



"Año de la universalización de la salud"
 "Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"

OFICIO N° 103-2020 -PR

Lima, 2 de julio de 2020

Señor

MANUEL ARTURO MERINO DE LAMA
 Presidente del Congreso de la República
 Presente.-

Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, con relación a la Ley que modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración. Al respecto, estimamos conveniente observar la misma por lo siguiente:

Consideraciones desde el ámbito del Derecho Penal

1. Los límites constitucionales a la labor legislativa en materia penal y los principios de legalidad y tipicidad:

Es muy importante considerar que todo tipo penal debe ser estructurado y diseñado sobre la base de los principios de legalidad, tipicidad, última ratio¹, subsidiariedad y fragmentariedad, además de pasar por un test de proporcionalidad² que determine su idoneidad, necesidad y la proporcionalidad de la intervención en referencia a la lesión [o puesta en peligro] grave de un bien jurídico de suma importancia, lo que incluye la determinación del marco punitivo (pena).

En un Estado Social y Democrático de Derecho, toda intervención, restricción o limitación de un derecho debe estar amparado por las garantías constitucionales, como los señalados en el punto anterior; no hacerlo conlleva una infracción directa de nuestro orden constitucional. Es evidente que estas garantías constitucionales están directamente orientadas al legislador, como parte de un bloque de protección y cautela de los derechos fundamentales respecto al *Ius Punendi* del Estado; sin estos límites constitucionales derechos como la libertad o la dignidad pueden verse mermados de manera grave, con la sobrecriminalización de conductas que sin tener relevancia penal ingresan a este bloque, o que siendo relevantes son sancionadas con penas desproporcionadas. En esta misma línea, respecto al principio de legalidad [que conlleva implícitamente el de tipicidad], es importante señalar que este es una piedra angular en la construcción de los tipos penales por parte del legislador, como lo ha

1 STC N° 00017-2012-PI/TC, FJ 10. "... la sanción penal es la ultima ratio, lo que tiene como correlato constitucional el determinar que solo es posible recurrir a la restricción de derechos (libertad personal) cuando no sea posible lograr los mismos fines a través de medidas menos restrictivas..."

2 STC N° 00010-2002-AI/TC, FFJJ 195-199.

dejado muy claro el Tribunal Constitucional, en diversas sentencias³ ⁴, y está directamente ligado a la necesidad de establecer límites al poder punitivo⁵, y es que el Derecho Penal es la forma más grave de intervención Estatal en la regulación de interacciones sociales.

Este principio de legalidad, establecido en el literal d, del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, y el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, establece que ninguna persona puede ser procesada o sancionada por una conducta (acción u omisión) que previamente no haya sido considerada como prohibida de manera expresa e inequívoca. Esto significa que, aun cuando una conducta lesiva y reprochable socialmente se presentará a diario, los sujetos que la cometen solo podrán ser sancionados o procesados por ello si el Estado previamente a su realización la definió, a través de una ley, como prohibida y por tanto merecedora de una sanción (penal o administrativa).

Pero la sujeción a este principio no se cumple con solo establecer previamente una conducta como prohibida, sino que, además, como lo señala la Constitución, esta debe estar desarrollada o definida de manera expresa e inequívoca, de modo que el receptor de la norma (es decir, la ciudadanía) entienda, sin margen de duda, cuál es el contenido de la conducta prohibida y su consecuencia; que todos los elementos que componen el supuesto prohibido permitan claridad de lo que se busca prevenir o evitar.

Aquí es donde entra en contexto el principio de tipicidad penal, a través del tipo penal, esta herramienta legal es la que describe la conducta prohibida dada por el legislador y permite identificar los límites de intervención del Derecho Penal. La verificación de una conducta con los elementos del tipo penal determina si una acción u omisión debe ser merecedora de una pena que restrinja o limite derechos fundamentales (privación de la libertad). Con ello, una consecuencia directa de lo señalado hasta aquí es la prohibición de leyes penales indeterminadas⁶.

3 STC N° 3644-2015-PHC/TC

"(...) 7. El principio de legalidad penal se encuentra consagrado en el artículo 2, inciso 24, literal "d" de la Constitución Política del Perú, según el cual "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley".

8. (...) el principio de legalidad penal se configura también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones; en tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica (...)" (Resaltado es nuestro).

⁴ STC N° 0012-2006-PI/TC

"(...) 20. ha señalado que, "El principio de legalidad penal se expresa en exigencias dirigidas tanto al legislador como a los tribunales de justicia. Ciertamente opera, en primer lugar, frente al legislador. Es la ley, en una primera instancia, la que debe garantizar que el sacrificio de los derechos de los ciudadanos sea el mínimo imprescindible y que los límites y restricciones de estos sean proporcionales. Por ello, en tanto una condena penal pueda ser razonablemente entendida como aplicación de la ley, la eventual lesión que esa aplicación pueda producir en los referidos derechos será imputable al legislador, y no al Juez."

⁵ ROXIN, Claus. *DERECHO PENAL - PARTE GENERAL, Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, Editora Jurídica Grijley, 2° Edición, CIVITAS, Madrid, 1997, p. 136 y ss.

⁶ STC N° 010-2002-AI/TC.

"(...) 44. El principio de legalidad penal ha sido consagrado en el literal «d» del inciso 24) del artículo 2. de la Constitución Política del Perú, según el cual «Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)». Igualmente, ha sido recogido por los principales instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11, numeral 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 9; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15.

45. El principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal «d» del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea «expresa e inequívoca» (*Lex certa*). (Resaltado es nuestro)

2. En esta línea argumentativa se puede señalar respecto a cada una de las propuestas, lo siguiente:
 - a. En lo que concierne al delito de abuso de poder económico, la Autógrafa de Ley busca incorporarlo nuevamente a la legislación penal en el artículo 232 del Código Penal, que fuera derogado a través del Decreto Legislativo N° 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de represión de Conductas Anticompetitivas. En ese sentido, es preciso primero analizar si es necesario volver a incorporar esta figura al ordenamiento penal, y luego, si el tipo penal cumple con límites constitucionales.

La "competencia" o "libre competencia" es base fundamental de nuestro sistema constitucional de economía social de mercado; en ese sentido, es preciso materializar formas de protección del mercado. Así, la Constitución Política del Estado establece, en su artículo 58, que "la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura". Dicho artículo puede leerse en concordancia con el artículo 60, el cual reconoce tanto el pluralismo económico como el rol subsidiario del Estado. "Se basa en dos principios del liberalismo económico: el individualismo que postula la libertad del hombre y comprende el derecho de disponer libremente de su propiedad, y el principio de que la competencia es un instrumento rector. Se diferencia porque el mercado está organizado de manera consciente bajo un sistema de reglas o instituciones, con un objetivo determinado sin desconocer que la libertad es la que rige las decisiones económicas. Y, en segundo lugar, porque los objetivos sociales se encuentran en el mismo nivel que los objetivos económicos de la eficiencia, y fomenta la participación activa de los trabajadores en el mundo de la empresa de cierta magnitud"⁷.

En ese contexto, lo que se protege a través del derecho sancionador [penal o administrativo] no es la libre competencia en sí misma, sino el adecuado funcionamiento del mercado, es decir, que la competencia se dé bajo un prisma

46. El principio de determinación del supuesto de hecho previsto en la Ley es una prescripción dirigida al legislador para que éste dote de significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre.

Esta exigencia de «*lex certa*» no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible equivocidad. Por eso se ha dicho, con razón, que «en esta materia no es posible aspirar a una precisión matemática porque ésta escapa incluso a las posibilidades del lenguaje» (CURY URZUA: Enrique: La ley penal en blanco. Temis, Bogotá, 1988, p. 69).

47. En definitiva, la certeza de la ley es perfectamente compatible, en ocasiones, con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos y así, en efecto, se ha entendido por la doctrina constitucional. (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *El Sistema Constitucional Español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 257). *El grado de indeterminación será inadmisibles, sin embargo, cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos. (En este sentido: BACIGALUPO, Enrique: Manual de Derecho Penal, Parte General. Temis. Bogotá, 1989, p.35).* Como lo ha sostenido este Tribunal en el Caso «Encuesta a boca de urna» (Exp. N.° 002-2001-AI/TC), citando el Caso Conally vs. General Cons. de la Corte Suprema Norteamericana, «una norma que prohíbe que se haga algo en términos tan confusos que hombres de inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su contenido, viola lo más esencial del principio de legalidad» (Fundamento Jurídico N.° 6).

(...) 51. El límite de lo admisible, desde el punto de vista constitucional, quedará sobrepasado en aquellos casos en que el tipo legal no contenga el núcleo fundamental de la materia de prohibición y, por lo tanto, la complementación ya no sea solo cuantitativa, sino eminentemente cualitativa (BUSTOS R., Juan: Introducción al Derecho Penal. Temis. Bogotá, 1986, p. 62; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima, 1990, p. 61)" (El resaltado es nuestro).

⁷ KRESALJA, Baido y OCHOA, César. Derecho Constitucional Económico, Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2009, p. 352.

de legalidad y transparencia, y no a través de prácticas ilícitas o desleales. Es pues, el mercado, un sistema que funciona mediante una interacción "(...) en múltiples tratativas y negociaciones comerciales y, a través de ellas, se van definiendo las condiciones de venta de los bienes sin que productores, comercializadores o consumidores tengan la capacidad de determinarlas de modo unilateral o por su sola voluntad (...)"⁸. A esta situación se le denomina "competencia perfecta". Pero el dinamismo del mercado hace que exista infinidad de conductas que pueden afectar con distinta intensidad el adecuado funcionamiento de este.

Es por ello, que con el Decreto Legislativo N° 701 (derogado) y luego a través del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de represión de conductas Anticompetitivas, se establecieron tres tipos de prácticas negativas que afectan directamente el correcto funcionamiento del mercado y la libre competencia, entendida en la doble dimensión descrita. Estas son i) el abuso de posición de dominio, ii) las prácticas colusorias horizontales y iii) las prácticas colusorias verticales, y se encargó la función de prevención y protección del mercado al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), a través de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Al mismo tiempo, se excluyó del ordenamiento penal la figura del abuso del poder de dominio.

En ese contexto, debemos recordar que en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034, sobre la derogación de la disposición que sancionaban las conductas anticompetitivas en la esfera penal se justificó porque "la experiencia práctica del Indecopi ha demostrado que la persecución administrativa – y no la persecución penal- constituye la principal forma de represión y desincentivo de prácticas anticompetitivas" y por que "el complejo análisis de los efectos anticompetitivos y la generación de eficiencias que este tipo de conductas pueden tener en el mercado, aconseja que sea un órgano técnico y administrativo el encargado de reprimirlas, sin necesidad de recurrir a sanciones más graves para los agentes económicos con las de tipo penal".

En esa misma línea, se aprobó el Decreto de Urgencia N° 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial, que tiene como finalidad promover la eficiencia en los mercados para el bienestar de los consumidores, en el cual participa el Indecopi.

Además, desde que se derogó el tipo penal de abuso de poder económico, ni de los Proyectos de Ley que sirvieron de antecedente a la Autógrafa de Ley ni del debate en el Pleno del Congreso, se ha logrado tener evidencia empírica real y objetiva, que demuestre que las medidas administrativas que protegen el libre mercado han fallado y, por lo tanto, que resulta imprescindible que el Derecho Penal debe de intervenir "nuevamente", para dar una protección adecuada al bien jurídico.

- b. Por otra parte, el delito de acaparamiento fue eliminado del Código Penal, conforme a la Segunda Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, pero su sustento no está basado en una opción legislativa, sino en que tal como estaba regulado contravenía el régimen de economía social de mercado establecido en

⁸ INDECOPI. Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos. Biblioteca Nacional del Perú. Lima —Perú, 2013, p. 28.

la Constitución Política del Perú (ya que el acaparamiento consistía en ocultar o sustraer diversos bienes de consumo o producción con la finalidad de alterar sus precios, generar la escasez de estos o el obtener lucro con las acciones descritas perjudicando a la colectividad).

Si bien se podría considerar que el bien jurídico protegido en este tipo penal son únicamente los derechos del consumidor o usuario; en realidad, estamos también ante una conducta que lesiona el correcto funcionamiento del mercado, pues su protección no se basa en servicios o productos bajo un determinado precio, sino en asegurar que este se debe a un reflejo de los costos del servicio y las informaciones necesarias de cómo actúa el precio en el mercado. Nuevamente, lo que se busca proteger son las distorsiones del mercado, las conductas ilícitas al interior de este lo que se busca proteger.

Sobre este marco, al verificar la tipificación del delito de acaparamiento propuesto, se evidencia distintos problemas de técnica legislativa que llevan a que las normas propuestas excedan las garantías constitucionales del Derecho Penal, como son el principio de legalidad y de tipicidad, además de ser una construcción normativa tan compleja que convierte a la norma en ineficiente.

Primero, los verbos rectores de la conducta típica son la "sustracción" y el "acaparamiento"; sobre esto, la propuesta repite el error del tipo penal derogado, pues ambas conductas implican conceptos de difícil determinación.

Si bien, por "acaparar" es posible entender que se trata del acopio físico de los bienes esenciales para la vida y la salud, surge la interrogante de cuál es el límite cuantitativo o cualitativo del acopio de estos bienes para que se configure el supuesto ilícito; asimismo, respecto al acaparamiento de los servicios esenciales para la vida o la salud, no existe claridad de cómo se puede realizar la acción de acaparar servicios. En caso se considere que la conducta se configuraría a través de la adquisición de todos los servicios esenciales (por ejemplo, convertirse en propietario de varias clínicas o establecimientos privados de salud), esta figura sería más cercana a un supuesto de posición de dominio en el mercado, y no de acaparamiento.

Respecto a la sustracción del mercado de bienes y servicios esenciales para la vida y la salud, tampoco hay compatibilidad con el principio de legalidad, en la medida en que no existe claridad de lo que implica la acción de sustracción. En ese sentido, podría entenderse que estamos ante una acción previa de adquisición de los bienes y servicios, de origen lícito, que luego conlleva a que estos bienes o servicios no sean introducidos nuevamente en el mercado, por ocultarlos, negarse a venderlos o comercializarlos o simplemente a brindar el servicio por un tiempo determinado hasta obtener el beneficio buscado.

Por otra parte, el tipo penal ha sido redactado como un delito de resultado (es decir, depende de que se produzca un efecto determinado para que se configure la conducta prohibida); por ende, para su procesamiento y sanción, se debe probar con certeza que la acción de sustraer o acaparar ha provocado, real y efectivamente, la escasez o desabastecimiento de bienes y servicios esenciales para la vida y la salud de las personas. Ahora bien, esto significaría que quien acapara o sustrae los bienes o servicios, se haga de la totalidad o casi totalidad de ellos en todo el mercado, para que de ese modo se produzca la consecuencia típica, pero la pregunta sería si esta escasez o desabastecimiento es del mercado

nacional, regional, distrital o local, por tanto, la construcción normativa es demasiado indeterminada y contraviene el principio de legalidad.

Asimismo, la finalidad del delito es alterar los "precios habituales" en beneficio del sujeto activo y en perjuicio de los consumidores. Al respecto, es evidente que con esta redacción se ha intentado salvar la deficiencia del tipo penal derogado que establecía un elemento que implicaba el control de precios a través de una lista oficial de precios.

Sin embargo, con esta nueva propuesta, la cuestión está en definir cuál es el "precio habitual" que permite identificar que la conducta tiene relevancia penal, qué elementos deben ser considerados para hablar de habitualidad, cuánto tiempo tiene que estar un producto a determinado precio para ser considerado habitual (en términos de días, meses o años). La realidad nos dice que el precio de un producto podría variar mes a mes por las mismas variables dinámicas del mercado, como puede ser el aumento de impuestos de importación, el precio de los combustibles (lo que varía los costos de su distribución y traslado), los cierres de carreteras o vías de transporte, la declaración de emergencia de una zona determinada, entre otros. Con ello, este elemento normativo introducido al tipo penal también lesiona el principio de legalidad.

En lo concerniente al objeto material del delito, es decir, sobre qué recae la conducta típica, la fórmula establece que estos son "los bienes o servicios esenciales para la vida y salud de las personas", la propuesta normativa ha utilizado la técnica legislativa del tipo penal en blanco, pues su determinación de cuáles son estos está por fuera del Derecho Penal. Sin embargo, no existe norma extrapenal que los regule, convirtiendo a la propuesta como una clara violación al principio de legalidad.

Si bien la Única Disposición Complementaria Final señala que la "autoridad administrativa competente" elabora la lista de bienes y servicios, lo hace en situaciones de declaración de emergencia [nacional], por lo tanto, no es aplicable al tipo penal de acaparamiento como lo concibe la Autógrafa, ya que regula conductas incluso más allá de la declaración de un estado de emergencia. Asimismo, se puede verificar que el mandato de elaboración del listado es dirigido a una autoridad administrativa, no identificada, y respecto a bienes y servicios esenciales de modo general, y no aquellos esenciales para una situación o contexto determinado.

De este modo, se genera un contexto de indeterminación normativa contrario al principio de legalidad y la tipicidad penal, para saber cuál es el objeto del delito. Por ejemplo, para algunos, el consumo de carne diariamente es un bien esencial, mientras que para otros lo será el consumo de arroz, y para otros podría ser los lácteos o cualquier otro alimento, y de este modo se puede seguir construyendo supuestos dependiendo del contexto, el lugar, y las circunstancias, incluso recurriendo a la lógica o la costumbre, pero no sobre la base de factores objetivos que permitan un solo entendimiento claro y preciso del concepto del objeto material del delito. Un tipo penal debe ser construido de un modo tal que al ser leído por un ciudadano promedio entienda sin problemas cuál es el mensaje de prohibición, las conductas que no debe realizar y la sanción, a fin de que no tenga duda o errores en esa interpretación.

- c. En lo que respecta al delito de especulación, si bien se encuentra vigente, no ha

podido ser aplicado porque el supuesto típico no está completo, en la medida en que no se define el "precio oficial" de los bienes, lo que, de hacerse de manera general y para todo supuesto en periodo ordinario no resultaría compatible con la economía social de mercado.

El tipo penal aprobado en la Autógrafa establece que el verbo rector "incremento" se debe dar respecto al "precio habitual" de "bienes y servicios esenciales para la vida y salud", sin que estos estén definidos, lo que implica una trasgresión a los principios de legalidad y tipicidad.

Además, se introduce como medios del delito, elementos normativos de muy difícil delimitación. En tal sentido, se señala que el incremento de los precios habituales de estos bienes o servicios, se puede dar a través de prácticas ilícitas que no sustenten una "real estructura de costos" y el "correcto funcionamiento del mercado". En ese aspecto, no se definen diversos aspectos requeridos para que tipo penal sea compatible con los principios del Derecho Penal antes citados, respecto a qué es una real estructura de costos, quién determina tal supuesto, qué debemos entender por correcto funcionamiento del mercado como elemento de un tipo penal o quién determina si ese precio es consecuencia de que el mercado tiene un correcto funcionamiento.

Aun cuando no se puede exigir una precisión absoluta, casi matemática, en la descripción de la conducta prohibida, pues el mismo lenguaje conlleva un grado de indeterminación, lo que no puede darse son descripciones o supuestos que puedan ser tan amplios e indeterminados que en su interpretación puedan calzar del mismo modo conductas de relevancia penal como las que no lo son. Estas normas penales indeterminadas contravienen el principio de legalidad en su ámbito de la llamada *lex certa*.

Además, existe una contradicción normativa insalvable. El segundo párrafo de la propuesta establece que si la conducta de la especulación es cometida durante la declaración de un estado de emergencia [nacional], la pena privativa de libertad será agravada. Por lo tanto, la conducta básica del primer párrafo sancionaría la especulación en momentos distintos al de un estado de emergencia, dígame en tiempos de normalidad social.

Sin embargo, esto no es así, el tipo básico de especulación analizado dice que para que se configure la especulación el sujeto activo que sube los precios, lo hace aprovechando que existe una mayor demanda de bienes o servicios, por causas de una emergencia, conmoción o calamidad pública. Es decir, la conducta agravada de que la especulación se realice durante un estado de emergencia, es a su vez la conducta de la figura base del delito, lo que va en contra de la congruencia normativa que debe existir en un cuerpo legal.

Consideraciones desde el ámbito administrativo

3. La Autógrafa de Ley, establece que es un derecho de los consumidores dentro del marco de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, la protección de sus intereses contra la especulación, el acaparamiento u otro delito análogo.

Esta modificación del Artículo 1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor tiene más un carácter declarativo. La propuesta en general tiene como premisa principal

el regular el acaparamiento y la especulación como conductas penalmente relevante merecedoras de una sanción penal, por lo tanto, ese solo planteamiento implica que los consumidores como sujetos pasivos de los delitos mencionados sean objeto de protección penal por parte del Estado; por lo tanto, señalar lo mismo en la norma administrativa dirigida a un ente administrativo como el Indecopi no reforzará o dará mayor seguridad a los consumidores, mucho menos hará que la autoridad administrativa tenga mayores competencias que, entre otras, le generen la obligación de denunciar estas prácticas ilícitas, especialmente porque esta obligación ya existe en el ordenamiento jurídico (inciso 2 del artículo 326 del Código Procesal Penal); por el contrario, la modificación estaría desprotegiendo a los consumidores al eliminarse la frase "cualquier práctica análoga" [a las cláusulas abusivas, o métodos comerciales coercitivos], lo que está reduciendo el ámbito de protección administrativo de los consumidores. Por ende, no resulta viable la propuesta.

4. En lo que corresponde a la incorporación del Artículo 3-A al Código de Protección y Defensa del Consumidor, la prohibición de acaparamiento o especulación, de acuerdo a la propuesta, estaría regulada en el Código Penal, por lo tanto, esta incorporación al ámbito administrativo es innecesaria, lo único que genera es incoherencia en la regulación de las normas, si debiéramos seguir este modelo de regulación, toda norma administrativa que conlleve un delito debería declarar esa prohibición. Así, por ejemplo, la Ley General de Aduanas debería establecer de manera expresa que está prohibida la defraudación de rentas de aduanas o el contrabando y que esas conductas son delitos previstos en la Ley N° 28008, Ley de delitos aduaneros, lo que evidentemente no es necesario.
5. En lo que concierne a la incorporación del Artículo 97-A al Código de Protección y Defensa del Consumidor, el primer punto problemático de esta incorporación está en que pese a que se trata de regular derechos de los consumidores en un ámbito general, la ubicación sistemática de esta norma resulta incongruente, ya que ha sido ubicada en el Capítulo VI, Servicios de crédito prestados por empresas no supervisadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, cuyo ámbito de aplicación está definido en el artículo 91, y que textualmente establece que las disposiciones de ese capítulo, lo que incluye la incorporación del artículo 97-A, son de aplicación a los proveedores que brindan crédito a los consumidores bajo cualquier modalidad y que no se encuentran bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

De esta manera, aun cuando en el artículo 1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, la Autógrafa de Ley establece que es un derecho de los consumidores de manera general que sean protegidos de la especulación y el acaparamiento, con esta incorporación, se está restringiendo el ámbito de ese derecho únicamente a los supuestos del Capítulo VI, que además es muy probable que no se configuren los supuestos ilícitos, al tratarse de créditos y no de venta de productos o servicios esenciales.

Además, el segundo y tercer párrafo de esta propuesta, al tratar de definir, de manera innecesaria lo que implica la especulación o el acaparamiento, está yendo contra su misma propuesta de regulación en el Código Penal. Así, el artículo 232 del acaparamiento es un delito común, es decir, que puede ser cometido por cualquier persona, no obstante, en este artículo 97-A, se señala que quien comete la conducta ilícita solo puede ser el productor, fabricante, proveedor o comerciante, asimismo, se dice que el acaparamiento es la acción de sustraer del mercado bienes o servicios,

mientras que, en el tipo penal, el acaparamiento es una conducta distinta de la sustracción. Respecto a la especulación, pese a que el tipo penal considera otras conductas ilícitas en sus párrafos segundo y tercero, esta modificación solo considera como tal a la primera conducta típica.

Necesidad de regulación en situaciones de emergencia nacional

6. Ahora bien, de acuerdo con lo señalado en el presente informe, se puede evidenciar que el adecuado funcionamiento del libre mercado y los intereses de los consumidores son bienes jurídicos relevantes que merecen de protección estatal; en ese sentido, tratándose de situaciones que distorsionan el normal desenvolvimiento del mercado en situaciones de normalidad o emergencia, a través de prácticas ilícitas como el abuso del poder de dominio o los acuerdos colusorios (horizontales o verticales), se cuenta con una amplia regulación administrativa de control y fiscalización que viene realizando el Indecopi desde hace más de una década.

Sin embargo, tratándose de prácticas que atentan contra los derechos de los consumidores y la regulación adecuada del mercado en situaciones de emergencia declarada por cualquier situación grave como salubridad (epidemias, pandemias) o desastres naturales (terremotos, tsunamis, inundaciones, entre otros) o cualquier análogo, no existe norma del derecho sancionador (penal o administrativa) que cubra esa función de prevención general y especial que es intrínseca del *ius Punendi* del Estado.

Aun cuando la autógrafa bajo comentario busca cubrir esa necesidad de protección a través de la vía penal, como se ha expuesto a lo largo de este documento, la propuesta ha vulnerado los principios que rigen la tipificación de conductas ilícitas, por ende, no es posible que sea a través de esta regulación que se logre cubrir esta necesidad manteniéndose el vacío de protección.

Por ello, atendiendo a esta necesidad, y considerando que si bien nuestro régimen económico es de una economía social de mercado, el Estado puede asumir un rol regulatorio como lo hace con los servicios públicos de luz o agua, este mismo rol puede ser utilizado en situaciones que ponga en riesgo la integridad de los ciudadanos en situaciones extremas y específicas, como puede ser las que se presenten consecuencia de una emergencia, en las que las distorsiones del mercados o prácticas ilícitas de los proveedores puedan afectar gravemente su funcionamiento y lesiones los derechos de todos los ciudadanos (consumidores), es posible la intervención del derecho penal pero bajo un prisma de subsidiaridad y *ultima ratio*, sancionando conductas de acaparamiento y especulación, respecto de bienes y servicios esenciales y de primera necesidad debidamente declarados por la autoridad competente del Poder Ejecutivo, que distorsionen el mercado, también por la autoridad competente pero únicamente en este contexto de excepcionalidad.

7. Finalmente, desde nuestra consideración, el debate de estas iniciativas puede ser también una oportunidad para reforzar las competencias del ente administrativo, el Indecopi, en esta materia. En ese sentido, una alternativa que podría evaluarse es modificar el artículo 2, inciso d) del Decreto Legislativo N° 1033, que regula las funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Libre Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPi), con el objetivo de otorgarles la competencia para: "d) Proteger los derechos de los consumidores, vigilando que la información en los mercados sea correcta, asegurando la idoneidad de los bienes y servicios en función de la información brindada, evitando la discriminación en las relaciones de consumo, y

previniendo, a través de sus competencias de supervisión, fiscalización y sanción, que se oferten bienes y servicios durante el estado de emergencia establecido por el Presidente de la República en caso de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación”.

Por las razones expuestas, se observa la Autógrafo de Ley, en aplicación del artículo 108 de la Constitución Política del Perú.

Atentamente,



MARTÍN ALBERTO VIZCARRA
CORNEJO
Presidente de la República



VICENTE ZEBALLOS SALINAS
Presidente del Consejo de Ministros

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

**LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL Y EL CÓDIGO DE
PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, RESPECTO DEL
ACAPARAMIENTO, ESPECULACIÓN Y ADULTERACIÓN**

Artículo 1. Incorporación de los artículos 232 y 233 al Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo 635

Incorpóranse los artículos 232 y 233 al Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo 635, en los siguientes términos:

“Artículo 232.- Abuso del poder económico

El que abusa de su posición dominante en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2 y 4”.

“Artículo 233.- Acaparamiento

El que provoca escasez o desabastecimiento de bienes y servicios esenciales para la vida y la salud de las personas, mediante la sustracción o acaparamiento, con la finalidad de alterar los precios habituales en su beneficio, y con perjuicio de los consumidores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”.

Artículo 2. Modificación de los artículos 234 y 235 del Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo 635

Modifícanse los artículos 234 y 235 del Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo 635, en los siguientes términos:

“Artículo 234.- Especulación y alteración de pesos y medidas

El productor, fabricante, proveedor o comerciante que incrementa los precios de bienes y servicios habituales, que son esenciales para la vida o





salud de la persona, utilizando prácticas ilícitas que no se sustenten en una real estructura de costos y el correcto funcionamiento del mercado, aprovechando una situación de mayor demanda por causas de emergencia, conmoción o calamidad pública será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.



Si la especulación se comete durante un estado de emergencia, declarado por el Presidente de la República, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

[...]

“Artículo 235.- Adulteración

El que altera o modifica la calidad, cantidad, peso o medida de algún bien, en perjuicio del consumidor, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de tres años y con noventa a ciento ochenta días-multa.

Si la adulteración se comete durante situación de conmoción, calamidad pública o estado de emergencia oficialmente declarado, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”.

Artículo 3. Modificación del artículo 1 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor

Modifícase el literal c) del artículo 1 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en los siguientes términos:

“Artículo 1.- Derechos de los consumidores

1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

[...]

c. Derecho a la protección de sus intereses económicos y en particular contra las cláusulas abusivas, métodos comerciales



coercitivos, especulación o acaparamiento en situación de emergencia debidamente declaradas o cualquier otro delito análogo e información interesadamente equívoca sobre los productos o servicios”.

Artículo 4. Incorporación de los artículos 3-A y 97-A en la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor

Incorpóranse los artículos 3-A y 97-A en la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en los siguientes términos:

“Artículo 3-A.- Prohibición de acaparar o especular en situación de emergencia

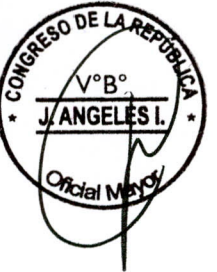
Es prohibida toda acción de acaparamiento o especulación de bienes o servicios declarados esenciales en situación de conmoción, calamidad pública o emergencia en el tiempo y zona geográfica que así haya sido declarada por el Poder Ejecutivo mediante decreto supremo, siendo delitos económicos penalizados en los artículos 233 y 234 del Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo 635”.

“Artículo 97-A.- Derechos de los consumidores en situación de emergencia

En situación de emergencia, prevista en el artículo 137 de la Constitución Política es prohibido el acaparamiento y la especulación de bien o servicio declarado oficialmente como esencial. Esta prohibición rige en el tiempo y espacio geográfico señalado en la norma que fije la declaración del régimen de excepción.

Acaparamiento es la acción por la cual el productor, fabricante, proveedor o comerciante sustrae del mercado bien o servicio considerado oficialmente esencial en situación de emergencia, con el fin de alterar el precio, provocar escasez u obtener lucro indebido poniendo en riesgo la vida o salud de las personas.

Especulación es la acción por la cual el productor, fabricante, proveedor o comerciante pone en venta producto o servicio considerado oficialmente





esencial a precio superior que el habitual, sin que exista justificación económica para ello.

El acaparamiento y la especulación son acciones ilícitas que alteran el orden económico y ponen en riesgo la vida o salud de los consumidores y son sancionadas por los artículos 233 y 234 del Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo 635”.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA FINAL

ÚNICA. Derogación del artículo 236 del Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo 635

Derógase el artículo 236 del Código Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo 635.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

ÚNICA. Determinación de bienes y servicios esenciales

El listado de bienes y servicios esenciales es establecido por la autoridad administrativa correspondiente, en un plazo máximo de dos días hábiles contados a partir de la declaratoria de emergencia y bajo responsabilidad.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los diez días del mes de junio de dos mil veinte.


MANUEL MERINO DE LAMA
 Presidente del Congreso de la República


LUIS ALBERTO VALDEZ FARIAS
 Primer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

731 y otros /2020-CR

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, 03 de julio de 2020

Pase a la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, con cargo de dar cuenta de este procedimiento al Consejo Directivo.



JAVIER ANGELES ILLMANN
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPÚBLICA