantear la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Aunque algunos países han tomado la decisión legislativa a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la medida que simplifica el problema de la imputación penal, Reyna Alfaro opina que ello no puede hacerse sin vulnerar categorías básicas y principios elementales del derecho penal.¹¹

Ahora bien, apostar a favor de la reafirmación del principio *societas delinquere non potest* no supone dejar sin respuesta el problema antes planteado, esto es, el de la imputación penal por comportamientos ejecutados en el seno de las personas jurídicas. Existen otros instrumentos dogmáticos que pueden ser usados para evitar la impunidad de estos comportamientos. Así, tenemos la figura del actuar por otro, la posición de garante y el dominio del hecho por dominio de voluntad en aparatos organizados de poder,¹² ninguno de los cuales ha sido planteado por la reforma.

Otros problemas surgidos del ámbito del derecho penal económico es el concepto de bien jurídico como criterio delimitador, desde su aparición hasta nuestros días, el cual ha pasado, como indica Ruiz Rodríguez, “del todo a la nada, y a la inversa, habiéndose planteado incluso (postura oficial del derecho penal nacionalsocialista alemán),

¹⁰ Manríquez..., *op. cit.*, p. 102.

¹¹ *Ibidem*, p. 168.

¹² *Idem*.

o de sustituirlo por otras categorías que conduzcan a realizar una selección más correcta en la actividad legislativa criminalizadora de conductas”. No obstante, como agrega el mismo profesor, “la concepción del derecho penal como reacción frente al poder vuelve a ser la piedra de toque en la elaboración doctrinal del concepto de bien jurídico, donde asume, por encima de otras, una función crítica: de crítica al legislador, de crítica al derecho positivo y de crítica social”.¹³

Esta función crítica puede ser cumplida con mayor eficacia en la medida en que se adopte una concepción de bien jurídico dotada del suficiente sustrato material. En esa intención, una postura interaccionista, como la defendida por Santiago Mir Puig, y que tiene bases en el pensamiento de Mayer, es la que cumple con mayor solvencia esta pretensión.

Por otra parte, resulta claro que no existen razones suficientemente valederas para cuestionar la existencia de intereses de orden supraindividual ni para oponerse a las técnicas de peligro para tutelar tales bienes jurídicos, en la medida en que dichas fórmulas suponen en realidad la lesión, constatable inmediatamente, de los bienes jurídicos colectivos.

La tarea legislativa en materia penal debe ser realizada en atención estricta al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, de allí que resulte cuestionable cualquier intento de instrumentalizar el derecho penal y de convertirlo en un medio de control político.¹⁴

Las potestades de la administración pública se han venido incrementando súbitamente en los últimos años, dado que, ante requerimientos de eficacia, un sistema de sanciones como el administrativo resulta sumamente útil en la medida que originariamente fue concebido como ayuno de garantías.

Ante el avance del derecho administrativo sancionador, la doctrina penal se ha visto obligada a establecer límites entre dicha rama del ordenamiento jurídico y el derecho penal. Es así que un sector de la doctrina se ha decantado a favor de una diferenciación meramente cuantitativa, en tanto otros autores apuestan por marcar los límites cualitativamente.

¹³ *Ibidem*, pp. 194 y 195.

¹⁴ *Idem*.

El derecho administrativo sancionador, en sus orígenes, fue concebido como una rama del ordenamiento falto de garantías. Empero, hoy en día vemos el traslado de los principios y garantías del derecho penal al ámbito del derecho administrativo sancionador, de tal forma que principios como los de legalidad, *non bis in idem* y de culpabilidad vienen siendo admitidos como exigencias en el derecho administrativo sancionador.¹⁵ Nuestra duda es si tal como está redactada la reforma, de manera que se transfieren sin ninguna modificación las conductas del art. 9 de la LFCE al art. 254 bis del Código Penal no se vulneran algunos de estos principios.

III. LAS SANCIONES EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y EN LA REFORMA

Tratándose de delitos e infracciones contra el orden económico, estamos ante un delincuente de características peculiares que lo hacen diferente a la generalidad, pues no lesiona directamente a un sujeto sino que pueden ser varios, en virtud de que dirige su comportamiento hacia algo intangible pero perceptible como es el orden económico.¹⁶

La lesión se ocasiona en los más de los casos por terceras personas que coparticipan en la comisión del delito como cómplices, instigadores, coautores, auxiliadores, encubridores, etc., de manera consciente o bien de manera inconsciente, siendo común la presencia de personas jurídicas que son las que consuman estos delitos.

En este orden de ideas nos preguntamos cuál es el beneficio que recibe la sociedad al ser privada de su libertad al autor de un delito contra el orden económico. Probablemente, alguien señale que un beneficio obtenido es la seguridad de que un determinado sujeto no volverá a delinquir; sin embargo, no olvidemos que el objetivo de la pena no es simplemente privarle ciertos bienes al autor del delito, sino que se encuentra enfocado a obtener la readaptación social del sujeto que para el caso específico de estos tipos penales, nos parece que no es factible de obtener, pues el comportamiento del sujeto no

¹⁵ *Ibidem*, p. 251.

¹⁶ Plascencia Villanueva, Raúl, *Los delitos contra el orden económico*, Porrúa y UNAM, México, 1999, p. 310.

es consecuencia de una necesidad económica, o bien de una desviación psicológica, sino que, según Plascencia Villanueva, se debe a una falta de una debida socialización y entendimiento de los valores sociales.¹⁷

En lo que respecta a la multa como sanción pecuniaria se contempla en los tipos penales que atentan contra el orden económico, parece que es la sanción más adecuada, pues de hecho la naturaleza de los tipos es económica, y la sanción aplicable debe atender a cuestiones de orden económico. El problema actual en este tipo de sanción es el relativo a la falta de correspondencia entre la multa aplicable y la lesión o puesta en peligro del bien jurídico penal, pues la pena pecuniaria en ciertos casos queda minimizada al grado de ser completamente intrascendente para el sujeto activo del delito, pues no sólo consuman este tipo de ilícitos las personas físicas, sino también las personas jurídicas, las cuales cada día con mayor incidencia consuman tipos penales que atentan contra el orden económico.

Por otra parte, la multa como sanción única nos parece, junto con Plascencia Villanueva, hasta cierto punto intrascendente si se aplica de manera singular, pues no soluciona absolutamente nada respecto al bien jurídico lesionado, ya que aún cuando la reparación del daño puede ser ordenada en una sentencia, la problemática de este tipo de delitos deriva de la imposibilidad de reparar el daño causado dada su indeterminación.¹⁸

En general, el sujeto pasivo suele ser la sociedad, y el bien jurídico tutelado el orden económico; sin embargo, en la determinación de la lesión del bien jurídico quedaría pendiente resolver en qué grado ha sido lesionado y de qué manera afectó, por ejemplo, al proceso de competencia, cuestión compleja e indeterminable en ciertos aspectos, pues lo único que puede tomarse en consideración para determinar el daño causado es la utilidad obtenida por los agentes económicos, pero no se podría determinar en qué grado se vieron afectados el resto de los competidores. Por eso consideramos que la determinación de la sanción penal debiese tener en consideración estas circunstancias, pues la sanción aplicada en la reforma, como sería la privativa de libertad, no alcanza a resarcir el daño causado

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 310 y 311.

y sólo es un paliativo tendiente a evitar esas lesiones del bien jurídico, sin llegar a calar en lo más profundo y doloroso, como es el bolsillo del delincuente, lo cual es en este caso se lograría con la sanción administrativa.

El Consejo de Europa recomendó una serie de sanciones para ser aplicadas a las personas jurídicas, y que en 1992 adoptó el código penal francés, así como algunas tendencias de los códigos penales europeos que las contemplan no sólo a nivel de medidas de seguridad, sino incluso como penas.¹⁹

Siguiendo la tendencia europea y la adoptada por algunos códigos penales de los estados de la República Mexicana, sería recomendable un replanteamiento de las consecuencias aplicables a las personas jurídicas, y una vez que se haya meditado sobre las mismas se incluya en nuestro código penal pero traducidas a medidas de seguridad, además de incluir aspectos relativos a sus mecanismos de aplicación y cubrir de esa manera la gran laguna legal que actualmente existe —y sobre lo que la reforma no añade nada— respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La pena privativa de libertad y la pecuniaria han sido utilizadas por nuestras leyes penales de manera excesiva, pues en general la punibilidad establecida en los tipos penales contenidos en el Código Penal Federal (CPF) hace referencia a la multa o bien a la pena privativa de libertad, al grado de haberse convertido en un inconveniente más que en un remedio para aminorar la comisión de delitos y hacer efectiva la prevención general en los delitos contra el orden económico.²⁰

A juicio de Plascencia Villanueva, la incorporación al Código Penal de medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas, empresas, sociedades o corporaciones, que cumplan con el objetivo perseguido por la prevención general, consistente en la amenaza penal que se presume conocida por todos, y la prevención especial, que implica que un individuo sancionado no cometerá nuevos delitos, es una necesidad impostergable en virtud de la inoperancia demostrada por las actuales sanciones.²¹

¹⁹ *Ibidem*, p. 312.

²⁰ *Idem*.

²¹ *Idem*.

Las posibles consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas, de acuerdo con los códigos penales de diferentes estados, que se sugiere deberían incluirse de manera específica en los delitos contra la competencia económica previstos en la reforma son:

- La prohibición de realizar determinadas actividades temporal o definitiva.
- La intervención.
- La suspensión temporal o definitiva.
- La disolución.
- La liquidación.
- La remoción de funcionarios.²²

Como medida necesaria hubiera sido indispensable la inclusión de la figura del “actuar por otro”, con el que se opera una “extensión de la autoría cuyo fundamento ha de encontrarse en el principio de equivalencia, ya que quien en estos casos actúa a nombre de otro, pese a no reunir las características del sujeto cualificado, realiza una conducta equivalente (Terradillas Basoco). De allí que con acierto se haya dicho que, por medio de su implementación se podrá dotar al sistema penal de “un mecanismo que permita llegar, a través de la persona jurídica, hasta la persona física que actuó sirviéndose de la estructura societaria.

Esta categoría dogmática (actuar por otro), puede ser implementada como una respuesta al problema que se concita no sólo respecto a los que actúan en nombre de personas jurídicas, sino también de aquellos que lo hacen en representación de personas físicas.²³

IV. LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE CONCURRENCIA

En el derecho comparado pueden apreciarse diversos modelos para hacer frente a los llamados atentados. En este apartado nos ocuparemos de hacer, a modo de introducción, una exposición general de los diversos modelos de protección jurídica de la libre competencia.

²² *Ibidem*, p. 313.

²³ Cesano, José Daniel, *Estudios sobre la responsabilidad penal de las persona jurídica, formulaciones teóricas, realizaciones normativas y derecho comunitario en el ámbito de la criminalidad económica*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 77.

Luego de ello, precisaremos brevemente cuál de estos modelos ha sido asumido por el ordenamiento jurídico, de manera que podamos hacer en los apartados siguientes un análisis más completo de las particularidades de nuestro ordenamiento.

V. MODELOS DE PROTECCIÓN JURÍDICA A LA LIBRE COMPETENCIA

1. Protección limitada al derecho administrativo sancionador

Una protección limitada al derecho administrativo sancionador se presenta cuando las prácticas restrictivas de la libre competencia se castigan sólo con sanciones administrativas. Así fue, por ejemplo, el sistema de protección asumido por el derecho alemán hasta antes de 1997, año en que se dio la Ley contra la corrupción. Mediante esta ley se incluyó en el Código Penal un capítulo de delitos contra la competencia en donde criminalizó concretamente la figura de los cárteles de licitación. Hasta antes de esta reforma, la represión de las prácticas restrictivas de la libre competencia se había limitado a figuras administrativas. Igualmente en el Reino Unido las infracciones contra la competencia no fueron criminalizadas sino hasta 2002 con la Enterprise Act de ese año. Para que pueda mantenerse un sistema de protección limitado al derecho administrativo sancionador, como los indicados, es necesario un alto grado de eficiencia de la administración, de manera tal que se haga innecesaria la intervención penal, o cuando menos, su ausencia sea socialmente tolerable. En cualquier caso, esta protección de la competencia limitada al derecho administrativo sancionador sólo podrá mantenerse mientras la conciencia colectiva lo considere una mera infracción a las reglas del juego en el mercado, pues en la medida en la que comience a destacarse el efecto nocivo que estas prácticas producen en el mercado y finalmente el bienestar de los consumidores, la persecución puramente administrativa, por más severa que sea, no bastará para sancionar las demandas sociales de castigo. Esta situación se ha presentado precisamente en Alemania y en el Reino Unido, lo que ha llevado a que en la actualidad se busque la protección penal, además de la protección del derecho administrativo sancionador.

2. Protección limitada al derecho penal

La protección de la libre competencia puede, por otra parte, limitarse sólo a sanciones penales, como sucedió, por ejemplo, en Chile y Argentina en un primer momento. Este recurso exclusivo a sanciones penales se entiende con facilidad en momentos históricos caracterizados por la ausencia de leyes especiales de defensa de la competencia y de una autoridad administrativa con facultades suficientes de persecución y de sanción. No obstante, cabe resaltar que, por lo general, esta incriminación penal cumple en estos contextos históricos una función puramente simbólica, es decir, se castigan prácticas contra la libre competencia sólo para dejar constancia de su prohibición, pero no para llevar a cabo una efectiva represión de las mismas. En la actualidad, el desarrollo extendido de legislaciones administrativas protectoras de la libre competencia y de organismos encargados de velar por el cumplimiento de las normas, ha reducido la posibilidad de una protección exclusivamente penal de la libre competencia. La tendencia general está orientada tanto a la protección penal como administrativa de la libre competencia. Sin embargo, algunos de los modelos protectores de la competencia, en su vertiente penal, no están actualizadas a los modelos modernos de protección administrativa de la competencia, como sucede en México, donde el modelo penal es de 1931, y la moderna Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) ha resultado demasiado avanzada para la aplicación de la normativa penal de competencia económica.

A. Protección conjunta

El rasgo común de los ordenamientos jurídicos modernos es la protección conjunta de la competencia, esto es, que las prácticas restrictivas de la libre competencia se sancionen tanto administrativa como penalmente. El principal problema reside en las posibles superposiciones entre los ámbitos administrativos y penal, lo que terminaría produciendo una sobrerreacción del sistema jurídico. Precisamente para evitar este resultado indeseable se han propuesto diferentes variantes con criterios de delimitación propios.

a) *Identidad de ilícitos*

En esta variante del modelo de protección conjunta el ilícito administrativo y el ilícito penal tienen los mismos elementos constitutivos. Por esta razón, se requiere establecer un criterio especial de delimitación de ambos ilícitos. Este criterio puede ser de ámbito constitutivo o cualitativo. A este respecto, cabe señalar que existen muchas teorías al respecto, pero en general se inclinan por una diferenciación de grado, mas no de esencia, entre las infracciones administrativas y los delitos.²⁴

b) *Criterios de delimitación cuantitativo*

Conforme a este criterio, se reservan para el ámbito penal los supuestos más graves en términos cuantitativos. Esto quiere decir que los elementos configuradores del ilícito penal y administrativo son los mismos, aumentando únicamente la intensidad de uno o algunos de ellos para la intervención expresa del derecho penal. Esta diferenciación cualitativa se expresa, por lo general, en la mayor gravedad cuantitativa del resultado. En efecto, cuando el perjuicio ocasionado resulta de gran entidad, se castiga al autor con sanciones de carácter penal. Como podrá concluirse, de capital importancia será determinar en este modelo cuando el resultado tiene la suficiente gravedad como para ser castigado penalmente, así como el órgano encargado de hacer la determinación.²⁵

c) *Criterio de delimitación cualitativa*

Cuando el criterio de delimitación asume una configuración cualitativa, la infracción penal sigue constituyendo una infracción administrativa, pero contiene cierto elemento adicional de disvalor que justifica su calificación como ilícito penal. Este elemento adicional puede encontrarse en la concreta afectación de los intereses protegidos (por ejemplo, la alteración de precios en perjuicio de los consumidores),

²⁴ De la Garza, Sergio Francisco, *Derecho financiero*, Porrúa, México, 2004.

²⁵ García Caveró, Percy, *Los delitos contra la competencia*, Ara Editores, Universidad de Piura, Lima, Perú, 2004, pp. 9-12.

en la importancia de los bienes o servicios afectados (por ejemplo, bienes de primera necesidad) o en la afectación de otro bien jurídico penalmente relevante (como el buen funcionamiento de la administración pública). Al respecto, cabe indicar que la doctrina más confiable considera que entre el delito y la infracción penal solamente existen diferencias de grado, mas no de esencia, por lo que no sería aplicable dicha teoría, al menos en derecho mexicano.

B. *Identidad parcial de los ilícitos*

Otra variante de la protección conjunta de la libre competencia es la identidad parcial de los ilícitos. En ese modelo, los hechos penalmente castigados pueden tener incidencia administrativa, pero en ocasiones no. Así fue, por ejemplo, la anterior legislación española para el delito de maquinaciones para alterar los precios. Los problemas de delimitaciones en un sistema como éste se ubican en el ámbito común, para cuya solución se puede recurrir a los criterios cualitativo o cuantitativo antes expuestos.

C. *Diferencia absoluta con los ilícitos*

En esta variante de la protección conjunta se tipifican los atentados contra la libre competencia con criterios completamente diferentes tanto en el ámbito administrativo como penal. No existe identidad entre la regulación administrativa y la realizada en sede penal. Como consecuencia de esta estructuración del modelo, no puede haber una accesoria administrativa de la ley penal, sino una completa autonomía de los tipos penales.²⁶

3. *Delimitación con la persecución penal*

En la medida en la que muchos países latinoamericanos, nuestro sistema jurídico asume una protección conjunta de la libre competencia con identidad de criterios, se hace necesario delimitar la infracción administrativa de la figura delictiva.

²⁶ *Ibidem*, pp. 12 a 14.

—El dolo configurador del ilícito penal no debe entenderse como el simple conocimiento y la voluntad de realización del tipo penal, sino que debe tratarse de un dolo especial que se manifiesta por el hecho de continuar realizando prácticas restrictivas de la competencia a pesar de haber recibido una orden de cese de la Comisión correspondiente. Este parecer resulta cuestionable, en la medida en la que abandona la perspectiva de la competencia y entra en el buen funcionamiento de la administración pública. El incumplimiento de las órdenes expedidas por la Comisión configura el delito de desobediencia a la autoridad del Código Penal, pero al igual que cualquier otro acto de desobediencia a una orden expedida por autoridad pública. La única alternativa dogmáticamente viable para hacer valer esta configuración especial del dolo sería afirmar que en estos delitos, o en los económicos en general, no basta un dolo natural, sino que se requiere precisamente el *dolus malus*. Este dolo malo se vería confirmado precisamente por el hecho de haber recibido el agente económico una orden de cese de la Comisión.

No estamos de acuerdo con la anterior postura de García Chavero,²⁷ ya que el Código Penal mexicano no exige ningún dolo cualificado para la tipificación del delito, por lo que —de resultar aplicable en la materia penal peruana— éste no tiene cabida en la legislación penal mexicana.

—El segundo elemento definitorio del ilícito penal es el perjuicio producido por la conducta. Se dice concretamente que el hecho debe haber producido “graves consecuencias para el interés económico general”. Este criterio aplica un plus cuantitativo de la infracción penal, de manera tal de que se no se tratará de un daño en su aspecto normativo, sino de un daño empíricamente medible. Aspectos como el perjuicio a los consumidores, pluralidad de afectaciones, entidad económica de los daños, deben ser tomados en cuenta para afirmar esta mayor gravedad cuantitativa del ilícito penal. Dada la falta de idoneidad del elemento dolo especial para caracterizar al ilícito administrativo y el ilícito penal, sólo nos queda el requisito de la grave afectación como el criterio para llevar a cabo tal determinación.²⁸

²⁷ *Ibidem*, pp. 90 y ss.

²⁸ *Ibidem*, pp. 93 y ss.

Tampoco estamos de acuerdo con García Cavero en esta observación. El delito contra la libre competencia es un delito que también se constituye como delito de peligro; basta que se ponga en riesgo la libre competencia, para que éste se configure. Como estamos viendo, los requisitos que exige la ley mexicana, son menos estrictos que los que exige la legislación peruana.

VI. LA PROTECCIÓN PENAL DE LA LIBRE CONCURRENCIA

1. El bien jurídico protegido

El art. 58 de la Constitución peruana reconoce que la economía de mercado constituye uno de los pilares en los que se asienta el modelo económico peruano. No obstante, la efectiva vigencia de una economía de mercado no se consigue por una especie de ordenación natural de la economía, sino que es necesario que el Estado asuma cierta actitud garantizadora a través de los diversos mecanismos de protección de los que dispone. Uno de esos mecanismos de corrección es el ordenamiento jurídico, al cual se le asigna concretamente la misión de asegurar normativamente las condiciones adecuadas para el funcionamiento del mercado. Dentro de las condiciones adecuadas para el funcionamiento del mercado destaca especialmente la libre competencia, en su art. 61, que obliga al Estado el deber de facilitar y vigilar la libre competencia, castigando toda práctica que la limite.

Si la determinación del bien jurídicamente protegido se ubica en el nivel de la exposición general acabado de hacer, entonces no cabría más que admitir una identidad funcional entre derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Ambos ordenamientos protegerán, con sus propios mecanismos de reacción, la libre competencia en el mercado. Esta perspectiva general, sin embargo, resulta aún insuficiente para determinar lo protegido mediante las concretas prohibiciones o mandatos administrativos o penales, pues en este nivel aún no se tienen en consideración las particularidades del derecho administrativo y del derecho penal respectivamente. Al derecho administrativo sancionador le corresponde una función de mantenimiento del funcionamiento global de la competencia, lo

que hace que el ilícito administrativo se encuentre configurado por la afectación al sistema competitivo global. En efecto, el perjuicio a la funcionalidad del sector no es apreciado por el derecho administrativo desde la particularidad del hecho infractor, sino desde una perspectiva institucional, es decir, bajo la óptica de lo que sucedería con el sistema competitivo si ese hecho se generalizara. Por el contrario, el derecho penal no se centra en el funcionamiento global de la competencia, sino en las concretas afectaciones que produce el ilícito en la constitución de la sociedad. En este sentido, la reacción penal no recurre a una perspectiva globalizada, sino, más bien, a una perspectiva individualizada que atiende a lo concretamente defraudado por el ilícito penal. En este sentido, solamente podrá hablarse de fin de protección de la norma administrativa o bien jurídico penalmente protegido en un nivel más específico de desarrollo de la reacción estatal.

No cabe duda que la importancia de la libre competencia en el funcionamiento de la economía de mercado constituye, junto con criterios de prudencia política, un factor relevante para la decisión del legislador penal de incriminar determinados actos contra la libre competencia. Pero el bien jurídicamente protegido en los delitos contra la libre competencia no puede quedarse en esta perspectiva global de la competencia, como lo hacen aquellos que entienden que aquí se protege un bien jurídicamente colectivo o supraindividual. La determinación del bien jurídicamente protegido por la legislación penal, lo que significa precisar los aspectos normativos de la sociedad que resultan afectados por la infracción de la norma penal. En el caso de los delitos contra la competencia, se protege concretamente la expectativa normativa que tienen los agentes económicos de poder participar y mantenerse en el mercado sin restricciones artificiales creadas por otros participantes. La defraudación de esta expectativa de conducta tiene lugar con la realización de las prácticas restrictivas de la competencia más graves, lo cual es establecido en el caso concreto por el juez penal, quien se encuentra autorizado, a partir de esta constatación, para imponer una sanción penal que devuelva a la norma defraudada su vigencia social puesta en tela de juicio por el delito cometido. El bien jurídico penalmente protegido es la norma que garantiza a los ciudadanos las condiciones normales de acceso

al mercado y rechaza el aprovechamiento indebido de una posición de privilegio en el mercado.²⁹

El bien jurídicamente protegido en la LFCE –materia administrativa– es, según muchos autores y legislaciones (González de Cossío, López), *la protección del proceso de competencia y libre concurrencia, no así de los competidores*. Nos parece que dicho criterio constituye una auténtica aberración: una garantía individual, como se supone que tutela el artículo 28 de nuestra Carta Magna, debe poderse defender en lo individual para que constituya una auténtica garantía protegida por nuestra Carta Magna; de otro modo, se trataría de una norma programática, pero no de un derecho individual.

El tema del daño crea particulares dificultades en el ámbito de las legislaciones protectoras de la competencia. Estas dificultades se originan en que no siempre aparecen damnificadas por las acciones tipificadas personas individualizadas; más aún, son frecuentes los casos en que esas personas no resultan ni siquiera individualizables. Este terreno y otros análogos han obligado a constituir la idea del perjuicio sobre la base de la distinción entre bienes individuales y bienes jurídicos supra-individuales. Los últimos se refieren a determinadas funciones sociales o a bienes públicos (Elzinga y Breit). En general, están constituidos por servicios o instituciones públicas tendientes a asegurar o proteger derechos de los integrantes de una comunidad o estado.³⁰

Las maniobras anticompetitivas producen –o amenazan con producir– daños en tres niveles diferentes:

- a) Pueden perjudicar antes que nada, y de modo directo, a particulares: así las negativas a vender a un comerciante algún bien en especial (*boycott*) perjudica el interés de este último de forma inmediata.
- b) Pueden perjudicar a los adquirentes de una clase de bienes o servicios. El público se ve perjudicado toda vez que de ciertas manipulaciones, como los convenios entre algunos productores, se deriva la imposición de precios superiores al costo marginal

²⁹ *Ibidem*, pp. 40-42.

³⁰ Malamud Goti, Jaime E., *Derecho penal de la competencia. Abastecimiento-monopolización*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1984, pp. 24-26.

de producción y cuando es este último el que conforme a la teoría de la oferta y la demanda, corresponde establecer. Así, mediante la concertación de precios mínimos, por ejemplo, se da lo que se caracteriza como una distribución inadecuada de los recursos.

- c) Puede también dañar a la colectividad. Los precios monopólicos van de la mano de una menor producción y la sociedad se ve de alguna manera privada de una parte total de los bienes de que dispondría si el mercado fuese competitivo.

En esta línea consideramos que caben los valores o bienes jurídicamente tutelados por la legislación de competencia: en ella, si bien existen lesiones particulares o *daño a los competidores, al afectarse la libertad de empresa en una economía de mercado está dañando una garantía individual y social* (la libre concurrencia y la prohibición de monopolios y conductas equiparables a éstos).

Estas consideraciones no excluyen otras referidas a situaciones nocivas indirectas como la de comportar "una serie amenaza a la democracia" (Ball y Friedman). La diferencia de puntos de vista se hace patente cuando las últimas consecuencias de orden general son tomadas en forma inmediata como objeto de tutela. En este sentido, hay quienes piensan que estas instituciones de orden general como "democracia", "economía pública" o "bienestar general" se ven directamente amenazados. Usualmente éste constituye un punto de vista para el cual el mercado, más que un mecanismo accesorio de una concepción liberal política, pasa a revestir una condición esencial y constitutiva para una versión más conservadora (Otamendi, 1982).³¹

2 Figuras típicas

En lo que respecta a la configuración los tipos penales, el Código Penal peruano ha seguido una tipificación amplia y otra específica. En la tipificación amplia que sigue el delito de abuso de poder económico del art. 232 del Código Penal (CP), se castiga penalmente todos los ilícitos administrativos siempre que se den los elementos de dolo y

³¹ *Ibidem*, p. 26.

grave perjuicio. Por consiguiente, todos los casos seguidos en sede administrativa podrían tener eventualmente una relevancia penal. Esta particularidad de la tipificación de los delitos contra la libre competencia tiene consecuencias importantes en el trabajo de la Comisión de Libre Competencia. En efecto, esta Comisión estaría obligada a investigar en todos los casos la intención del autor y el perjuicio causado sobre el interés económico general, incluso en los casos, si es que cabe admitirlos, de prohibiciones *per se*, pues se encuentra la obligación de determinar, por mandato del art. 19 del Decreto Legislativo 701, si no se presentan los elementos de agravación del tipo penal. De esta manera, se perdería el aligeramiento de la prueba que producirían las prohibiciones *per se* en la medida en que la Comisión, a través del Fiscal correspondiente, tendría que investigar los efectos de ese hecho. Por esta razón, hubiese sido más conveniente hacer una descripción más específica de las conductas penalmente relevantes, de manera tal que sólo se penalicen aquellas prácticas restrictivas de la libre competencia más graves. Con una tipificación específica de los delitos penales, la Comisión tendría que investigar el dolo del autor y el perjuicio del hecho sólo en los supuestos específicamente tipificados, los cuales podrían ser, por ejemplo, las licitaciones colusorias o la fijación concertada de precios.³²

La normativa peruana hace coincidir en una misma autoridad, la sanción de las infracciones administrativas de la competencia, con la persecución de los delitos contra la competencia. Esto choca con las disposiciones constitucionales mexicanas, que establecen la monopolización de la acción penal por parte de la figura del Ministerio Público.

A. Delito de abuso de poder económico

El delito de abuso de poder económico castiga de manera general las conductas restrictivas de la libre competencia especialmente graves. Al igual que la regulación administrativa, se diferencian la modalidad de abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias. En ambas modalidades del tipo penal, sin embargo, se establece un elemento común, el cual está constituido por la accesoriedad administrativa.

³² García Cavero, Percy, *Los delitos contra la competencia*, op. cit., pp. 42 y ss.

El art. 232 establece que el ilícito penal debe ser contrario a la normativa que protege la libre competencia, al exigir que la conducta se realice “infringiendo la ley de la materia”. En ese sentido, la conducta típica debe constituir previamente una violación a la ley de la materia –en el caso de México sería la LFCE–. Hay que señalar, sin embargo, que esta remisión a la normativa administrativa no implica esperar, como cuestión prejudicial, a que la Comisión de Competencia se pronuncie sobre la existencia o no de una infracción administrativa, sino que, en la medida que se trata de una accesoriedad de leyes, el juez penal podrá interpretar de manera autónoma si el hecho ha infringido o no la ley de la materia.³³

En materia penal mexicana, los delitos contra la economía nacional, constituyen delitos independientes a los de la competencia económica. Es más, podría darse el caso de que la autoridad de competencia declarase la inausencia de sanción administrativa, y que la autoridad penal declarase la existencia de un delito penal. Lo anterior, si bien es absurdo, es lo que previene la legislación nacional.

Un aspecto concreto que debe destacarse es que la remisión a la regulación administrativamente relevantes, sino solamente a los supuestos específicamente descritos. Esta conclusión se deriva del multicitado art. 19 del Decreto Legislativo 701 que permite denunciar penalmente solamente por las infracciones administrativas graves expresamente descritas en la ley. Los casos llamados “de efecto equivalente” que podrán sancionarse administrativamente no podrán ser castigados penalmente. La razón de esta exclusión se encuentra en el llamado mandato de determinación o certeza, el cual exige que la conducta delictiva debe estar precisa previamente por la ley. Admitir la penalización de conductas de efecto equivalente implicaría permitir una determinación jurisprudencial mediante analogía de nuevos supuestos de prácticas restrictivas de la libre competencia. En reciente jurisprudencia, sin embargo, la Comisión de Libre Competencia ha entendido que también en sede administrativa se respeta el principio de legalidad en los supuestos de “efecto equivalente”.³⁴

³³ *Ibidem*, pp. 48 y ss.

³⁴ *Ibidem*, pp. 42-45.

Nuevamente estamos ante una diferencia importante: la Comisión Federal de Competencia no conoce de los delitos en materia de competencia económica (art. 24, frac. III, LFCE); solamente es la competente para interponer las denuncias correspondientes.

B. Sujeto activo

El sujeto activo del derecho penal de la competencia solamente puede ser una persona natural. En este sentido, habrá que individualizar dentro de la organización empresarial quiénes resultan competentes originarios o secundarios por los hechos cometidos desde la persona jurídica. Para este proceso de individualización de las competencias penalmente relevantes, resulta fundamental precisar si el tipo penal bajo análisis constituye un delito común o especial. Una primera lectura del art. 232 del CP peruano podría llevar a la conclusión de que se trata de un delito común, pero un análisis más detallado nos mostrará que, en realidad, se trata de un delito especial.

El tipo penal en su modalidad de abuso de posición de dominio, exige que una persona abuse de su posición de dominio. En este sentido, por ejemplo, el administrador de la empresa que en posición de dominio se niega injustificadamente a contratar con otros, no abusará de su posición de “dominio”, sino de la posición de la empresa. Por esta razón, la imposición de una sanción penal al administrador solamente podrá justificarse si se recurre al art. 27 del CP peruano que regula el instituto jurídico-penal del actuar en lugar de otro. La necesidad de contar con el art. 27 para no infringir el principio de legalidad, obliga, por otra parte, a limitar el círculo de posibles autores del delito, ya que el art. 27 asume la teoría de la representación. En este sentido, solamente podrán responder penalmente los responsables de la persona jurídica.

La tendencia moderna está encaminada a la sanción penal de los entes corporativos; diversas razones, variadas legislaciones, están de acuerdo, con esta realidad punitiva, y las razones para sancionar a las personas jurídicas son diversas, encontrando las siguientes:

- a) Dado el papel preeminente que juegan hoy en día estos entes en la vida económica y social, se nota un creciente número de delitos cometidos aprovechando su cobertura.

- b) Se considera insatisfactorio, que siendo la empresa mercantil la autora real de la infracción, sean las personas físicas que actúan en su nombre y no directamente ella, las que soporten las consecuencias del delito cometido.
- c) Se hace hincapié en el hecho de que el monto de la multa impuesta a la persona física es naturalmente inferior a la que correspondería si la misma fuese impuesta en forma directa al ente.
- d) Se destacan los pocos efectos preventivos de la multa impuesta por vía administrativa. Son numerosos los precedentes en los que la empresa ofrece a su directivo una compensación económica por la sanción impuesta, cuando éste haya antepuesto a la observancia del “deber de vigilancia” la defensa de los intereses de la empresa (Serrano y Piedecabras).
- e) Asimismo, dada la enorme amplitud y complejidad de algunas empresas resulta difícil la individualización del culpable.³⁵

La modalidad de prácticas colusorias constituye igualmente un delito especial, ya que quien es parte de los acuerdos colusorios es la empresa y no, por ejemplo, el administrador. Pero, a diferencia de la modalidad de abuso, en las prácticas colusorias no resulta necesario acudir al art. 27, sino que basta, para poder justificar la imputación penal al administrador o a cualquier miembro de la empresa, una interpretación fáctica de los elementos del tipo penal. La participación en el acuerdo colusorio, como elemento del tipo penal, dejaría de entenderse en un sentido jurídico y se haría, más bien, en un sentido fáctico, por lo que podría hacerse responsable sin mayores problemas a las personas naturales que actuaron en el lugar de la empresa. Se trata de los supuestos de actuar en lugar de otros impropios y que pueden perfectamente solventarse con la perspectiva fáctica del análisis. Este proceder interpretativo permite ampliar el círculo de autores a todos los que posean el dominio social del hecho, sin infringir el principio de legalidad, al contrario de los casos que solamente pueden solucionarse con base en el art. 27 citado. En este sentido, en la modalidad de prácticas colusorias podrá hacerse penalmente responsable a las

³⁵ Sánchez Sánchez, Raúl Eduardo, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, pp. 87 y 88.

diversas personas naturales que han participado en el hecho mediante la infracción de competencias penalmente relevantes, lo cual no podrá hacerse en la modalidad de abuso de posición de dominio. Si bien esta solución no parece muy justa, no cabe otra solución en la actual regulación de la fórmula de actuar en lugar de otro.³⁶

Frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, han surgido básicamente tres objeciones:

- a) Carecen de capacidad: Algunas personas manifiestan que la persona jurídica no tiene capacidad propia, no tiene una voluntad que le pertenezca; sostienen que la persona jurídica no puede actuar en el terreno psicológico, que carecen de conocimiento, de discernimiento, de querer.
- b) De acuerdo con Savigny, las personas morales son creación del legislador, y no tienen otra vida, que la que el derecho les otorgue. Como se trata de seres ficticios o artificiales, nacidos de la ley para lograr fines de interés común, carecen de voluntad propia y, por lo tanto, no tienen capacidad delictiva.³⁷
- c) La persona moral no tiene existencia real, propia, no es un verdadero sujeto de derecho. Únicamente una persona a quien se le adscribe una conciencia propia competente en el plano comunicativo puede comportarse en forma culpable (Gunter Jakobs).³⁸
- d) La pena a imponer a una persona jurídica sería violatorio de la personalidad de las penas porque se sancionaría tanto a la persona humana como a la jurídica.
- e) También se menciona que sería una pena injusta, porque de igual forma se castigaría a socios inocentes que nada tienen que ver con la actuación de los demás miembros.³⁹

Nos inclinamos por la imposibilidad de fincar responsabilidad penal a la persona moral o jurídica, especialmente por la falta de voluntariedad por parte de ésta, y –siguiendo a Savigny–, porque se trata de meras ficciones legales.

³⁶ García Caverro, Percy, *Los delitos contra la competencia*, op. cit., pp. 48 y ss.

³⁷ Sánchez Sánchez, Raúl, op. cit., pp. 93 y 94.

³⁸ *Ibidem*, p. 96.

³⁹ *Ibidem*, pp. 100-102.

Consideramos acertada esta posición, ya que en muchas ocasiones, los planeadores de la “infracción administrativa”, realizan el hecho ilícito, amparándose en la persona moral, para no “pagar” con su propia conducta, la realización de la conducta administrativamente sancionable. Pero ello no justifica, de ninguna manera, la imputabilidad penal de las personas morales.

C. Conducta típica

La conducta típica del delito de abuso de poder económico está compuesta por dos modalidades distintas: el abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias.

Abuso de posición de dominio. El art. 232 del CP peruano no castiga, al igual que la regulación administrativa, la posición monopólica u oligopólica en el mercado, sino el abuso de esa posición. En cuanto a la determinación del concepto de dominio debe seguirse los criterios desarrollados en el ámbito administrativo, siendo cuestionable solamente el concepto de dominio colectivo. Esta configuración del dominio no puede ser de recibo en el derecho penal porque podría dar entrada a una responsabilidad penal por el hecho de tercero. La única forma de justificar una responsabilidad penal en estos casos sería aceptar una incriminación de cada conducta individual como delito de acumulación, pero para ello sería necesario que esta conducta esté claramente tipificada en la ley penal, lo cual no sucede en la actual regulación del delito de abuso de posición económica en su modalidad de abuso de posición de dominio.

Nuevamente no concordamos con García Caveró. Si bien es discutible la existencia del abuso de posición dominante colectiva, si la conducta colectiva es realizada en forma concertada, por supuesto que se trata de una responsabilidad individual por parte de cada uno de los sujetos que la realiza.

Los supuestos específicos que constituyen esta modalidad del art. 232 están regulados expresamente en la ley administrativa, a los que el tipo penal se remite. Se trata concretamente de la negativa injustificada a contratar, la discriminación de condiciones y la imposición de cláusulas atadas.⁴⁰

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 48 y 49.

La negativa injustificada a contratar. Se trata de una conducta unilateral de no satisfacción injustificada de las demandas de compra o adquisición o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios. Esta negativa no tiene que ser clara y abierta, sino que cabe entender como tal la no respuesta a los pedidos o la formulación de excusas insubsistentes. La contratación que se niega puede ser de compra o venta, tanto de bienes, como de servicios. Si bien todas las empresas tienen libertad de contratar con quien quieran, en el caso de empresas con posición de dominio el margen de esta libertad resulta menor, ya que no pueden negarse injustificadamente a contratar. La razón de esta limitación se encuentra en la necesidad de que el mercado siga funcionando y no se limite por la decisión unilateral de un particular. El interés de mercado se superpone a la libertad de contratación del particular, siempre que no implique para el particular un daño económico.

En cuanto a la configuración de la conducta típica, debemos señalar que no toda negativa a contratar se encuentra prohibida. Ante todo debe indicarse que la negativa que se deriva de la imposibilidad de cubrir la demanda solicitada no puede castigarse penalmente, ya que en estos casos no existe la capacidad fáctica de cumplir con lo solicitado. Pero ello no quiere decir que el resto de los casos en los que existe posibilidad fáctica de cumplimiento, la negativa a contratar se encuentra sancionada. Siempre caben razones económicas que justifiquen dichas negativas. Por ejemplo, no cabría sancionar el hecho si la negativa se fundamenta en evitar un posible perjuicio económico sobre la empresa, como sería la insolvencia de la empresa solicitante o la falta de condiciones mínimas de un buen servicio de la empresa oferente. Se sostiene incluso que un análisis puramente económico sobre la eficiencia de la negativa podría excluir el carácter prohibido del hecho. En estos casos, habría que proceder como el de “rule of reason” de la ley antitrust norteamericana, para demostrar que la conducta que niega la venta o la compra de bienes o servicios ofrece finalmente una mayor eficiencia para el mercado.⁴¹

No puede sancionarse una conducta penalmente cuando no se conocen si los hechos realizados son punibles, y la determinación de éstos corresponde a la autoridad administrativa o a la jurisdicción

⁴¹ *Idem*.

penal. En virtud de lo anterior, estimamos que no se puede sancionar penalmente cuando estamos ante una conducta regida por la "rule of reason".

3. La discriminación de las condiciones

Se considera supuesto de abuso de posición dominante "la aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros". Si bien la prohibición hace referencia a las condiciones comerciales en general, lo usual es que la discriminación recaiga sobre el precio. Lo primero que debe precisarse es que el trato diferenciado no se deba a cuestiones relativas al costo del producto o servicio (diferenciación de precios). En la discriminación de precios, la empresa en posición de dominio se aprovecha de esta posición para poder sacar a los distintos sectores de consumidores el máximo del precio posible, lo que significaría dejar de lado el precio establecido por la oferta y la demanda. Un trato diferente por prestaciones equivalentes solamente se admitirá, cuando se otorguen "descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones. Por otra parte, de los requisitos de la conducta prohibida puede concluirse también que no estarán sujetos a sanción los casos de discriminación de precios dirigidos a consumidores finales, ya que, en estos casos, no se coloca a ningún competidor en situación desventajosa frente a otros.

Especialmente discutible es la cuestión de si puede incluirse los casos de depredación de precios dentro del supuesto de discriminación de precios. Por depredación de precios se entiende la práctica realizada por una empresa con posición de dominio que reduce sus precios por debajo de sus costos con la intención de generar pérdidas a sus competidores y así eliminarlos del mercado. Parte de la doctrina entiende, con razón, que esta inclusión no resulta posible en la medida que no se ha comprendido en el mencionado supuesto de abuso de posición de dominio los casos de "entorpecimientos" u

"obstaculizaciones". La no contemplación expresa de este supuesto lleva a su exclusión del ámbito de lo penalmente prohibido, aunque cabe señalar que ello no evita la sanción administrativa.⁴²

Un elemento, que ha puesto de relieve González de Cossío, es la necesidad de que la conducta infringida conlleve un daño a la competencia; no basta con que exista dicha discriminación —que en muchos casos resulta justificada en el ámbito de los negocios—, sino que es necesario que implique desplazamiento de competidores, impedir el acceso al mercado por parte de otros agentes económicos o establecer ventajas indebidas en perjuicio de uno o varios sujetos (art. 10, LFCE).

4. Imposición de cláusulas atadas

La ley peruana recoge como último supuesto específico de abuso de posición de dominio los casos en que una empresa dominante subordina "la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos. En este supuesto de abuso debe existir una cierta coerción por parte de la empresa con posición de dominio para que la otra parte contractual adquiera otro producto o servicio diferente. Por el contrario, si existe una justificación económica de la atadura comercial (mantenimiento idóneo de maquinarias, por ejemplo) la prohibición dejará de tener efecto.

Algunos autores incluyen dentro de este supuesto los casos de convenios de exclusividad. Tales convenios se encuentran en general, admitidos por la legislación civil. No obstante, en caso de ser realizados por una empresa con posición de dominio en el mercado, podrían restringir la libre competencia en la medida que se limitaría la entrada al mercado de otros productos hasta que se desarrollen otros canales de distribución. Por esta razón, la doctrina no niega castigar este supuesto de abuso de posición de dominio. Sin embargo, la necesidad jurídico-penal de una tipificación previa de la conducta prohibida impide su castigo en el ámbito penal.⁴³

⁴² *Ibidem*, pp. 49 y 50.

⁴³ *Ibidem*, pp. 52 y 53.

La exclusividad en México está permitida en términos generales por la libertad general de contratar, consagrada en el art. 1858 del Código Civil federal. Puede resultar sancionable, cuando encuadra en los supuestos de las prácticas monopólicas relativas previstas en los arts. 10 a 13, LFCE, lo cual hemos estudiado en otra parte, y no constituyen objeto del presente análisis.⁴⁴

5. Prácticas colusorias

La modalidad de prácticas colusorias contempladas en el art. 232 del CP consiste en participar en prácticas o acuerdos restrictivos de la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia. Como puede apreciarse, las prácticas colusorias se prohíben penalmente por su objeto o finalidad: impedir, restringir o distorsionar la libre competencia. Esta prohibición se levanta, sin embargo, si se trata de empresas vinculadas en las que existe una unidad de control, pues la libertad de organización al interior de un grupo económico no puede limitarse de una manera sustancial que impida la propia realización de una política económica común. Podría decirse que en estos casos la finalidad de afectar la competencia es reemplazada por la finalidad de organizar adecuadamente la explotación económica de un mismo grupo de empresas.⁴⁵

La LFCE sanciona, *per se*, los acuerdos colusivos de fijación de precios, de reparto de mercados, de acuerdos de producción o de manipulación de licitaciones, sin analizar los efectos procompetitivos que pueden generarse de esta serie de conductas.

Las prácticas colusorias sancionadas penalmente se encuentran especificadas en el art. 6, incisos a), b), c), d), e), f), g), h) e i) del Decreto Legislativo 701.

A. Concertación de precios u otras condiciones de comercialización

El Decreto, en su art. 6, prohíbe la fijación concertada entre competidores de precios o de otras condiciones comerciales o de servicios.

Se trata de una concertación entre varias empresas sobre el precio o las condiciones de comercialización de bienes o servicios. La última modificación del art. 6 amplió los supuestos a los llamados casos de concertación indirecta, de manera tal que en la actualidad se castigan también las actuaciones unilaterales que han terminado efectivamente en una práctica común (recomendaciones exitosas, por ejemplo). En esta modificación se incluyó también la concertación de precios de bienes, no limitándose la prohibición a los precios de los bienes.

En cuanto a la determinación de la conducta prohibida, cabe señalar que hasta antes de la reforma del art. 6, la concertación de precios no se prohibía administrativamente si la misma resultaba justificada. Este elemento de ponderación constituía una especie de "rule of reason" que permitía la concertación si traía consigo un beneficio para el mercado. Posteriormente, sin embargo, se eliminó la posibilidad de una justificación de la concertación de precios o condiciones de comercialización, de forma tal que la infracción se presentaría como una regla *per se* de esta concertación, aun cuando contuviese, por ejemplo, precios razonables para el mercado. No obstante, a partir de una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia se le ha negado a este supuesto el carácter de regla *per se* y se ha admitido nuevamente que, en casos muy excepcionales, esta conducta podría quedar exenta de reproche y sanciones administrativas si trae consigo efectos beneficiosos que superen el perjuicio causado a los consumidores y a la competencia.

Como resulta lógico, en el ámbito penal no podemos seguir ciegamente los criterios desarrollados en el derecho administrativo sancionador. Si bien existe una accesoriedad administrativa de la ley penal, el juez penal no debe determinar la responsabilidad penal a partir de las reglas de imputación utilizadas en el derecho administrativo sancionador. La accesoriedad administrativa en derecho penal exige únicamente una ausencia de contradicción entre ambos ámbitos jurídicos, pero no romper una unidad de criterios. Sostener lo contrario significaría romper la idea de diferenciación funcional al interior del sistema jurídico. Por esta razón, y atendiendo a las propias particularidades del derecho penal, una concertación de precios no puede ser una prohibición penal *per se* (algo que se niega ya en el propio ámbito administrativo), pues siempre resulta posible desvir-

⁴⁴ Cfr. Ginebra Serrabou, Xavier, *Derecho de la competencia*, Cárdenas Editor, México, 2001.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 53.

tuar la antijuridicidad del hecho recurriendo a causas de justificación jurídico-penales, por ejemplo, un estado de necesidad. Los rasgos particulares de la prohibición administrativa podrán influir en los elementos típicos de la conducta (delito de peligro abstracto), pero no adelantar un juicio sobre el injusto jurídico-penal.⁴⁶

Lo anterior no resulta aplicable en México, dado que el reparto de mercados es una prohibición *per se*, prevista en el art. 9, frac. III, de la LFCE, por lo que siempre se tratará de una conducta sancionable, y en el caso en que fuera tipificable en los elementos del cuerpo del delito, actualizaría un delito contra la economía pública.

B. Reparto de mercado y de las fuentes de aprovisionamiento

Algunos autores señalan que el reparto de mercado y fuentes de aprovisionamiento estaría incluido ya en la prohibición de la concertación sobre condiciones de comercialización del inciso a) del art. 6, por lo que se trataría de una especificación un tanto innecesaria. En cualquier caso, su reiteración expresa como práctica colusoria tampoco perjudica al sistema de protección de la libre competencia. Mucho más importante resulta la discusión de su carácter *per se* en el ámbito administrativo, sobre todo a partir de la derogación de los ámbitos de excepción en las prácticas colusorias. En la jurisprudencia de otros países ha terminado por imponerse el parecer que sostiene que el reparto de mercado o de fuentes de aprovisionamiento no tiene que ser ilegal *per se*, sino que podría admitirse cuando se deriva de un contrato legítimo y favorece las condiciones de competencia. En este sentido, se estaría permitiendo el uso de una regla de razón para excluir su prohibición. Esta línea jurisprudencial puede tener en la actualidad respaldo en el sistema jurídico peruano, en la medida en la que la reciente jurisprudencia de la Sala de Defensa de la Competencia ha admitido supuestos excepcionales en los que la conducta prohibida se encuentra exenta de sanción administrativa. En el ámbito penal, por el contrario, la existencia de reglas *per se* significaría negar la categoría de antijuridicidad penal, por lo que tales reglas no resultan de recibo.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 54 y 55.

En nuestra realidad nacional, el reparto del mercado ha sobrevenido teniendo lugar desde ciertos organismos estatales con gobiernos municipales. No obstante, y aunque se trate de hechos que afectan igualmente la competencia, parece que la legislación peruana no los incluye. En este sentido, la actual conformación de la Comisión de Acceso al Mercado encargada de controlar las barreras burocráticas que impidan u obstaculicen el acceso o permanencia en el mercado, resultaría el lugar más adecuado para cuestionar los repartos de mercado que puedan imponer determinadas instituciones públicas. En el ámbito penal cabrá la posibilidad de plantear si la autoridad pública, al excederse en sus funciones, ha cometido o no delito de abuso de autoridad.⁴⁷

En el derecho mexicano el reparto de mercados (art. 9, frac. III, LFCE) constituye una práctica distinta al reparto de fuentes de aprovisionamiento, que si acaso —esta última—, sería tipificable como una práctica monopólica relativa. Sin embargo, ambas se consideran conductas sancionables bajo el Código Penal mexicano, si se trata de bienes necesarios para el consumo popular o la economía nacional.

Reparto de las cuotas de producción (art. 6, inciso c): El reparto de cuotas de producción presupone un control de la oferta y, por tanto, una alteración anticompetitiva de los precios. En el ámbito administrativo parecería traducirse en una prohibición *per se*. Sin embargo, la experiencia de las agencias de la competencia en otros países muestra cómo a veces un reparto de cuotas de producción permite salvar del colapso a un determinado sector de la producción que ve peligrar su capacidad de producción de beneficios. En la Unión Europea, por ejemplo, se ha recurrido, en casos como éstos, a normas excepcionales que permiten eventualmente un “cártel de crisis”. En Perú y en México, habrá que considerar la introducción de similares normas excepcionales en el ámbito administrativo y no dejar únicamente la decisión al buen criterio de la Comisión. Por el contrario, las normas generales del derecho penal permiten hacer una ponderación en sede de antijuridicidad de la conducta juzgada para decidir si, en casos excepcionales (por ejemplo, estado de necesidad), el reparto de cuotas de producción configura un injusto penalmente relevante.⁴⁸

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 55 a 57.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 57.

Sin embargo, dadas las actuales redacciones del Código Penal respecto a los delitos contra la economía nacional, de tipificarse éstos, estaríamos frente a una conducta prohibida bajo la LFCE, como bajo el CP mexicano.

—Concertación de la calidad de los productos: Si bien la legislación administrativa prohíbe la concertación sobre la calidad de los productos, resulta lógico también añadir que no toda concertación sobre la calidad de los productos constituye una conducta que afecte la libre competencia. En primer lugar, la propia norma administrativa señala que si la concertación de calidad se ajusta a normas técnicas nacionales o internacionales, tal concertación no estará prohibida. Pero aún limitándonos al ámbito de las concertaciones que no se correspondan con estándares técnicos, no cabe afirmar con carácter general, su carácter anticompetitivo. A esta conclusión, sin embargo, llevó la eliminación de los ámbitos de excepción en la legislación peruana, convirtiendo la prohibición, al menos formalmente, en una regla *per se*. Para evitar precisamente los efectos excesivos de la prohibición, la última reforma de 1996 agregó un elemento de valoración adicional (la afectación negativa al consumidor) con cuya ayuda se ha limitado el castigo sólo a los casos realmente perjudiciales de la libre competencia. De vital importancia será precisar aquello que debe entenderse como una afectación negativa del consumidor. Lo que, en cualquier caso, debe quedar claro es que tal criterio no puede reducirse a la calidad del servicio, sino que tiene que tener en cuenta otros factores como, por ejemplo, el precio.

—Discriminación concertada en las condiciones: El art. 6, inciso e, prohíbe en el ámbito de las prácticas colusorias la aplicación en las prácticas comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. Como puede verse, se trata de una discriminación de precios o condiciones que no lo hace una empresa en posición de dominio, sino varias empresas que conjuntamente pueden influir en la configuración de la competencia. De esta manera, se reemplaza la posición de dominio por la concertación entre los agentes económicos.

Los supuestos de excepción en esta práctica colusoria son los mismos que en el abuso de posición de dominio, en tanto se estable-

ce que “no constituye práctica restrictiva de la libre competencia el otorgamiento de descuentos y beneficios que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otra u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones”. Sólo la discriminación sustentada en factores ajenos a los estrictamente comerciales configura esta modalidad del delito de abuso de poder económico.⁴⁹

El CP mexicano no prevé una regulación de la discriminación de precios, ya que dicho ordenamiento se inclina más por la política de abastecimiento, que por la de la competencia económica.⁵⁰

C. Imposición concertada de cláusulas atadas

La descripción de esta práctica colusoria en el art. 6, inciso f, del Decreto Legislativo 701 resulta idéntica a la modalidad de abuso de posición de dominio del art. 6, inciso c, del mismo cuerpo legal. Esta similitud permite concluir que la conducta prohibida es, en principio, la misma. No obstante, una interpretación sistemática debe llevar a concluir que en los casos de imposición concertada no debe exigirse que el autor tenga una posición de dominio en el mercado, sino solamente la existencia de una práctica concertada por varias empresas con la finalidad de distorsionar la libre competencia. Esta diferencia tiene especiales repercusiones en el ámbito administrativo, en la medida que, como lo sostiene cierta línea jurisprudencial en Estados Unidos, la imposición de cláusulas atadas solamente resulta *per se* una prohibición en los casos en que existe una posición de dominio en el mercado. Por el contrario, en los supuestos de imposición concertada habrá que determinar si la conducta concreta ha podido distorsionar desfavorablemente la competencia. Si bien esta configuración administrativa tiene repercusión en el tipo penal, tal situación no debe llevar a aceptar prohibiciones penales *per se* que renuncien a un juicio sobre la antijuridicidad del hecho.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 58 y 59.

⁵⁰ Malamud Goti., Jaime E., *Derecho penal de la competencia. Abastecimiento-monopolios*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1984, p. 23.

La imposición concertada de cláusulas atadas constituye una variante del abuso de posición dominante, conocido como abuso colectivo, mismo que no está contemplado en la LFCE ni en el CP mexicano (Sánchez), por lo que dicha práctica no sería sancionable en derecho mexicano.

D. Negativa concertada e injustificada a contratar

La negativa concertada a contratar es un supuesto que no estaba incorporado originalmente en la redacción del art. 6 del Decreto Legislativo 701. Ha sido el Decreto legislativo 807 el que lo ha añadido a los supuestos de prácticas colusorias, que lo ha añadido a los supuestos de prácticas colusorias, asumiendo la redacción utilizada en el abuso de posición dominante en el mercado. En estos casos, el perjuicio producido a aquellos a los que se les ha negado injustificadamente contratar, no debe ser al monopolio que una empresa tiene sobre determinados bienes o servicios, sino al efecto limitador de la competencia que tiene un acuerdo entre varias empresas para negarse a comerciar injustificadamente con otra empresa. Se trata de una forma de boicot cometido por varias empresas que acuerdan conjuntamente no comerciar con determinada compañía. Pero hay que recordar que no toda negativa a contratar resulta prohibido, pues, al igual que la regulación del supuesto de abuso de posición de dominio, cabrán supuestos en los que la negativa de varias empresas se sustente en razones económicas plausibles.

Un caso bastante sonado de boicot colectivo se produjo en Estados Unidos cuando la Asociación de Diseñadores textiles (National Designers Guild) en forma concertada declaró públicamente que no venderían sus diseños a aquellas tiendas de ropa que vendieran a precios de descuento o realización. En Perú, puede citarse el caso de la Federación Nacional de Vendedores de Diarios, Revistas y Loterías de Perú que acordaron no aceptar vender el diario *La Mañana*, ya que este diario había decidido comercializar parte de su tiraje por otra vía de distribución.

Esta práctica, el boicot, está contemplado en el art. 10, frac. VI, LFCE, como la concertación entre varios agentes económicos o la invitación a éstos, para ejercer presión contra algún agente económico o para rehusarse a vender, comercializar o adquirir bienes o

servicios a un agente económico, con el propósito de disuadirlo de determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado.

E. La limitación o control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones

Este nuevo supuesto de práctica colusoria fue agregado al Decreto legislativo 701 por una reforma de 1996 (Decreto Legislativo 807). La razón de esta inclusión se debe a que la regulación del supuesto de reparto de cuotas de producción no incluía los supuestos de control concertado sobre las cuotas de producción, como hace en otros países. No obstante, la nueva regulación no se ha limitado al aspecto de la producción, sino que ha incluido otros aspectos igualmente importantes para el aumento y mejoramiento de la oferta de bienes y servicios tales como la distribución, el desarrollo técnico y las inversiones.

Un control concertado de la producción se presentó, por ejemplo, en el tan citado caso del “cártel del pollo”, en donde las empresas avícolas y la Asociación Peruana de Avicultura concertaron, entre otras cosas, los volúmenes y otros aspectos de la producción de pollo con la finalidad de influir en los precios.⁵¹

La legislación mexicana de competencia establece un régimen muy limitado en cuanto a prácticas monopólicas absolutas, limitándola a acuerdos de precios, fijación de mercados, acuerdos de producción y licitaciones colusorias (art. 9 LFCE); deja de lado el control sobre la distribución, el progreso técnico o las inversiones, por lo que abogamos por una reforma legal que implique un tipo más abierto.

F. Licitaciones colusorias

El art. 6, inciso i, del Decreto Legislativo 701 considera como una práctica colusoria el establecimiento, la coordinación o la concertación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas. Sobre la ilicitud de esta conducta no cabe la menor duda, ya que niega la

⁵¹ García Cavero, Percy, *op. cit.*, pp. 59 a 61.

competencia en los procesos de selección para contrataciones y adquisiciones del Estado, así como en las ofertas o subastas públicas. No obstante, su tratamiento dentro del delito de abuso económico presenta serias dificultades, en la medida que el art. 241, inciso 3, del CP contempla expresamente este supuesto. Ante esta duplicidad regulatoria, deberá precisarse el tipo penal que resulte más adecuado para reprimir las licitaciones colusorias.

a) Tipo subjetivo

El delito previsto en el art. 232 del CP requiere, en concordancia con el art. 12 del CP, el dolo del autor. En este sentido, debe imputársele al autor el conocimiento de que ha abusado de su posición de dominio en el mercado o que ha celebrado acuerdos restrictivos de la libre competencia. Ciertas dificultades se presentan en esta imputación de conocimiento en lo que se refiere a los aspectos establecidos por la regulación administrativa de las prácticas contra la libre competencia, cuya relevancia en el tipo penal se encontraría sustentada en la exigencia de que la conducta típica haya infringido la ley de la materia, esto es, el Decreto legislativo 701. Un conocimiento pormenorizado de aspectos como el porcentaje exacto de participación en el mercado de la empresa o la determinación del mercado relevante no tiene que exigirse en la imputación del dolo. Conviene recordar que la ley administrativa a la que remite la ley penal en blanco no establece aspectos complementarios de la conducta prohibida, sino que se ocupa solamente en precisar los elementos ya establecidos en el tipo penal. En este sentido, la imputación de conocimiento que fundamenta el dolo no requiere entrar en los aspectos concretamente regulados por la normativa administrativa, sino que desde la regulación general del tipo penal cabe realizar ya la imputación de conocimiento con base en las competencias de conocimiento del autor y sus concretas circunstancias personales.

Por consiguiente, si un empresario de varios años cuya empresa tiene una posición relevante en el mercado, se aprovecha de esta situación para excluir a los otros competidores, no podrá alegar desconocimiento de que tenía una posición de dominio o que su conducta estaba prohibida, pues su posición personal autoriza la imputación de conocimiento de estos aspectos. En este caso, el dolo se encontrará

perfectamente fundamentado, a no ser que otros hechos relevantes de su situación personal lo hagan entrar en una situación de error, como sería el caso de informes técnicos defectuosos.⁵²

El CP mexicano no prevé expresamente el dolo dentro de los delitos del orden económico o contra la economía pública, pero por lo señalado de que difícilmente una empresa que se encuentra en posición monopólica ignora dicha situación, podemos concebir que –al menos de manera tácita– el CP exige el dolo para la configuración del delito.

b) Penalidad

La pena contemplada para el delito de abuso de poder económico es múltiple, en la medida que establece la imposición conjunta de una pena privativa de la libertad (de dos a seis años), multa e inhabilitación para el ejercicio de la profesión, comercio, arte o industria. No cabe duda que en conjunto la penalidad prevista resulta severa, pero si nos atenemos a las posibilidades de manejo individual podría restringirse su efecto disuasorio. Por ejemplo, la pena privativa de libertad podría manejarse con una suspensión condicional de su ejecución, mientras que la multa podría ser asumida perfectamente por la empresa, la que tomaría en cuenta esta cantidad entre sus “costos” y se la trasladaría finalmente al consumidor. Quizá la pena de inhabilitación pueda ser la más difícil de capear, aunque siempre cabe utilizar en los negocios a un testaferro u hombre de paja para poder seguir en labores de administración a pesar de sufrir una inhabilitación en virtud de una sentencia condenatoria. Por todo ello, quizá resultaría más adecuada la propuesta discutida en los años sesenta en Alemania de hacer efectivas las penas privativas de libertad cortas en los delitos económicos o, en cualquier caso, elevar la penalidad de manera tal que se limiten las posibilidades de una suspensión condicional de la ejecución de la pena.⁵³

G. Los cárteles de licitación

El tipo penal que regula los cárteles de licitación sanciona los atentados contra la libre competencia en el ámbito concreto de las licitacio-

⁵² *Ibidem*, pp. 4-63.

⁵³ *Ibidem*, pp. 61-67.

nes y concursos públicos en la contratación y adquisición de bienes y servicios del Estado, así como en los remates públicos. Aunque las conductas tipificadas como cárteles de licitación puedan afectar otros bienes jurídicos del Estado (patrimonio) o de particulares (libertad o patrimonio), su configuración típica como delito económico gira en torno a la idea de libre competencia. Por esta razón, la interpretación del tipo penal no debe limitarse a la forma cómo se lesionan los procesos de selección y de oferta pública, sino que debe poner énfasis en la afectación a tales procesos.

Un sector de la doctrina entiende, sin embargo, que el tipo en comento protege el buen funcionamiento de la administración pública, ya que es la administración la que parece como convocante de los procesos de selección y oferta pública. Si bien esta afirmación resulta indiscutible en las licitaciones y concursos públicos, no puede extenderse con la misma validez al ámbito de los remates públicos. El hecho de que el remate público sea un proceso público no quiere decir necesariamente que tengan lugar en el marco de la actividad de la administración pública, sino que se trata de un proceso abierto al público, y por tanto, abierto a la competencia. En este sentido, también particulares podrán convocar remates públicos (lo que resulta discutible en derecho mexicano) sin intervención de la administración pública (algo que sucede cada vez con mayor frecuencia gracias a los medios de comunicación electrónica) y verse perjudicados por un manejo ilegal de las posturas. En conclusión puede señalarse que la afectación a la función de la administración pública no es un requisito *sine qua non* para la configuración del delito tipificado en el art. 241 del CP.

a) Sujeto activo

La figura delictiva de cárteles de licitación puede ser realizada por cualquier persona, ya que se trata de un delito común. Si bien en algunos supuestos es necesario cumplir con algunos requisitos para poder ser proveedor de la administración pública o postor en un remate público, en principio cualquier persona puede tener acceso a tal situación, en la medida que cumpla con los requisitos exigidos. Las exigencias administrativas no delimitan el círculo de autores, sino el ámbito social de vulnerabilidad del bien jurídico. En el caso

de personas jurídicas, habrá que individualizar las competencias jurídico-penales de las personas naturales que componen su estructura organizativa. Como autor del delito podrá responder cualquier miembro de la empresa, no requiriéndose poseer un cargo directivo o de representación.

b) Acción típica

El delito de cárteles de licitación se realiza en un determinado contexto social: las licitaciones, concursos y remates públicos. Para precisar el contenido de los elementos licitaciones y concursos públicos debemos recurrir a la legislación administrativa del Estado.

La acción típica del delito de cárteles de licitación contiene tres modalidades de realización del tipo, cada una suficiente para configurar por sí misma el delito. Si bien las dos primeras modalidades muestran con mayor claridad su desvalor para los medios empleados (corrupción y coacción), no menos lesiva se presenta la tercera modalidad (colusión), si se atiende al perjuicio que ocasiona en la configuración libre de los precios. Esta gravedad por el resultado de la tercera modalidad del delito de cártel de licitación aconseja, por otra parte, establecer una delimitación cuantitativa con el ilícito administrativo que sanciona esta misma conducta, algo que ciertamente no se ha hecho.

H. Corrupción en licitaciones

La corrupción en licitaciones se configura con la acción de solicitar o aceptar dádivas o promesas para no tomar parte en un remate público, en una licitación pública o en un concurso público de precios. Se trata de un supuesto específico de corrupción criminalizada penal, por razón de su gravedad, en el CP. Esta modalidad específica de cártel de licitación puede realizarse típicamente de manera unilateral (solicitar ventajas) o bilateral (aceptarlas). La ventaja que el autor se procura, puede, a su vez, ser efectiva o futura. El beneficio es efectivo cuando se trata de dádivas, es decir, de bienes de carácter patrimonial que se entregan a título de liberalidad, al decir de García Caveró. Por el contrario, el beneficio es futuro en el caso de promesas, las cuales pueden consistir en la entrega futura de un bien o la realización de

una prestación de contenido patrimonial, por ejemplo, la entrega de dinero, la condonación de deuda, la realización de un contrato, o no tomar parte de una futura licitación, concurso o remate. Un ejemplo precisamente de este último supuesto tuvo que decidirse en la jurisprudencia española cuando dos sujetos que, con ocasión en una subasta pública para adjudicar la explotación de una cantera de pizarra, se inhibieron de presentar sus posturas a fin de que la cantera le sea adjudicada a uno de ellos a un precio menor de las posturas que estaban dispuestos a ofrecer, a cambio de que el ganador alquilaría luego la cantera a otro.

I. Coacciones en las licitaciones

Como coacciones en licitaciones, se castiga el hecho de intentar alejar a los postores mediante amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio. Se trata de un delito de emprendimiento, en tanto se sanciona como conducta delictiva consumada un hecho que sólo intenta obtener un resultado ilícito. El autor actúa con el objetivo de alejar a los postores, es decir, a los competidores reales (a los que ya están inscritos para participar), o potenciales (aquellos que lo están todavía pensando) mediante medios disuasorios o fraudulentos. El disvalor típico de la conducta no se encuentra en la consecución del objetivo propuesto (no participación de otros en una licitación, concurso o remate público), sino en la acción orientada a ese resultado.

J. Licitaciones colusorias

Como tercera forma de afectar la libre competencia en las licitaciones, concursos y remates públicos se castiga la concertación entre diversas personas con el objeto de alterar el precio de adjudicación en los mencionados procesos de selección y oferta pública. No se sanciona, por tanto, todas las concertaciones tendentes a afectar la competencia en las licitaciones, concursos o remates públicos, sino solamente las que están destinadas a alterar de manera directa o indirecta el precio que debería haber resultado de una normal concurrencia de postores. En la medida en que la realización de este delito requiere de un acuerdo de personas, se tratará de un delito colectivo, pues sólo podrá ser co-

metido si dos o más personas se ponen de acuerdo en una licitación, concurso o remate públicos.

a) Tipo subjetivo

Los cárteles de licitación se sancionan a título de dolo. No cabe una realización culposa o imprudente del hecho. Al autor debe imputársele el conocimiento de la conducta realizada y su idoneidad para perjudicar la libre competencia en los procesos de selección convocados por el Estado, así como en los remates públicos. En la modalidad de las licitaciones colusorias, sin embargo, se menciona expresamente que los participantes en el acuerdo deben tener la finalidad de alterar el precio resultante del proceso de selección o remate público. Esta especificación no resulta excesiva, como, por el contrario, sostiene Abanto Vázquez, pues precisa el ámbito de prohibición penal de esta práctica colusoria. Si bien se protege de manera general la libre competencia, esto no impide que el tipo penal circunscriba la prohibición a las formas de afectación que considera más graves. En este sentido, con la exigencia de un elemento subjetivo especial (finalidad de alterar el precio) se excluye del ámbito penal supuestos de acuerdo sobre otros aspectos no referidos directa o indirectamente al precio. Tales supuestos estarían, en todo caso, abarcados por las normas administrativas.

b) Penalidad

El delito de cárteles de licitación se encuentra castigado con una pena alternativa: el juez penal puede imponer o pena privativa de libertad no mayor a tres años, o pena de multa. La probabilidad de evadir la prisión efectiva resulta muy alta, en la medida que el máximo previsto de pena autoriza aún su suspensión condicional.

Mayor virtualidad disuasoria podría atribuirse a la medida establecida para el caso de cometerse el delito del art. 241 en una licitación o concurso público. En efecto, en estos casos el juez suspenderá al autor o la empresa por él representada en el derecho a contratar con el Estado por un periodo no menor de tres ni mayor de cinco años. En el caso del autor, podría interpretarse esta pena como una inhabilitación en el ejercicio del comercio o industria. No obstante, respecto de la

empresa a la que el autor representa no podría afirmarse el carácter de pena, pues se rompería con ello el principio de *societas delinquere non potest*, aún vigente en nuestro país. Por otro lado, imponer esta “pena” a la empresa en la condena de su representante implicaría aceptar en cierta manera una especie de responsabilidad por hecho de tercero, lo cual se encuentra proscrito por el CP peruano. Por esta razón, sólo cabe entender la medida que se impone a la empresa como una consecuencia accesorias, es decir, como una medida de carácter administrativo que se toma en sede penal para evitar un doble procedimiento.⁵⁴

c) Concursos

En la medida en la que la administración pública es la que convoca los procesos de selección y, por lo general, los remates públicos, existe la posibilidad de participación de funcionarios públicos en el delito del art. 241. En este sentido, el funcionamiento público puede aparecer no sólo como partícipe en el delito de cártel de licitación, sino también como autor de algún otro delito contra la administración pública. El abuso del cargo de funcionario público puede llevar a la realización conjunta de otros ilícitos como el abuso de autoridad, la negociación incompatible o el cohecho. Por el contrario, conviene destacar que el funcionario público que participe en el cártel de licitación no realizará el tipo autónomo de colusión ilegal, sino que deberá ser castigado sólo como partícipe en el delito de cárteles de licitación. La razón de la inaplicación del delito de colusión ilegal se encuentra en que la descripción típica de este delito se ubica en etapas posteriores al proceso de selección de proveedores y no en la etapa anterior al mismo.

La realización del delito de cárteles de licitación, en su modalidad de coacciones en licitaciones presenta una situación de concurso con el delito de coacciones. Para poder decidir el tipo penal aplicable, hay que señalar primero que se trata de un concurso de leyes, en la medida en la que el disvalor del hecho delictivo se encuentra absorbido plenamente por ambos tipos penales en concurso. En este sentido, habrá que recurrir a alguno de los criterios establecidos para solucionar

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 67 a 74.

los casos de concurso de leyes, siendo el criterio más adecuado para este supuesto el principio de subsidiariedad. En efecto, en la doctrina penal se reconoce que el delito de coacciones es un delito subsidiario frente a otros delitos que afectan la libertad, de manera tal que el tipo penal de coacciones solamente podrá aplicarse en el caso de no ser posible la subsunción del hecho en otro tipo penal.⁵⁵

Los acuerdos colusorios de participación en licitaciones públicas, no es tan grave —a nuestro juicio—, que otro género de conductas colusivas. En efecto, cuando el Estado actúa en su carácter de comprador de bienes o servicios, adquiere en régimen de monopsonio (monopolio de compra), por lo que todos los daños que el monopolio supone para el desarrollo de una economía lo constituye el monopsonio. En buena medida, tales conductas se realizan como una manera de disminuir el poder de mercado de las empresas adquirentes, por lo que se da un fenómeno similar al de la compensación de culpas del derecho común (esto es, la falta de uno, se compensa con la falta del otro), por lo que no entendemos: a) por qué el CP peruano le dedica tantas reglamentaciones; b) por qué tiene sanciones tan altas y c) con qué fundamento se sancionan en derecho mexicano al igual que el resto de conductas colusorias entre competidores.

VII. LOS DELITOS CONTRA LA COMPETENCIA EN EL DERECHO MEXICANO

El examen de los artículos contra la economía pública, dentro de los delitos contra el consumo y la riqueza nacionales, deja ver una preocupación legal por el interés económico básico de la masa indeterminada de los ciudadanos. Tratándose del consumo la ley alude expresamente a los artículos de consumo necesario o generalizado, a la afectación que experimente el abasto de los consumidores, al mantenimiento de las mercancías en injusto precio, a los precios exagerados que por diversas conductas en ella descritas deban pagar los consumidores o usuarios.

En cuanto a la riqueza pública, la preocupación legal recae sobre el patrimonio natural en que se asienta la solidez de la economía nacional, como árboles, medios de producción, plantas, acervo zoológico

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 74 y 75.

del país, agua de riego. Es ciertamente inevitable un entrelazamiento de aquel interés con otros también legalmente protegidos, como la actividad industrial y las materias primas y demás insumos que ella requiere, la regularidad y lealtad del comercio y la normalidad del mercado interior.⁵⁶

Las consideraciones sobre este delito incluidas en nuestra legislación, han cambiado de acuerdo con el contexto político y la ideología económica preponderante en el momento; así, se observa en el Código Penal de 1871, una marcada tendencia liberal, destinada a proteger “la libre actividad económica”; situación que se modifica a comienzos del siglo XX, con la entrada en vigor de la nueva constitución, y la introducción de ideas sociales, que se plasman en los ordenamientos penales posteriores.

El CP de 1871, preveía en el Libro III, capítulo XIII, un conjunto de preceptos concebidos con el claro objetivo de tutelar los principios que deberían regir la economía según los partidarios de la ideología liberal, triunfadores en la guerra de Reforma; se protegía el libre ejercicio de la industria, el libre comercio, la libertad de efectuar y participar en remates públicos.

El CP de 1929, influenciado notoriamente por el sentido social que se agregará a las ideas políticas y económicas del país a partir de la Constitución de 1917, que no sólo prohibía los monopolios en su art. 28 (protegiendo con ello el libre mercado), sino también incluía disposiciones de carácter social, principalmente en sus arts. 3, 27 y 123.

De tal suerte, el CP de 1929 incluyó en su libro III, título XII, en el capítulo I, los llamados “delitos contra el comercio y la industria”. En este capítulo se incluían hipótesis penales de toda índole, tutelando no sólo las disposiciones meramente liberales, heredadas del CP de 1871, sino también los principios constitucionales estipulados por la Carta Magna de 1917, ocasionando notables confusiones.

El CP vigente actualmente, ubicó los delitos que ahora estudiamos dentro de su libro segundo, en el título Décimo cuarto denominado “Delitos contra la economía pública”; en el texto original, se incluían tres capítulos: “Delitos contra el comercio y la industria” (denominación heredada de 1929), así como los castigos relativos

⁵⁶ López Betancourt, Eduardo, *Delitos en particular*, Porrúa, t. IV, México, 2004, pp. 340 y 341.

a “Vagos y malvivientes” (capítulo II) y a los juegos prohibidos (capítulo III).

La nueva disposición sistemática del código, erradicó los antiguos tipos que tutelaban la libertad de comercio, industria y remates públicos, preservando sólo los principios señalados en el artículo 28 de la Carta Magna.

Con las reformas introducidas al CP el 5 de enero de 1955, el 5 de diciembre de 1979 y el 30 de diciembre de 1989, se modificó el nombre del capítulo I y el contenido de algunos artículos, quedando como actualmente se conserva, “Delitos contra el consumo y la riqueza nacionales”.

1. Análisis dogmático de los delitos contra el consumo y la riqueza nacionales

2. Clasificación del delito

a) En función de su gravedad

Este criterio de clasificación, abarca dos vertientes:

1. Clasificación bipartita.
2. Clasificación tripartita.

En nuestro país, la clasificación bipartita es la que prevalece. De acuerdo con ésta, las conductas en análisis son delitos.

b) En orden a la conducta del agente

Existen dos formas de conducta a través de las cuales el sujeto activo puede cometer el ilícito, a saber:

1. *Acción*. Por requerir de un movimiento corporal del agente al cometer el ilícito.
2. *Omisión*. El sujeto exterioriza su voluntad mediante una inactividad, al no efectuar la acción debida u ordenada en la ley.

Los delitos contra el consumo y riqueza nacionales, pueden cometerse tanto por acción como por omisión, en virtud de lo establecido

por el art. 253. Son actos u omisiones que afectan gravemente el consumo nacional.

c) Por el resultado

Dicta la doctrina, que en función del efecto que producen los actos ilícitos, se dividen en formales y materiales.

Los delitos aquí analizados son materiales, en virtud del resultado acarreado por la conducta criminal.

d) Por el daño que causan

Dentro de este rubro, los ilícitos pueden ser de lesión y de peligro. Los delitos en estudio pertenecen al grupo del de lesión, pues ocasionan un daño directo y efectivo al bien jurídicamente tutelado.

e) Por su duración

Dentro de este ámbito, los delitos se dividen, para su estudio, en instantáneos, permanentes y continuados.

1. *Instantáneos.* Se cometen mediante la realización de una acción única, o bien, de una compuesta por diversos actos que entrelazados producen el resultado, ateniéndose esencialmente a la unidad de la acción.
2. *Permanentes.* En éstos la conducta del agente se prolonga a través del tiempo. Hay continuidad en la ejecución, persistencia del propósito.
3. *Continuados.* Cuando siendo acciones dañosas diversas, producen una sola acción lesiva, varios actos y una sola lesión.

De acuerdo con esto, los delitos contra el consumo y la riqueza nacionales, pueden ser tanto instantáneos, si se agota en su misma consumación; permanentes, si la conducta ilícita se prolonga a través del tiempo; y acto continuado, cuando se verifica mediante diversas acciones discontinuas.

f) Por el elemento interno

Antiguamente se consideraban tres categorías, quedando actualmente sólo dos en nuestra legislación:

1. *Culposos.* Cuando el agente no tiene la intención de delinquir pero actúa con imprudencia, negligencia, descuido o torpeza.
2. *Dolosos.* Cuando existe la plena y absoluta intención del agente para cometer el delito.

Los delitos contra el consumo y la riqueza nacionales son de naturaleza dolosa, pues se requiere la realización de actos u omisiones voluntarios de parte del agente; que tenga la intención de medrar en la economía nacional, buscando o no provecho propio.

g) En función de su estructura

Nos dice la doctrina que los delitos pueden ser simples o complejos, dependiendo del número de bienes jurídicamente tutelados, es decir, de las lesiones jurídicas que se provocan.

Los delitos contra el consumo y la riqueza nacionales son delitos simples, en virtud de que el bien jurídico tutelado es la economía pública, entendida como la producción, distribución y consumo de bienes y servicios en el país.

h) En relación con el número de actos integrantes de la acción típica

Esta categoría se refiere se refiere al número de actos necesarios para su consumación, a saber:

1. *Unisubsistentes.* El agente lleva a cabo su propósito con la ejecución de un solo movimiento, se realiza un acto para su tipificación, que no puede fraccionarse en varios.
2. *Plurisubsistentes.* Necesariamente se requiere la concurrencia de dos o más acciones en su realización, se pueden dividir en varios sucesos, que al fusionarse producen la unidad delictiva, por ser el fin mismo del agente.

El delito en análisis es unisubsistente y requiere la actualización de una sola de las hipótesis marcadas en el código para quedar configurado.

i) En relación con el número de sujetos que intervienen en el hecho típico

Recordemos que esta categoría distingue dos tipos de delito:

1. *Unisubjetivo*. Cuando el tipo se colma con la participación de una sola persona.
2. *Plurisubjetivo*. Cuando el tipo penal exige la participación obligada de dos o más individuos.

El delito en estudio pertenece a la clasificación de los unisubjetivos, en virtud de que la ley no establece como requisito indispensable para su configuración la presencia de dos o más sujetos:

j) Por su forma de persecución

Los delitos contra el consumo y la riqueza nacionales son perseguibles de oficio.

k) En función de su materia

Los delitos contra el consumo y la riqueza nacionales son de carácter federal y local. Dejó de ser materia común al ser derogado por el Decreto publicado en la *Gaceta Oficial* del D. F., el 17 de septiembre de 1999, el cual entró en vigor el 1 de octubre de ese año.

l) Clasificación legal

Al título Decimocuarto pertenecen los Delitos contra la economía pública, del libro segundo del Código Penal.

Imputabilidad e inimputabilidad

a) Imputabilidad

La imputabilidad es la capacidad plena de querer y entender en el campo del derecho penal.

b) Acciones libres en su causa

Las disposiciones relativas a la *actio libera in causa*, son aplicables también en el caso de los delitos contra el consumo y la riqueza nacionales, si el agente se ha colocado voluntariamente en estado de inimputabilidad, su conducta es punible.

c) Inimputabilidad

El aspecto negativo de la imputabilidad, entendido como la capacidad de querer y entender en el ámbito del derecho penal.

Cabe recordar, que son consideradas como causas de inimputabilidad las siguientes:

1. Inmadurez mental.
2. Trastorno mental transitorio.
3. Falta de salud mental.
4. Miedo grave.

La conducta y su ausencia

A) La conducta

a) Clasificación

En relación con la conducta del agente los delitos se clasifican en delitos de acción, y de omisión, y estos últimos a su vez se subdividen en ilícitos de omisión simple y de comisión por omisión.

El delito en estudio es de acción y de comisión por omisión, en virtud de que su realización exige de parte del agente el despliegue de actos corpóreos, o alguna omisión que ocasione resultados materiales.

Señala el art. 253 del CP: Son actos u omisiones que afectan gravemente el consumo nacional.

b) Sujetos

1. *Sujeto activo*. Llámese así al agente del delito, quien mediante una conducta, sea ésta de carácter positivo o negativo, realiza un hecho tipificado en la ley como delito.

Como la ley no establece calidad alguna para el sujeto activo en estos delitos, podrá ser cualquier persona.

2. *Sujeto pasivo*: Es el titular del bien jurídicamente dañado o puesto en peligro por la comisión del acto ilícito; para el delito en análisis, se trata de una persona jurídica colectiva, es decir, la sociedad en su conjunto.
3. *Ofendido*: Se trata de quien resiente directamente el daño ocasionado por el delito. Además de lo considerado en el párrafo anterior, los ofendidos en el delito en estudio serán quienes sufren las consecuencias materiales del acto, por ejemplo, los consumidores.

c) Objeto del delito

Distinguimos dos tipos de objetos: el objeto jurídico, consistente en el bien jurídico tutelado por el ordenamiento punitivo, y el objeto material, consistente en la persona o cosa sobre la que recae el delito.

Dentro del delito en análisis, el objeto jurídico es la economía pública. El objeto material, se equipara a los bienes de consumo o de producción que motiven la comisión de este ilícito.

d) Lugar y tiempo de la comisión del delito

Los arts. 4 y 5 del CP federal establece cuándo habrán de sancionarse los delitos con arreglo a las leyes federales del país.

B) Ausencia de conducta

La ausencia de conducta, identificada como aspecto negativo del delito, puede presentarse por las siguientes hipótesis:

- Fuerza mayor.
- Fuerza física superior o irresistible
- Hipnotismo.
- Sonambulismo.

Tipicidad y atipicidad

A) Tipicidad

a) Tipo penal

Es definido como la descripción de una conducta ilícita plasmada por el legislador en el ordenamiento legal.

Título Decimocuarto: Delitos contra la economía pública:

Artículo 253: Son actos u omisiones que afectan gravemente al consumo nacional y se sancionarán con prisión de tres a diez años, y con doscientos a mil días multa, los siguientes:

- I. Los relacionados con artículos de consumo necesario o generalizado o con las materias primas necesarias para elaborarlos, así como con las materias primas esenciales para la actividad de la industria nacional, que consistan en:
 - a) El acaparamiento, ocultación o injustificada negativa para su venta, con el objeto de obtener un alza en los precios o afectar el abasto de los consumidores.
 - b) Todo acto o procedimiento que evite o dificulte, o se proponga evitar o dificultar la libre concurrencia en la producción o en el comercio.
 - c) La limitación de la producción o el manejo que se haga de la misma, con el propósito de mantener las mercancías en injusto precio.
 - d) Todo acuerdo o combinación, de cualquier manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes o transportistas, para evitar la competencia entre sí y traiga como consecuencia que los consumidores o usuarios paguen precios exagerados.
 - e) La suspensión de la producción, procesamiento, distribución, oferta o venta de mercancías o de la prestación de servicios, que efectúen los industriales, comerciantes, productores, empresarios o prestadores de servicios, con

el objeto de obtener un alza en los precios o se frene el abasto de los consumidores.

Si se depone la conducta ilícita dentro de los dos días hábiles siguientes al momento en que la autoridad administrativa competente lo requiera, la sanción aplicable será de seis meses a tres años de prisión, o de cien a quinientos días multa.

- f) La exportación, sin permiso de la autoridad competente, cuando éste sea necesario de acuerdo con las disposiciones legales aplicables.
- g) La venta con inmoderado lucro, por los productores, distribuidores o comerciantes en general. En los casos de que el lucro indebido sea inferior al equivalente a sesenta días del salario mínimo general vigente en la región y en el momento donde se consuma el delito, se sancionará con prisión de dos a seis años y de sesenta a trescientos días multa.
- h) Distraer, para usos distintos mercancías que hayan sido surtidas para un fin determinado, por una entidad pública o por sus distribuidores, cuando el precio a que se hubiese entregado la mercancía sea inferior al que tenga si se destina a otros usos.

En cualquiera de los casos señalados en las fracciones anteriores el juez podrá ordenar, además, la suspensión hasta por un año o la disolución de la empresa de la que el delincuente sea miembro o representante, si concurren las circunstancias mencionadas en el art. 11 de este Código.

En los casos de los incisos a), f) y de la fracción I y IV de este artículo, la autoridad que tenga conocimiento de los hechos procederá de inmediato a depositar los bienes de consumo necesario o generalizado, las materias primas para elaborarlos o las materias primas esenciales para la actividad industrial nacional. El depósito se efectuará en un almacén general de depósito que sea organización auxiliar del crédito y los bienes serán genéricamente designados, en los términos del artículo 281 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito; cuando se trate de bienes cuya naturaleza no permita el depósito genérico, se constituirá

el específico, señalando asimismo, el plazo y condiciones en que habrá de procederse a su venta o destrucción conforme a lo que establece el artículo 282 de la misma Ley. El certificado de depósito que se expida tendrá el carácter de no negociable y será remitido al Ministerio Público, o, en su caso, al Juez que conozca del proceso, para los efectos que procedan.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará sin perjuicio de las medidas y sanciones administrativas que establezcan las leyes correspondientes.

Art. 253 bis (se deroga)

Artículo 254:

Se aplicarán igualmente las sanciones del artículo 253:

- I. Por destrucción indebida de materias primas, productos agrícolas e industriales o medios de producción, que se haga con perjuicio del consumo nacional.
- II. Cuando se ocasione la difusión de una enfermedad de las plantas o de los animales con peligro para la economía rural.
- III. Cuando se publiquen noticias falsas, exageradas o tendenciosas o por cualquier otro medio indebido se produzcan trastornos en el mercado interior, ya sea tratándose de mercancías, de mercancías, de monedas o títulos y efectos de comercio.
- IV. Al que dolosamente, en operaciones mercantiles exporte mercancías nacionales de calidad inferior, o en menor cantidad de lo convenido
- VI. A los funcionarios y empleados de cualquier entidad o dependencia pública que entreguen estos insumos a quienes no tengan derecho de recibirlos; o que indebidamente nieguen o retarden la entrega la entrega a quienes tengan derecho a recibirlos, se harán acreedores a las sanciones del artículo 253.

Tipicidad. Es la adecuación de la conducta del sujeto activo al tipo penal; sólo habrá delito cuando el sujeto se comporte exactamente como ha sido descrito por el legislador en el ordenamiento penal.

c) Clasificación del tipo penal

1. Por su composición: Normal.
2. Por su ordenación metodológica, fundamental.
3. Por su autonomía o independencia, autónomo

VIII. LA REFORMA APROBADA

La reforma adiciona un artículo 254 bis, y deroga artículo 253, fracción I, inciso d, todos del Código Penal Federal, para quedar como siguen:

Artículo 254 bis. Se sancionará con prisión de tres a diez años y con mil a tres mil días multa, a quien celebre, ordene o ejecute contratos, convenios o arreglos entre agentes económicos competidores, cuyo objeto sea cualquiera de los siguientes:

- I. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados;
- II. Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;
- III. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables;
- IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.

El delito previsto en este artículo se perseguirá por querrela de la Comisión Federal de Competencia, la cual sólo podrá formularse cuando la Comisión Federal de Competencia haya resuelto previamente en el ámbito de su competencia sobre los hechos materia de la querrela.

No existirá responsabilidad penal para los agentes económicos que se acojan al beneficio a que se refiere el artículo 33 bis 3 de la

Ley Federal de Competencia Económica, previa resolución de la Comisión que determine que cumple con los términos establecidos en dicha disposición y las demás aplicables.

Los procesos seguidos por este delito se sobreseerán a petición del Pleno de la Comisión, cuando los procesados cumplan las sanciones administrativas impuestas y, además se cumplan los requisitos previstos en los criterios técnicos emitidos por la Comisión. La petición anterior se hará discrecionalmente antes de que el Ministerio Público de la Federación formule conclusiones y surtirá efectos respecto de las personas a que la misma se refiera.

La acción penal prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad a que se refiere el primer párrafo de este artículo.

IX. CONCLUSIONES

Existen diferentes modos de enfocar los actos ilícitos en el derecho de la competencia: la vía administrativa, la vía penal y la doble vía fundamentalmente. Estimamos que un enfoque multidisciplinar permite una mejor persecución de las conductas anticompetitivas.

En el derecho de la competencia el bien jurídicamente tutelado es la protección de los competidores, si bien en el derecho mexicano, la LFCE estima que lo que protege ésta es el proceso de competencia y libre concurrencia. De ser así, no habría propiamente una garantía de competencia y libre concurrencia.

El derecho peruano abarca la doble persecución de las prácticas anticompetitivas, si bien exige, al decir de García Caveró, la necesidad de dolo calificado para la persecución penal de las personas.

Es sumamente discutible la responsabilidad penal de las personas morales, mismas que estimamos contrarias a los principios de culpabilidad y voluntariedad del derecho penal.

El CP peruano regula como conductas delictuales muchas de las figuras que la LFCE reputa prácticas monopólicas absolutas, como los acuerdos colusorios de precios, de reparto de mercados, de fijación de la producción o de colusión en las licitaciones. Este último es especialmente sancionable en el derecho peruano.

En México existe un desfase entre la expedición de la LFCE en 1992 y la vetusta legislación de los delitos contra la economía pública del CP mexicano, que data de muchos años de antigüedad.

Los delitos por violación a las normas de competencia en derecho mexicano, tienen más que ver con situaciones de protección frente al desabasto, y limitaciones a la competencia sobre productos básicos, que sobre la protección del proceso competitivo, tal como lo regula la LFCE.

Ante la ausencia de una reforma en el corto plazo, es necesario acudir a su utilización (las normas penales de protección de la competencia), para que las normas antimonopolio en México no sean vulneradas, vivamos un auténtico Estado de Derecho y en definitiva, alcancemos un mejor nivel internacional de competitividad, que se traduzca en mejores situaciones para la población mexicana.

En general, estimamos esta parte de la reforma como inapropiada, por la falta de adecuación de las conductas del art. 9 de la LFCE a las garantías y principios propios del derecho penal, además de que son demasiado elevadas.