

**OFRECIMIENTO ENGAÑOSO DE PRODUCTOS Y SERVICIOS: ¿UN TIPO PENAL
INNECESARIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO?**

EDWIN JOSÉ VERGARA MORALES

PAULA ANDREA TORRES ORTIZ

TRABAJO DE GRADO

DIRECTOR

DR. JUAN FRANCISCO MENDOZA

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ

2017

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

I. DESCRIPCIÓN DE LA ESTRUCTURA TÍPICA

I.I. Tipo objetivo

1. Sujeto activo.

2. Conducta.

3. Bien jurídico.

4. Ingredientes normativos.

I.II. Tipo subjetivo

II. ANTECEDENTES DEL BIEN JURÍDICO DE ORDEN ECONÓMICO Y SOCIAL

III. TRATAMIENTO EXTRA PENAL DEL OFRECIMIENTO ENGAÑOSO DE PRODUCTOS Y SERVICIOS

CAPÍTULO SEGUNDO

1. LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO PENAL.

I.I. CONSIDERACIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN

I.II. CONSIDERACIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD.

I.III. CONSIDERACIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

I.IV. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL A PARTIR DE LOS PRINCIPIOS DE MÍNIMA INTERVENCIÓN, LESIVIDAD Y PROPORCONALIDAD.

CONCLUSIONES

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de 1991 implantó en Colombia un Estado Social de Derecho, generando cambios en las diferentes áreas del ordenamiento jurídico con el propósito de superar una igualdad ante la ley, propia del Estado de Derecho, para garantizar una igualdad material, que implica mayor protección a los más débiles.

En las relaciones del mercado se ha identificado como parte débil al consumidor, lo cual motivó cambios en los tipos penales existentes contra el orden económico y social y la tipificación de nuevas conductas. De dicha manera fue expresado en la Exposición de Motivos de la Ley 599 de 2000 en relación al tipo penal de Ofrecimiento Engañoso de Productos y Servicios, consagrado en su Artículo 300.

Teniendo en cuenta que en el momento en el que se presentó el Proyecto de Ley No. 40 de 1998 para la expedición de un nuevo código penal, en el derecho comercial y administrativo sancionador se contaba con el Decreto 3466 de 1982, que cumplía la función de Estatuto del Consumidor, pero que no era suficiente para regular los cambios en las relaciones del mercado generados por los procesos de globalización y para garantizar la protección al consumidor, se justificó la tipificación de una conducta de publicidad engañosa.

No obstante, en el año 2011 se expidió la Ley 1480 que tuvo como objeto la actualización del Decreto 3466 de 1982 y la unificación de normas en la materia, con el fin de mejorar las acciones que tenían los consumidores para la protección de sus derechos, de lo que resultó un cuerpo normativo amplio, claro e íntegro que le asignó a la Superintendencia de Industria y

Comercio un rol preponderante en la protección de los consumidores, a través de sus funciones jurisdiccionales y administrativas.

Conforme a lo expuesto, y considerando que en cada fase de criminalización se deben respetar y seguir los principios generales del derecho penal, que además son compatibles con la Constitución Política de 1991, para evitar un abuso de los poderes públicos en la aplicación de esta área del derecho, en el presente trabajo se pretende hacer un análisis del tipo de Ofrecimiento Engañoso de Productos y Servicios a partir de tres principios fundamentales, principio de mínima intervención, principio de lesividad y principio de proporcionalidad.

En consecuencia, se formula el siguiente problema jurídico *¿Se justifica la intervención del derecho penal frente a conductas de publicidad engañosa a través del tipo penal del Artículo 300, con fundamento en los principios de mínima intervención, lesividad y proporcionalidad?* ; que se desarrollará en dos capítulos, el primero de ellos se dirige a hacer una descripción de los elementos del tipo y de su evolución legislativa en el ordenamiento jurídico colombiano, y el segundo, en primer lugar expone sucintamente lo que significa cada uno de los principios, y en segundo lugar consagra el análisis que se hace del tipo penal aplicando las consideraciones señaladas sobre los principios.

CAPÍTULO PRIMERO

I. DESCRIPCIÓN DE LA ESTRUCTURA TÍPICA

El Artículo 10 del Código Penal Colombiano- Ley 599 de 2000- señala que la tipicidad de una conducta se determina según la definición inequívoca, expresa y clara de las características básicas estructurales del tipo penal, sin embargo, pese a que el Código Penal no diferencia de manera expresa entre tipicidad objetiva y tipicidad subjetiva, dualidad propia del esquema del delito de la Teoría Finalista de Acción, la doctrina nacional y la jurisprudencia coinciden en acoger en el sistema jurídico dicha diferencia; entendiéndose como tipo objetivo “las exigencias materiales definidas en el respectivo precepto de la parte especial del estatuto penal” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP13691-2014), y como tipo subjetivo las modalidades de la conducta punible.

I.I. Tipo objetivo

La conducta de Ofrecimiento Engañoso de Productos y Servicios se encuentra tipificada en el Artículo 300 del Código Penal en su parte especial, del cual se pueden identificar y analizar los siguientes elementos:

“El productor, distribuidor, proveedor, comerciante, importador, expendedor o intermediario que ofrezca al público bienes o servicios en forma masiva, sin que los mismos correspondan a la calidad, cantidad, componente, peso, volumen, medida e idoneidad anunciada en marcas, leyendas, propaganda, registro, licencia o en la disposición que haya oficializado la norma técnica correspondiente, incurrirá en multa.” (Ley 599, 2000)

1. Sujeto activo: El sujeto activo es aquel individuo a quien se le atribuye la realización de la conducta, y según el Artículo 300 del Código Penal el tipo de Ofrecimiento Engañoso de Productos y Servicios cuenta con un sujeto activo cualificado, puesto que sólo podrán incurrir en la conducta “*el productor, distribuidor, proveedor, comerciante, importador, expendedor o intermediario*” (Ley 599, 2000).

En este tipo penal las calidades exigidas para el sujeto activo tienen su fundamento en el rol social¹ que cumplen las personas que participan en la cadena de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios, las cuales deben cumplir los deberes consagrados en la Ley 1480 de 2011- Estatuto del Consumidor-, especialmente en este caso los deberes de información y publicidad consagrados en los Títulos V y VI respectivamente.

2. Conducta: El tipo penal de Ofrecimiento Engañoso de Productos y Servicios es de mera conducta, ya que se consuma cuando el sujeto activo *ofrece*, sin que sea necesaria la producción de un resultado específico.

En la descripción del tipo no se exige un medio determinado, es decir que el ofrecimiento se puede realizar por cualquier medio; sin embargo, es “requisito indispensable para la configuración del tipo que ese ofrecimiento se haga al público en forma masiva, esto es, en gran cantidad.” (Córdoba Angulo y Ruiz, 2011, pp. 250). Así mismo, “es indispensable que en el ofrecimiento, la calidad, cantidad, componente, peso, volumen, media o idoneidad

¹ Rol social. Para que la conducta de un individuo tenga relevancia social se debe realizar desde un rol social, esto es dentro del estatus que ocupa una persona en la sociedad y de la cual se derivan las expectativas de acción en el caso concreto. Se parte de la base que el individuo sólo adquiere vínculos jurídicos con los demás cuando se encuentra participando de los procesos de interacción social. Al hacerlo, adquiere personalidad jurídica, es decir, un vínculo del cual se derivan derechos y obligaciones (...). Grosso García, M. Esquema dogmático del delito. Guía para el estudio de la Teoría del Delito.

estén anunciadas en marcas, leyendas, propaganda, licencia, o en la disposición que haya oficializado la norma técnica correspondiente.” (Córdoba Angulo y Ruiz, 2011, pp. 251)

Por último, se debe precisar que “dicho ofrecimiento por parte del sujeto activo debe ser engañoso, y que éste debe ser idóneo, es decir, apropiado y apto, para que el consumidor crea que el producto tiene realmente las condiciones, calidades y cualidades ofrecidas.” (Córdoba Angulo y Ruiz, 2011, pp. 251)

3. Bien jurídico: El tipo penal de Ofrecimiento Engañoso de Productos y Servicios al encontrarse ubicado en el Título X del Código Penal, parte especial, en principio protege el bien jurídico del orden económico y social, no obstante en el Capítulo Segundo se analizará la posible protección de otros bienes jurídicos o de otros intereses individuales.

En cuanto al concepto de orden económico y social, se debe hacer referencia al Título XII de la Constitución Política, específicamente al Artículo 334 de la misma que dispone que:

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano (...)” (Constitución Política, 1991)

Aunque no existe jurisprudencia que analice el tipo penal de Ofrecimiento Engañoso de Productos y Servicios, la Corte Constitucional frente al análisis del tipo penal de Pánico Económico ha definido el bien jurídico de orden económico y social como:

“(…) el sistema de organización y planificación general de la economía instituida en un país.

En Colombia, si bien no existe un modelo económico específico, exclusivo y excluyente, el que actualmente impera, fundado en el Estado Social de Derecho, muestra una marcada injerencia del poder público en las diferentes fases del proceso económico, en procura de establecer límites razonables a la actividad privada o de libre empresa y garantizar el interés colectivo.” (Corte Constitucional, Sentencia C-083, 1999)

Por otra parte, según Bajo (2002) en la doctrina se ha optado por distinguir entre dos conceptos Derecho Penal Económico que dependen del concepto de orden económico; un concepto en sentido estricto y un concepto en sentido amplio (p.3).

En relación con el concepto en sentido estricto, según Bajo (2002) el Derecho Penal Económico es el “conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía” (p.5), siendo entonces el delito económico para Bajo (2002) “la infracción jurídico-penal que lesiona o pone en peligro el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía de un país” (p.6). Córdoba Angulo y Ruiz (2011) explican que “se trata de una intervención directa del Estado sobre la economía, como sujeto de primer orden que impone coactivamente una serie de normas o que planifica el comportamiento de los agentes económicos” (p.238).

Cervini (2008) señala que probablemente la definición más estricta de Derecho Penal Económico en los países desarrollados de Occidente se debe a *Eberhard Schmidt* y se reflejó en la Ley para la simplificación del Derecho penal económico en el campo de la economía de 1949 proferida en la República Federal Alemana “según la cual una infracción será delito económico cuando vulnere el interés del Estado en la permanencia y conservación del orden económico” (p.19). Además, Cervini (2008) menciona como autores de la misma orientación a *Werget, Otto, Burelli, Suarez González, Rodríguez Murillo* y con algunas variaciones *Bacigalupo* (p.19).

Con respecto al concepto en sentido amplio, Bajo (2002) define el Derecho Penal Económico como el “conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”, considerando el delito económico como “aquella infracción que, afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro, en segundo término, la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios” (p.7); así mismo Tiedemann (2000) citado por Cervini (2008, p.23) considera el delito económico como “un comportamiento realizado por un agente económico con infracción de la confianza que le ha sido socialmente depositada y que afecta a un interés individual (bien jurídico patrimonial individual) y pone en peligro el equilibrio del orden económico (bien jurídico supraindividual)”.

De manera más clara Cervini indica que el concepto amplio de Derecho Penal Económico tiene dos finalidades:

“(...) en primer lugar, entender el orden económico u orden público económico como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, y en segundo

lugar, colocar la protección de los intereses patrimoniales en primer lugar, y sólo en segundo término la tutela de intereses colectivos relacionados con la regulación económica del mercado.” (Cervini, 2008, p.21)

Para finalizar el desarrollo de los elementos del tipo objetivo de Ofrecimiento Engañoso de Productos y Servicios, es necesario señalar que no se ha hecho referencia al sujeto pasivo de la conducta puesto que este elemento depende del bien jurídico, por lo cual si se concluye que el único bien jurídico protegido es el orden económico y social el sujeto pasivo sólo podría ser el Estado como titular de dicho bien jurídico, pero si se concluye que el tipo penal de Ofrecimiento Engañoso de Productos y Servicios protege otros bienes jurídicos o intereses individuales el sujeto pasivo no sólo podría ser el Estado sino también individuos como los consumidores u otros participantes de la cadena de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios.

4. Ingredientes normativos: La Corte Constitucional señala que los ingredientes normativos de un tipo penal tienen como fin “cualificar a los sujetos activo o pasivo o al objeto material, o pretenden precisar el alcance y contenido de la propia conducta o de una circunstancia derivada de la misma” (Corte Constitucional, Sentencia C-319, 1996); en el tipo penal de Ofrecimiento Engañoso de Productos y Servicios, como se señaló anteriormente, cuenta con sujeto activo cualificado, siendo dicha cualificación uno de sus ingredientes normativos; así mismo, se expuso que la conducta, es decir, el ofrecimiento debe realizarse de forma masiva y dirigido al público, siendo también estas características ingredientes normativos del tipo.

I.II. Tipo subjetivo

Teniendo en cuenta que anteriormente se señaló que el tipo subjetivo hace referencia a las modalidades de la conducta y que el Artículo 21 del Código Penal consagra que “la conducta es dolosa, culposo o preterintencional. La culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados en la ley”(Ley 599, 2000), se afirma que tipo penal de Ofrecimiento Engañoso de Productos y Servicios sólo puede ser cometido a título de dolo, ya que el Código Penal no consagra expresamente las modalidades culposa o preterintencional de esta conducta. Además, la descripción del tipo penal no hace referencia a elemento subjetivo alguno.

II. ANTECEDENTES DEL BIEN JURÍDO DE ORDEN ECONÓMICO Y SOCIAL

Los delitos consagrados en el Título X del Código Penal-Parte Especial, correspondientes a los delitos contra el orden económico y social, encuentran su fundamento constitucional en el Artículo 334 de la Constitución Política, el cual hace referencia a la intervención del Estado en la economía, de manera que el primer antecedente constitucional es la Reforma Constitucional de 1936, puesto que, según Hernández Quintero (2000) en la Constitución de 1886 dicha intervención fue incorporada de manera muy leve y sólo hasta la Reforma de 1936 se consagró expresamente en el Artículo 11 (p. 37), disponiendo que:

“El Estado puede intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho.” (Acto Legislativo No.1, 1936)

La anterior disposición se mantuvo en las Reformas de 1945 y 1968, sin embargo en la última Reforma se consagra por primera vez como garantía la libertad de empresa, de la siguiente manera:

“Se garantizan la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral (...)” (Acto Legislativo No.1, 1968)

En cuanto al Código Penal expedido en 1936 consagró algunas de las conductas que atentan con el orden económico y social dentro del Título de los Delitos contra la Economía, la Industria y el comercio, entre las cuales se encuentran los Artículos 283 y 284 que tipifican conductas similares al Ofrecimiento Engañoso de Productos y Servicios , correspondientes a:

“Artículo 283. El que en el ejercicio del comercio engañe al comprador entregándole una cosa por otra, o una cosa de origen, calidad o cantidad diversa de la declarada o convenida, incurrirá en arresto de diez días a un año, y en multa de diez a quinientos pesos.

Si el engaño versase sobre obras de arte, o títulos preciosos o de especial valor histórico, se impondrá la prisión hasta por 2 años y multa hasta por 2000 pesos.” (Ley 95, 1936)

“Artículo 284. El que en perjuicio de terceros haga uso de pesas o medidas alteradas o que tengan las contramarcas legales falsificadas o alteradas, incurrirá en arresto de un mes a un año y en multa de cinco a quinientos pesos.

En la misma pena incurrirá el que en ejercicio de una actividad comercial o en local abierto al público, tenga en su poder pesas o medidas alteradas o con las contramarcas legales falsificadas o alteradas.” (Ley 95, 1936)

Se puede observar que en el Código Penal actual se tipifica el ofrecimiento engañoso a diferencia de los dos tipos penales en el Código de 1936 que tipifican en primer lugar el engaño en entrega de la cosa vendida y en segundo lugar el uso de pesas, medidas o contramarcas alteradas; frente a lo cual se concluye que actualmente la protección al consumidor se garantiza incluso antes de la entrega, basta con el engaño en el ofrecimiento.

En cuanto al sujeto activo de los tipos penales expuestos, no se estipula que tenga la calidad de comerciante o de otro participante de la cadena de producción, distribución y comercialización, pero se exige que se realice en ejercicio del comercio, así lo aclara Pacheco Osorio (1970) “sujeto activo de la infracción puede ser cualquiera que ejerza el comercio, aunque sea de manera accidental y no tenga la calidad de comerciante en la acepción legal del vocablo (...)”.

Los Artículos 283 y 284 del Código Penal de 1936 fueron suspendidos sin motivo mediante el Decreto Extraordinario 534 de 1954, que según Pérez (1971) “instituyó algunas medidas policivas para reprimir el engaño de los comerciantes en relación con artículos de primera necesidad.” Posteriormente, el Decreto 1118 de 1970 consagró la represión de manera más amplia y sólo en el campo contravencional.

No obstante, en el Código Penal expedido en 1980 se crea el Título de los Delitos contra el orden económico y social, y según Hernández Quintero (2000) este avance se generó gracias a la Reforma Constitucional de 1936 y a la teoría de los delitos de cuello blanco del

sociólogo norteamericano *Edwin Sutherland* (p. 37). De la misma manera Hernández Quintero (2000) señala que, posterior a la expedición del Código Penal de 1980 se presentaron nuevos comportamientos en la realidad social que generaron los cambios consagrados en el Código Penal expedido en el año 2000, refiriéndose específicamente a la crisis financiera de 1982 frente a la cual se expidió el Decreto 2920 de 1982 y a la ratificación de la Convención de Viena de 1988 (p.37).

Según Hernández Quintero (1998) la crisis financiera de 1982 se originó principalmente por las transformaciones que sufrió el sector financiero junto con el desorden legal existente en ese momento; mientras que aumentaron tanto los recursos como las instituciones del sector financiero, surgieron nuevos instrumentos de intermediación y se presentaron prácticas irregulares como concentración de cartera a través de auto préstamos y carencia de diversificación de las fuentes de recursos, la legislación era insuficiente para regular dichas prácticas, puesto que permanecía vigente la Ley 45 de 1923 y se introdujeron reformas que se expidieron apresuradamente, generando como resultado la existencia de numerosas prácticas que no se consideraban legales ni ilegales sino extralegales (pp.326-327).

Finalmente, señala Hernández Quintero (1998) que frente a ese escenario, el Gobierno Nacional declaró el estado de emergencia económica por medio del Decreto 2919 de 1982 por el término de 24 horas, en el cual el poder ejecutivo expidió el Decreto Legislativo 2920 de 1982 recurriendo a la intervención penal a través de la tipificación de tres conductas: 1. Absorción interfinanciera o absorción de entidades industriales o comerciales por entidades financieras, 2. La concentración del crédito, 3. Ejercicio ilegal de la función de intermediación financiera; estas conductas fueron reiteradas por el Decreto 1730 de 1991 conocido como “Estatuto Orgánico del Sistema Financiero” (p.334) . No obstante, Hernández Quintero

(1998) advierte que debe realizarse una crítica a la forma apresurada de tipificar estas tres conductas, tanto por la dificultad de estructuración como por la carencia de estadísticas sobre la reiteración de las mismas para justificar su configuración punitiva (p.335).

Por otro lado, la Constitución de 1991 estableció un nuevo modelo de Estado correspondiente al Estado Social de Derecho, que conllevó a que las diferentes ramas del derecho adaptaran sus normas a ese nuevo modelo de Estado; por tanto junto a los nuevos comportamientos de la realidad social, la Constitución de 1991 contribuyó en la tipificación de nuevas conductas en el Código Penal expedido en el año 2000. Pese a que el Código Penal expedido en 1980 ya contenía el Título de los Delitos contra el orden económico y social, el nuevo modelo de Estado influyó en la definición de dicho bien jurídico y en consecuencia en la apertura del catálogo de conductas que atentan contra el mismo.

El Estado Social de Derecho se caracteriza por no solamente fundamentarse en los valores de la igualdad, la libertad y la seguridad, sino también por tener como principal fin “procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social” (Corte Constitucional, Sentencia C-566, 1995), lo cual justifica la intervención del Estado en la economía simultáneamente con el reconocimiento de la libertad de empresa e iniciativa privada. Así fue señalado por la Corte Constitucional:

“(…) en el sistema político colombiano, el orden público económico se consolida sobre la base de un equilibrio entre la economía libre y de mercado, en la que participan activamente los sectores público, privado y externo, y la intervención estatal que busca mantener el orden y garantizar la equidad en las relaciones económicas, evitando los abusos y arbitrariedades que se puedan presentar en perjuicio de la comunidad, particularmente, de los sectores más débiles de la población.” (Corte Constitucional, Sentencia C-083, 1999)

Tal y como señala Hernández Quintero (1998) la Constitución Política de 1991 ha sido conocida como una constitución económica, gracias a los diferentes derechos y garantías de naturaleza económica que consagra en los capítulos 1, 2 y 3 del Título II y especialmente en los Artículos 333, 334 y 335 del Título XII “Del régimen económico y de la hacienda pública”.

III. TRATAMIENTO EXTRA PENAL DEL OFRECIMIENTO ENGAÑOSO DE PRODUCTOS Y SERVICIOS

El antecedente del actual Estatuto del consumidor fue el Decreto 3466 de 1982, que resultó desactualizado en la vigencia de la Constitución de 1991, especialmente en relación a las acciones en cabeza de los consumidores, se señala de esta manera en la Exposición de Motivos de la Ley 1480 de 2011:

“La anterior norma, que tiene 25 años de vigencia, no es suficiente para regular los cambios comerciales producto de la apertura económica y de la competencia internacional generada por la misma. Las relaciones del mercado y del consumo de bienes y servicios se han globalizado y efecto de ello, el país se quedó corto en el fortalecimiento del sistema jurídico y de garantías para defender los derechos de los consumidores” (Congreso de la República, Gaceta 626, 2010)

La Constitución Política de 1991 en su Artículo 78 del Capítulo de los “Derechos Colectivos y del Ambiente” establece que la ley regulará todo lo concerniente al control de calidad de los bienes y servicios que son ofrecidos al público, así como toda la información respectiva a la comercialización de esos bienes y servicios.

Conforme a lo anterior, la Ley 1480 de 2011 *“Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones”* consagra el régimen jurídico destinado a la regulación de las relaciones de consumo y todo lo relacionado a la responsabilidad del productor y proveedor frente al consumidor; además establece todos los derechos del consumidor y los mecanismos para hacer efectivos sus derechos, respecto a las asimetrías correspondientes a la información contenidas en los bienes y servicios que puedan existir con el productor, proveedores y demás miembros que intervengan en la cadena productiva.

Respecto a las acciones jurisdiccionales que pueden iniciar los consumidores el Artículo 56 de la Ley 1480 de 2011 señala en primer lugar las acciones populares y de grupo, en segundo lugar las demandas por responsabilidad por productos defectuosos ante la jurisdicción ordinaria, y por último la acción de protección del consumidor que se interpone ante la jurisdicción ordinaria o ante la Superintendencia de Industria y Comercio, frente a:

“(…) los asuntos contenciosos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor por la violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios, los originados en la aplicación de las normas de protección contractual contenidas en esta ley y en normas especiales de protección a consumidores y usuarios; los orientados a lograr que se haga efectiva una garantía; los encaminados a obtener la reparación de los daños causados a los bienes en la prestación de servicios contemplados en el Artículo 19 de esta ley o por información o publicidad engañosa, independientemente del sector de la economía en que se hayan vulnerado los derechos del consumidor.” (Ley 1480, 2011)

La Superintendencia de Industria y Comercio tiene facultades jurisdiccionales con fundamento en el Artículo 116 de la Constitución Política de 1991, el cual permite que excepcionalmente la ley otorgue función jurisdiccional a determinadas entidades administrativas en temas específicos, en consecuencia esta entidad podrá conocer de procesos sobre violación de derechos de los consumidores, salvo las demandas por responsabilidad por producto defectuoso y de las acciones de grupo o las populares. La Superintendencia de Industria y Comercio por disposición del Artículo 58 de la Ley 1480 de 2011 puede reemplazar al juez de primera o única instancia y tiene competencia en todo el territorio nacional.

El cuanto al procedimiento de la acción de protección al consumidor, la Ley 1480 de 2011 en su Artículo 58 dispone que:

1. Las demandas para la efectividad de la garantía y a las controversias contractuales, deben presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la expiración de la garantía y a la terminación del contrato respectivamente, y en los demás casos las demandas deben presentarse a más tardar dentro del año siguiente a que el consumidor tenga conocimiento de los hechos.
2. El demandante no requiere actuar por medio de un abogado.
3. Como requisito de procedibilidad se requiere que el demandante presente una reclamación directa al productor y/o proveedor, o que se realice una audiencia de conciliación en cualquier centro de conciliación legalmente establecido.
4. En la demanda se debe identificar plenamente al productor y/o proveedor o indicar el sitio donde se adquirió el producto o servicio, el medio por medio del cual se adquirió o cualquier otra información que permita a la Superintendencia de Industria y Comercio iniciar

las gestiones para individualizar y vincular al proveedor y/o productor. En caso de no ser posible la individualización del proveedor y/o productor se archiva el proceso.

5. Frente al Auto que rechace la demanda se pueden interponer los recursos de reposición y apelación, y frente al que rechace las pruebas se puede interponer el recurso de reposición. Los demás autos que se dicten dentro del proceso no tienen recurso alguno.

6. Si la decisión final es favorable al consumidor se impone una multa de hasta 150 SMLMV que se determina según las circunstancias de agravación. En caso de que el proceso termine a través conciliación, transacción, desistimiento o allanamiento de los hechos no se puede imponer la multa.

7. En caso de incumplimiento de la sentencia o de una conciliación o transacción la Superintendencia de Industria y Comercio puede sancionar con una multa sucesiva equivalente a la séptima parte de un SMLMV por cada día de retardo o decretar el cierre temporal del establecimiento comercial hasta que se acredite el cumplimiento de la orden.

Además, según García Moreno (2014) la Superintendencia de Industria y Comercio tiene facultades administrativas que se enumeran en el Artículo 59 de la Ley 1480 de 2011 y corresponden a funciones investigadoras, a funciones inspectoras y a la adopción de medidas. Dentro de la función investigadora la Superintendencia de Industria y Comercio vela por la observancia de las disposiciones contenidas en esta ley y da trámite a las investigaciones por su incumplimiento, así mismo puede interrogar bajo juramento a cualquier persona cuyo testimonio se requiera para el esclarecimiento de los hechos. Respecto a la función inspectora, la Superintendencia de Industria y Comercio puede practicar visitas de inspección para verificar los hechos relacionados con el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la ley. Finalmente, la Ley 1480 de 2011 en su Artículo 59 dispone que la Superintendencia de

Industria y Comercio puede adoptar medidas preventivas durante el curso de la investigación como ordenar la suspensión de la producción o la comercialización de productos u ordenar el cese o difusión correctiva de la publicidad que no cumpla las condiciones señaladas en la ley; y al terminar la investigación administrativa la Superintendencia de Industria y Comercio puede imponer las sanciones previstas en el Artículo 60 de la Ley 1480 de 2011, como multas hasta por dos mil SMLMV, la prohibición temporal o definitiva de producir, distribuir u ofrecer al público determinados productos o el cierre temporal del establecimiento de comercio hasta por 180 días.

Por otro lado, debido a que en el Capítulo Segundo se analizará si la conducta de Ofrecimiento Engañoso de Productos y Servicios puede lesionar también la libre competencia, es necesario exponer el tratamiento jurídico existente en el ordenamiento colombiano contra la competencia desleal. La libre competencia encuentra su primer fundamento en el Artículo 333 de la Constitución Política y se regula en la Ley 256 de 1996 que establece los comportamientos que se consideran actos de competencia desleal.

En cuanto a las acciones que se pueden iniciar frente a la competencia desleal, la Ley 256 de 1996 en su Artículo 20 consagra la acción declarativa y de condena y la acción preventiva o de prohibición, la primera consiste en declarar judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y ordenar al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados, y la segunda en que el juez evite o prohíba la realización de una conducta desleal aunque aún no se haya producido daño alguno.

Según los Artículos 21 y 22 de la misma Ley, cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado y cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para

interponer las acciones anteriormente expuestas, y las mismas se pueden interponer contra cualquier persona que haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal, pero cuando se trate de trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales las acciones deben dirigirse contra el patrono. Así mismo, el Artículo 23 de la Ley 256 de 1996 señala como término de prescripción de las acciones dos años a partir del conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal y tres años a partir de la realización del acto.

El trámite de las acciones señaladas se rige por los Artículos 56 y 58 de la Ley 1480 de 2011, de manera que se pueden interponer ante la Superintendencia de Industria y Comercio y bajo el mismo procedimiento de la acción de protección del consumidor, igualmente el trámite se rige por el Código General del Proceso.

CAPÍTULO SEGUNDO

I. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PENAL

De manera generalizada en la doctrina se afirma que los llamados *principios generales del derecho penal* son límites materiales del ejercicio del *jus puniendi*, que se refiere a la potestad del Estado para determinar cómo punibles determinadas conductas e imponer frente a las mismas una consecuencia jurídica, en palabras de Bustos Ramírez (1994) “Ello es entonces la expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia legítima. La violencia penal no es sino un aspecto de aquella”. (p.20)

Los principios generales del derecho penal aunque propios del Estado de Derecho, no fueron abolidos ni reemplazados en el Estado Social de Derecho “sino que por el contrario se integraron en pro de un sistema jurídico que (...), propende por garantizar la eficacia de los derechos fundamentales de quien se halla en situación de desventaja o debilidad manifiesta (...)” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SJ_31362_130509).

Fernando Velázquez (2002) considera que dicho principios son “axiomas fundamentales forjados por el hombre desde tiempo inmemorial que, convertidos en patrimonio común de los pueblos civilizados, permiten orientar y encausar el derecho represivo por senderos de justicia y seguridad jurídica”, señalando como función de los mismos ser “(...) la suprema garantía para que la creación, interpretación e integración del derecho no queden libradas al arbitrio subjetivo de quienes la ejercen (...)”. (p.30)

Bustos Ramírez (1994) también señalándolos como límites o condicionamientos del *jus puniendi*, considera que sin ellos “el derecho penal objetivo resultaría incomprensible o desligado del tiempo, espacio y circunstancias concretas”. (p.23)

Siguiendo con el estudio de los principios realizado por Fernando Velázquez (2002), es oportuno hacer referencia a la diferencia que expone este autor entre el concepto de *principio* y el concepto de *norma rectora*, definiendo el último como “(...) las disposiciones jurídicas que incorporan al derecho positivo los postulados básicos del conocimiento jurídico; son, pues, los mismos principios inspiradores de esta parcela del saber vertidos en los textos legales respectivos (...)”, con el fin de enunciar la consagración de dichos principios en el ordenamiento jurídico colombiano, en primer lugar en la Constitución política de 1991 en su Título I y Capítulo I del Título II correspondientes a los *Principios Fundamentales* y a los *Derechos Fundamentales*, y en segundo lugar en el Código Penal en el Título I de la Parte General, correspondiente a *las Normas Rectoras de la Ley Penal Colombiana*.

En un Estado social y democrático de derecho el límite material más importante al *jus puniendi* es el principio de dignidad humana, por lo cual ha sido señalado como el principio que fundamenta los demás principios no sólo del derecho penal, sino de todo el ordenamiento jurídico. Fernando Velázquez indica que este principio:

“(...) desde el punto de vista histórico, ha sido considerado como el motor que ha posibilitado la racionalización del derecho penal y la evolución por él experimentada en el curso de los siglos, primordialmente porque todo el avance del derecho en general- y del penal en particular- está ligado, ineluctablemente, al reconocimiento de la dignidad de los seres humanos.” (Velázquez, 2002, p.31)

Así mismo, Fernando Velázquez (2002) haciendo referencia a jurisprudencia de la Corte Constitucional², señala que el principio de dignidad humana implica dos axiomas, por un lado el respeto a la autonomía ética del ser humano, y por otro lado el respeto a la integridad del ser humano; el primero de ellos conlleva que el Estado no puede cosificar o instrumentalizar al ser humano³, y el segundo hace referencia a la prohibición de sanciones punitivas que atenten contra su dignidad.⁴

Expuesto el concepto y la importancia de los principios en el derecho penal, así como el principio fundamental, que es la dignidad humana, se procederá a realizar el análisis del Tipo Ofrecimiento Engañoso de Productos y Servicios desde el significado y alcance, tanto doctrinal como jurisprudencial, de los principios de lesividad, intervención mínima y proporcionalidad. Cabe aclarar que se limitará el análisis a los referidos principios en razón a desarrollar el objeto de la presente investigación, sin restarle importancia a los otros tantos principios del derecho penal.

II. CONSIDERACIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN

Teniendo el Estado la facultad de ejercer violencia legítima, su intervención a través del derecho penal debe restringirse y justificarse, no puede ser absoluta, siendo esta la razón de ser del principio de mínima intervención.

² “Corte Constitucional: Sentencias C-542 de 24 de noviembre de 1993, T-556 de 06 de octubre de 1998, T-796 de 14 de diciembre de 1998, T-961 de 27 de julio de 2000 y T-1430 de 20 de octubre de 2000.” (Velázquez, 2002, p.32)

³ “El Estado no puede cosificar, instrumentalizar o manipular al ser humano porque, como lo dijeran C.BECCARIA (1764) E I.KANT (1785), es claro que este-encuéntrese condenado o no, hallase privado de la libertad o no- jamás puede ser tratado como un medio o cosa, sino siempre como un fin o una persona.” (Velázquez, 2002, p.32)

⁴ “Ello explica, por supuesto, la prohibición de sanciones penales (penas y medidas de seguridad) y de tratos crueles, inhumanos y degradantes (...); la lucha frontal contra las penas privativas de la libertad de duración excesiva, y la pena de muerte, etc.” (Velázquez, 2002, p.33)

Para Fernando Velázquez (2002) “la injerencia penal del Estado solo se justifica cuando ella es imprescindible para el mantenimiento de su organización política, dentro de los marcos propios de una concepción democrática...”, es decir que “el derecho penal solo tutela aquellos derechos, libertades y deberes que sean imprescindibles para el mantenimiento y conservación del orden jurídico”. (p.41)

En la doctrina se ha afirmado de manera generalizada que se pueden desprender dos consecuencias del principio de mínima intervención, el carácter de última ratio y el carácter fragmentario del derecho penal.

El carácter de última ratio hace referencia a que el derecho penal sólo interviene cuando todos los demás controles de la sociedad y del ordenamiento jurídico han fracasado. Fernando Velázquez (2002) afirma que “(...) él es el último recurso que ha de utilizar el Estado, habida cuenta de la especial gravedad que revisten las sanciones penales”, de la misma manera lo justifica Bustos Ramírez (1994) afirmando que “La gravedad del control penal, es decir, el modo tan directo y personal de ejercicio de la violencia estatal que el significa, impone que sólo se lo considere en última instancia”. (p.24)

Además, Paredes Castañón (2002) relaciona el carácter de última ratio a la protección de derechos fundamentales, señalando que “la intervención del Derecho Penal sólo resulta legítima cuando no exista otro medio menos restrictivo de derechos fundamentales (para el infractor) que permita proteger suficientemente el objeto en cuestión.” El mismo autor considera que es necesario agotar dos requisitos antes de acudir al Derecho Penal, en primer lugar determinar cuáles son las opciones de intervención frente a la conducta, y en segundo lugar establecer cuáles son los costes y eficacia de dichas opciones.

Por otro lado, el carácter fragmentario no permite que el derecho penal intervenga en todos los hechos, “sino frente a determinados hechos muy específicos y de cierta significación en la vida social” (Bustos Ramírez, 1994, p.24). Fernando Velázquez justifica este carácter considerando que:

“(…) el derecho punitivo no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos sino las que revisten mayor entidad evitando, de esta manera, la inflación punitiva a la que acuden sistemáticamente los regímenes autoritarios desnaturalizando y degradando la finalidad asignada a la pena.” (Fernando Velázquez, 2002, p. 42)

Bustos Ramírez (1994) señala que en el ordenamiento jurídico colombiano el principio de mínima intervención se encuentra consagrado en la Constitución Política en su Artículo 2, inciso dos cuando indica que uno de los fines del Estado es “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo” (Constitución Política, 1991) ; igualmente en el Código Penal en su Artículo 3 cuando afirma que “la imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad” y que “el principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan”. (Ley 599, 2000)

La Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-365 del 2012 respecto al principio de mínima intervención, justificándolo por el grado de represión que ejerce el derecho penal con la imposición de la pena, sosteniendo que:

“Esta preceptiva significa que el Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, pero tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; como también ha precisado que la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer,

y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. En esta medida, la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad. De allí que el derecho penal sea considerado por la jurisprudencia como la última ratio del derecho sancionatorio (...).” (Corte Constitucional, Sentencia C-365 del 2012)

III. CONSIDERACIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

Relacionado al principio de mínima intervención, especialmente al carácter fragmentario, que indica que el derecho penal sólo debe intervenir en situaciones que atenten significativamente contra los intereses de la sociedad, el principio de lesividad determina los intereses de la sociedad que el derecho penal debe proteger, dichos intereses han sido estudiados bajo el concepto de *bien jurídico*, de manera que es necesario exponer, aunque de forma escueta, el desarrollo del concepto de “bien jurídico”.

Antes de referenciar los desarrollos del concepto de bien jurídico, es debido aclarar que el mismo no sólo cumple un función delimitadora de la labor legislativa, sino también sistematizadora, e interpretativa. Fernando Velázquez (2002) describe la función sistematizadora como la descripción y clasificación de los tipos penales en relación a un determinado bien jurídico, y la función interpretativa la concretiza en la posibilidad de excluir del tipo penal ciertas conductas que no lesionen o pongan en peligro el bien jurídico tutelado por la ley.

El origen del concepto de bien jurídico es atribuido al jurista alemán J.M.F. Birnbaum, a mediados del siglo XIX, quien consideraba que existían “bienes” que trascienden al derecho, que

han sido dados por la naturaleza y que deben ser garantizados por el Estado en igual forma a todos. No obstante, la difusión de la teoría de Birnbaum fue realizada por el jurista alemán K. Binding, quien modificó la concepción iusnaturalista del concepto original y construyó un concepto iuspositivista, señalando que cada norma jurídica contiene su propio bien jurídico, es decir, que la norma crea el bien jurídico. (Cfr. en Bustos Ramírez, 1994, p.25)

Posteriormente, el jurista alemán Von Liszt retornó a una concepción metajurídica, pero no a la concepción iusnaturalista de Birnbaum, sino que acuñó una concepción de carácter sociopolítico, indicando que los bienes jurídicos nacen en intereses de la vida que surgen de las relaciones sociales, y advirtiendo que pese a ser previos al Derecho, dichos intereses de la vida no se convierten bienes jurídicos hasta que son protegidos por el derecho. (Cfr. en Bustos Ramírez, 1994, p.25)

Con el auge del nacionalsocialismo, entre 1933 y 1945, el concepto de bien jurídico fue excluido del derecho penal por considerarse propio del liberalismo individualista, y fue remplazado por el concepto de “lesión al deber”, recurriendo a nociones como “sano sentimiento del pueblo” o “infidelidad al derecho”. (Cfr. en Bustos Ramírez, 1994, p.26 y en Fernando Velázquez, 2002, p.49)

Paralelamente, el jurista alemán H. Wezel expuso un concepto similar al concepto similar al concepto de carácter sociopolítico de Von Liszt, señalando que un bien jurídico es un “estado social”, sin embargo sólo le asignó una función interpretativa, puesto que consideraba que el derecho penal protege en primera medida valores éticosociales, y secundariamente bienes jurídicos. (Cfr. en Bustos Ramírez, 1994, p.26 y en Fernando Velázquez, 2002, pp.49-50)

Las últimas concepciones de bien jurídico tienen un carácter politicocriminal, unas fundamentadas en el ordenamiento constitucional, y otras en límites de tipo social.

Un concepto constitucional de bien jurídico lo ofrecen M. Marx en 1972, indicando que los bienes jurídicos son presupuestos que cada individuo necesita para su realización en la vida social, y que el derecho penal al igual que el Estado tiene como fin la dignidad humana, que constituye el postulado básico de la Ley Fundamental del Estado. (Cfr. En Fernando Velázquez, 2002, p.50)

Unos años más tarde, desde una perspectiva funcionalista moderada, Roxin construye también un concepto constitucional de bien jurídico, considerando que el único límite previamente dado al legislador se encuentra en los principios de la Constitución; además, Roxin advierte que el concepto de bien jurídico al enmarcarse dentro de las finalidades de la Constitución no es estático sino que está presto al cambio social. Conforme a lo anterior, Roxin define los bienes jurídicos como “circunstancias o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema” (Claus Roxin, 1997, p.56).

Respecto a las concepciones de bien jurídico con carácter políticocriminal fundamentadas en límites de tipo social, Fernando Velázquez (2002) sostiene que su explicación es compleja al fundamentarse en construcciones sociológicas.

Por último, también desde una perspectiva funcionalista, G. Jakobs desconoce la importancia del concepto de bien jurídico, consolidando como cometido de la norma penal la infracción de deberes.

A pesar de que el concepto de bien jurídico ha tenido varias construcciones, en la doctrina se ha considerado de manera generalizada, salvo dos posiciones anteriormente señaladas, que el derecho penal sólo debe proteger bienes jurídicos, constituyéndose así el principio de lesividad, en palabras de Fernando Velázquez (2002) “El principio de lesividad suele sintetizarse en el tradicional aforismo liberal *no hay delito sin daño*, que- traducido al lenguaje actual- equivale a la no existencia de conducta punible sin amenaza concreta o real para el “bien jurídico tutelado (...)” (p.48). Cabe mencionar que el principio de lesividad excluye la protección, desde el derecho penal, de ideas morales, estéticas, o políticas.

En el Ordenamiento Jurídico Colombiano, actualmente el principio de lesividad se encuentra consagrado en el inciso 2 del Artículo 2 de la Constitución Política, en el Artículo 11 del Código Penal, que sin confundirse con la categoría dogmática de antijuridicidad, establece que “Para que la conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro (...) el bien jurídicamente tutelado por la ley penal” (Ley 599, 2000), y se infiere en la totalidad del Ordenamiento Jurídico al encontrarse consagradas y clasificadas las conductas punibles según el bien jurídico que pretenden tutelar. (Velázquez, 2002, pp.52-53)

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia indica que se derivan dos consecuencias del principio de lesividad, la habilitación en el derecho penal de la protección exclusiva de los bienes jurídicos, y la obligación de las autoridades de tolerar todo comportamiento que no dañe significativamente o ponga en peligro a otras personas, individual o colectivamente, en relación con dichos bienes (Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SJ_31362_130509).

IV. CONSIDERACIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Este principio está directamente relacionado con la determinación de las consecuencias jurídicas, que en el derecho penal corresponde a las penas y medidas de seguridad, razón por la cual se compone de los criterios que miden la licitud de las restricciones de derechos y libertades, claramente realizadas por la autoridad competente. Antes de mencionar dichos criterios, es debido aclarar que el principio de proporcionalidad fue acogido en el derecho penal para fundamentar la imposición de medidas de seguridad, que no tienen su fundamento en el principio de culpabilidad como lo tienen las penas, sin embargo actualmente se acude a este principio para graduar la imposición de las penas, de manera que se constituye como principio general del derecho penal.

Los criterios anteriormente referidos son idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, y no solamente han sido desarrollados en la doctrina, sino también en la jurisprudencia constitucional como en la Sentencia C-022 de 1996.

La idoneidad hace referencia a la adecuación de la sanción al fin perseguido, y en el caso de las penas deben tenerse presentes los fines de las mismas, como lo señala Fernando Velázquez (2002) la determinación de la pena “ha de ser cualitativa y cuantitativamente adecuada para prevenir la comisión de delitos, proteger a la sociedad y resocializar al delincuente” (p.36).

El criterio de necesidad está vinculado al carácter de última ratio del derecho penal, puesto que las penas privativas de la libertad deben constituirse como la medida a la que se acuda, “cuando se haya descartado la posibilidad de obtener el fin legítimo perseguido con la conminación penal, acudiendo a medios menos dañinos y graves (...)” (Velázquez, 2002, p.p. 36-37).

Finalmente, el criterio de proporcionalidad en sentido estricto conlleva un juicio de ponderación entre el uso o intensidad de la sanción y la gravedad de la conducta. Para determinar la gravedad de la conducta Paredes Castañón (2002) hace mención de tres factores: la lesividad de la conducta, la antinormatividad de la conducta y la necesidad preventiva de la conducta; en cuanto a la lesividad, implica que se haga una distinción entre los delitos de lesión y los delitos de peligro; por otra parte, la antinormatividad implica que los delitos dolosos tengan una pena mayor que los delitos imprudentes; y por último, el autor considera que la necesidad preventiva se determina de acuerdo a la frecuencia con la que pueda cometerse un delito en comparación a otros. Así mismo, Fernando Velázquez (2002) señala como criterios para determinar la gravedad de la conducta la mayor o menos gravedad del injusto y la mayor o menor gravedad de la culpabilidad.

En el Ordenamiento Jurídico Colombiano, el principio de proporcionalidad se encuentra reflejado en los Artículos 3 y 61 del Código Penal como uno de los fundamentos de la tasación de las sanciones penales.

Refiriéndose el principio de proporcionalidad a las penas, especialmente al hablar del criterio de idoneidad es debido señalar las funciones que el Código Penal le otorga a las mismas, “Artículo 4°. *Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.*” (Ley 599, 2000). Para una mayor comprensión de dichas funciones, se expondrán brevemente las teorías que a lo largo de la historia se han construido en torno a la justificación de las penas.

Las teorías absolutas son aquellas que le asignan a la pena como único propósito la compensación del daño causado con el delito, consideran que la pena tiene finalidad en sí misma. Dentro de estas teorías se encuentran la teoría de la expiación y la teoría de la retribución; la

primera le asigna a la pena el carácter de expiación moral, es decir, de liberación de culpa que se logra por medio del arrepentimiento del delincuente y la aceptación social de la misma; y la segunda fundamentada por uno de sus representantes, el filósofo alemán Immanuel Kant, en la prohibición de instrumentalizar al hombre a través de la pena, justifica la pena simplemente en la necesidad moral que genera la comisión del delito. (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 2016)

Las teorías relativas consideran que la pena debe tener un fin que trascienda la retribución, como lo es la prevención de comisión de futuros delitos, frente a lo cual se pueden clasificar dos corrientes, una dirigidas a la sociedad y otra dirigidas al individuo que incurrió en el delito, dentro de las mismas se encuentran concepciones en sentido negativo y concepciones en sentido positivo.

La concepción de la prevención general positiva le otorga a la pena la finalidad de reestablecer la confianza de la sociedad en el ordenamiento jurídico, de asegurar que todas las personas sean fieles a éste. Roxin la describe en tres efectos:

“(...) el efecto de aprendizaje, motivado socialpedagógicamente; el ejercicio en la confianza del Derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se aplica; y finalmente, el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza en virtud de la sanción sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor.” (Claus Roxin, 1997, p.92)

En cuanto a la prevención general negativa concibe en la pena un fin intimidatorio reflejado en la coacción psicológica generada sobre los potenciales delincuentes, así lo explica su

principal representante Feuerbach “el impulso sensual será eliminado en cuanto cada uno sepa que inevitablemente seguirá un mal a su hecho, que es mayor que el desagrado que surge del impulso no satisfecho hacia el hecho” (Feuebrach citado en Bustos Ramírez, 1994, p. 70).

Por último la prevención especial, contemplada también en las dos concepciones anteriores, positiva y negativa, dirige sus efectos al individuo que incurre en el delito. Su concepción positiva encuentra en la pena un método de corrección del delincuente para su posterior resocialización; a diferencia de su concepción negativa que busca con la pena la inocuización o neutralización del individuo en la sociedad.

Por otro lado, existen teorías unificadoras que pretenden construir una mixtura entre las teorías absolutas y las teorías relativas, con el propósito de superar las críticas que unas y otras generaron. Una de estas teorías unificadoras la propuso Roxin, a partir de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo Federal alemán, en los que la retribución, la prevención especial y la prevención general fueron consideradas finalidades de igual relevancia; para Roxin cada fin tiene cabida en el derecho penal en un fase específica, de manera que se inicia con una una concepción de prevención general en la creación de la norma, se aplica un criterio retributivo en la determinación de la sanción cuando se hace el análisis de culpabilidad, y finalmente se acude a la concepción de prevención especial en el proceso penitenciario. (Cfr. Claus Roxin, 1997, p.p. 94 y ss.)

De acuerdo a la disposición del Artículo 4 del Código Penal, mencionado anteriormente, se puede enmarcar el ordenamiento jurídico-penal colombiano en estas teorías unificadoras.

Para concluir las consideraciones sobre el principio de proporcionalidad es oportuno hacer referencia a dos criterios especialmente señalados para los delitos económicos. Según el

autor Paredes Castañón (2002), en primera medida “(...) nunca los límites penológicos correspondientes a un delito económico deberían ser iguales, y menos aún más elevados, a los establecidos para un delito que ataque a un bien jurídico eminentemente personal.”, y en segunda medida, cuando se habla de “consideraciones relativas a la necesidad de la pena, se refiere a la constatación de que una cierta cuantía de pena, legítima en atención a la importancia del bien jurídico, es, sin embargo, innecesaria, porque sus mismos efectos preventivos pueden ser alcanzados con una pena inferior.” (P.p. 105 - 106)

V. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DE OFRECIMIENTO ENGAÑOSOS DE PRODUCTOS Y SERVICIOS A PARTIR DE LOS PRINCIPIOS DE MÍNIMA INTERVENCIÓN, LESIVIDAD Y PROPORCIONALIDAD.

En primer lugar, se retoma el principio de mínima intervención, recordando que de éste se deriva el carácter de última ratio y el carácter fragmentario del derecho penal. Respecto al carácter de última ratio, se debe señalar que la conducta de Ofrecimiento Engañoso de Productos y Servicios es considerada una conducta de publicidad engañosa desde el derecho comercial y el derecho administrativo-sancionador, frente a la cual se puede interponer una acción judicial de protección del consumidor, con el fin de buscar una reparación o devolución del dinero, o una denuncia que inicie una investigación administrativa que conlleve a la imposición de una multa; en ambos casos la Superintendencia de Industria y Comercio ha demostrado eficiencia, si se tienen en cuenta el número de procesos resueltos por esta entidad frente al número de acciones que se presentan anualmente, como se observa en las siguientes gráficas que corresponden a la gestión institucional en el periodo comprendido entre 2013 y 2016:

DELEGATURA PARA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR										
INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS										
1	Denuncias protección del consumidor									
	En trámite inicio periodo	323	1868	3525	2796	Cobertura	60,0%	57,4%	63,6%	64,9%
	+ Denuncias	4349	6412	4.153	7.940	Eficiencia	64,5%	74,2%	117,6%	87,7%
	- Atención denuncias	2804	4755	4.882	6.966	Crecimiento denuncias	164,9%	47,4%	-35,2%	91,2%
	En trámite fin periodo	1868	3525	2796	3770	Crecimiento atención	4,8%	69,6%	2,7%	42,7%

DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES										
DEFENSA DEL CONSUMIDOR										
1	Demandas protección del consumidor									
	En trámite inicio periodo	14.042	15.710	26.811	27.527	Cobertura	58,4%	43,4%	60,3%	74,2%
	+ Demandas	23.727	31.624	42.520	49.080	Eficiencia	93,0%	64,9%	98,3%	115,8%
	- Atención demandas	22.059	20.523	41.804	56.839	Crecimiento demandas	-21,7%	33,3%	34,5%	15,4%
	En trámite fin periodo	15.710	26.811	27.527	19.768	Crecimiento atención	5,0%	-7,0%	103,7%	36,0%

(Superintendencia de Industria y Comercio, 2016)

Si se acude a los argumentos del autor Diego Corredor se justificaría la intervención del derecho penal una vez se haya acudido al derecho comercial y al derecho administrativo-sancionador, puesto que dicho autor indica que:

“Es así como encontramos que se ha utilizado al Derecho privado en ocasiones y en las más de la veces al Derecho Administrativo como el escenario propicio para reprimir este tipo de infracciones y se hace con el argumento de estar la Administración bien capacitada técnicamente para la imposición de una sanción, trámite que en la mayoría de los casos se cumple de manera expedita, pero al que se le opone el inconveniente de que esas sanciones no son impuestas en forma pública en todos los casos y por ello resulta escasamente intimidatorias, cuando además en algunas legislaciones, como lo indica Tiedemann, suelen terminar a través de negociaciones o transacciones (...)” (Diego Corredor, 2010, p. 364)

Sin embargo, los argumentos del autor señalado no fundamentarían la intervención del Derecho Penal, toda vez que, en primer lugar existen mecanismos de la Superintendencia de Industria y Comercio para acceder fácilmente a las actuaciones que se llevan a cabo en los

procesos administrativos y jurisdiccionales, como lo es su página web, y en segundo lugar, cabe recordar que en el proceso penal la conciliación es requisito de procedibilidad para la acción penal en los delitos querellables⁵, siendo el Ofrecimiento Engañoso de Productos y Servicios uno de estos⁶.

La no justificación de la intervención del derecho penal a través de la conducta de Ofrecimiento Engañoso de Productos y Servicios, fundamentada en el carácter de última ratio se fortalece con el análisis del carácter fragmentario, del principio de lesividad y del principio de proporcionalidad y la relación de estos con la función subsidiaria del derecho penal.

En cuanto al carácter fragmentario, es decir, a la justificación de la intervención del Derecho Penal en las afectaciones más graves a los bienes jurídicos, se hará referencia a cuatro posiciones de la doctrina que expone Diego Corredor.

La primera de ellas justifica la intervención del Derecho Penal en situaciones de publicidad engañosa sólo cuando se afectan intereses relacionados con la salud de las personas (Cfr. Torio López, 1994. Citado en Diego Corredor, 2010, p.368). Respecto a esta posición, se considera que la afectación a la salud justifica la intervención del Derecho Penal, no obstante es necesario precisar que, limitar el fundamento de dicha intervención frente a conductas económicas desnaturaliza estos tipos penales, pudiendo recurrirse a los tipos penales destinados a la protección del bien jurídico integridad física.

⁵ Código de Procedimiento Penal-Ley 906 de 2004-. “Artículo 522. *La conciliación en los delitos querellables*. La conciliación se surtirá obligatoriamente y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables, ante el fiscal que corresponda, o en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal. (...)”

⁶ Código de Procedimiento Penal-Ley 906 de 2004-. “Artículo 74. *Delitos que requieren querella*. Para iniciar la acción penal será necesario querella en los siguientes delitos, excepto cuando el sujeto pasivo sea un menor de edad:

1. Aquellos que de conformidad con el Código Penal no tienen señalada pena privativa de la libertad. (...)”

La segunda posición, contraria a la anterior, argumenta que la intervención del Derecho Penal se justifica en el simple hecho de que la publicidad en la economía del mercado es el factor más importante para dirigir el consumo (Cfr. Choclan Montalvo, 1996. Citado en Diego Corredor, 2010, p. 368); frente a esta posición, se considera que debe determinarse qué tipo de publicidad o sobre qué debe recaer la publicidad para que se considere como un atentado grave al bien jurídico.

En este sentido, se coincide con la tercera posición, defendida por el autor Diego Corredor siguiendo a Lampe, la cual indica que:

“la prohibición jurídico-penal en el campo de la publicidad engañosa debería limitarse a lo más esencial y que se concreta en los dos siguientes supuestos: a) Engaños referidos a los servicios y productos ofrecidos con especial referencia a lo que se refiere a la calidad, origen y naturaleza de los mismos, y b) Engaños referidos al precio de dichos bienes y servicios, especificándose bien el precio de la oferta total o bien el de algunas de las mercancías y servicios ofrecidos.” (Lampe, 1985, citado en Diego Corredor, 2010, p. 372)

En cuanto a la publicidad frente al precio, cabe advertir que en el tipo penal de Ofrecimiento Engañosos de Productos y Servicios, consagrado en el Artículo 300 del Código Penal, no se hace referencia a este elemento; sin embargo, se considera que la publicidad engañosa respecto al mismo puede afectar gravemente los intereses de los consumidores.

Por último, la cuarta posición también defendida por el autor Diego Corredor, alude a la circunstancia de modo del ofrecimiento engañoso, esto es a su realización en forma “masiva”, que según Vargas Cabrera significa que “el engaño no se dirige a un patrimonio individual sino a

una colectividad indeterminada de individuos que precisamente por su elevado número pueden sufrir perjuicios patrimoniales y de todo orden de extraordinario relieve” (Vargas Cabrera, Citado en Diego Corredor, 2010, p.368). Respeto a esta postura se considera que la forma exigida para el verbo rector en principio cumple con el carácter fragmentario del derecho penal, sin embargo el concepto de “publicidad engañosa” del derecho administrativo y del derecho comercial también cobija el carácter “masivo” del Ofrecimiento Engañoso de Productos y Servicios; la Ley 1480 de 2011- Estatuto del Consumidor- consagra las siguientes definiciones:

“Artículo 5o. Definiciones. Para los efectos de la presente ley, se entiende por:

(...)

12. Publicidad: Toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo.

13, Publicidad engañosa: Aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión.”

Además, la Real Academia de la Lengua define publicidad como “Divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.”. Y el autor Villalba (2012) la define como “(...) mecanismo de difusión de productos y servicios en el mercado cuyo uso es generalizado en la sociedad de consumo”.

En segundo lugar, realizando el análisis desde el principio de lesividad aun recurriendo al concepto en sentido amplio del bien jurídico de orden económico y social, que según Bajo (2002) hace referencia a “la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”, a diferencia del concepto en sentido estricto que lo define como la regulación

de la intervención Estatal en la economía, no se justificaría la intervención del derecho penal, puesto que, el derecho comercial y el derecho administrativo tienen las acciones que tutelan de manera efectiva los intereses afectados con la conducta de Ofrecimiento Engañoso de Productos y Servicios.

Si se acude al concepto en sentido amplio, se debe entender que la conducta de Ofrecimiento Engañoso de Productos y Servicios no sólo pone en peligro el orden económico como bien jurídico cuyo titular es el Estado, sino también los intereses de los intervinientes en la cadena de producción, distribución y comercialización, siendo estos los competidores y consumidores, y constituyéndose como una conducta pluriofensiva, en razón a que puede existir una puesta en peligro del patrimonio económico y la libertad de decisión de los consumidores, y la libre competencia o la sana competencia de los competidores⁷.

Es necesario acudir a la Sentencia C-083 de 1999 para indicar que la Corte Constitucional ha acogido en concepto de orden económico y social en sentido amplio, como se puede observar:

“(…) el orden público económico se consolida sobre la base de un equilibrio entre la economía libre y de mercado, en la que participan activamente los sectores público, privado y externo, y la intervención estatal que busca mantener el orden y garantizar la equidad en las relaciones económicas, evitando los abusos y arbitrariedades que se puedan presentar en perjuicio de la comunidad, particularmente, de los sectores más débiles de la población.” (Corte Constitucional, Sentencia C-083 de 1999)

⁷ “La ley pretende garantizar la libre y leal competencia económica y se aplica a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales repercutan en el mercado nacional. En términos generales se considera que constituye competencia desleal “todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de buena fe comercial, a los usos deshonestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado”.(Corte Constitucional, Sentencia C-535 de 1997)

En conclusión, se reitera que tanto los competidores como los consumidores tienen acciones en el derecho comercial y en el derecho administrativo que son eficaces para la tutela de los intereses que pueden verse en peligro o lesionados con la conducta de Ofrecimiento Engañoso de Productos y Servicios, o en su defecto de publicidad engañosa, como lo son la acción judicial de protección del consumidor y la denuncia que inicie una investigación administrativa.

En tercer y último lugar, en cuanto al principio de proporcionalidad es debido señalar algunas precisiones sobre la consecuencia jurídica que impone el legislador en el tipo de Ofrecimiento Engañoso de Productos y Servicios.

El Artículo 300 del Código Penal establece como consecuencia jurídica del Ofrecimiento Engañoso de Productos y Servicios la *Unidad Multa*, que se encuentra definida en la misma ley en el Artículo 39:

“*La multa*. La pena de multa se sujetará a las siguientes reglas. 1. *Clases de multa*. La multa puede aparecer como acompañante de la pena de prisión, y en tal caso, cada tipo penal consagrará su monto, que nunca será superior a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Igualmente puede aparecer en la modalidad progresiva de unidad multa, caso en el cual el respectivo tipo penal sólo hará mención a ella. (...)” (Ley 599, 2000)

Así mismo, el Artículo 39 consagra los criterios para la determinación de dicha clase de multa, expuestos en la Sentencia C- 181 de 2016 de la siguiente manera:

“Su determinación depende de los ingresos promedio del condenado en el último año, por lo que existen diversos grados. En efecto, en el primer grado se ubican quienes hayan percibido

hasta 10 S.M.L.M.V, caso en el cual una unidad multa equivale a un salario y la multa será de hasta 10 unidades multa. En el segundo grado se ubican a quienes perciben entre 10 y 50 S.M.L.M.V, la unidad de multa equivale a 10 S.M.L.M.V y la multa será hasta 10 unidades multa. En el tercer grado se encuentran quienes perciben más de 50 S.M.L.M.V, la unidad multa será de 100 S.M.L.M.V y la multa será de hasta 10 unidades multa.” (Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 2016)

Ahora bien, no sólo se tienen en cuenta los ingresos promedio del condenado en el último año, también se deben considerar otros elementos comunes a las dos clases de multa, a saber el “(...) daño causado con la infracción, la intensidad de la culpabilidad, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo, la situación económica del condenado deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares, y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar.” (Ley 599, 2000)

Retomando el discurso, al observar los criterios de la determinación de la unidad multa, se advierte que existen dos criterios objetivos en común con los establecidos para la imposición de multas por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, dentro de sus facultades administrativas; criterios que corresponden al daño ocasionado y al beneficio percibido. La Ley 1480 de 2011 los consagra en su Artículo 61 parágrafo 1:

“Parágrafo 1°. Para efectos de graduar la multa, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los siguientes criterios: 1. El daño causado a los consumidores. 2. La persistencia en la conducta infractora. 3. La reincidencia en la comisión de las infracciones en materia de protección al consumidor. 4. La disposición o no de buscar una solución adecuada a los consumidores. 5. La disposición o no de colaborar con las autoridades competentes. 6. El beneficio económico que se hubiere obtenido para el

infractor o para terceros por la comisión de la infracción. 7. La utilización de medios fraudulentos en la comisión de la infracción o cuando se utiliza a una persona interpuesta para ocultarla o encubrir sus efectos. 8. El grado de prudencia o diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas pertinentes.” (Ley 1480, 2011)

Es necesario aclarar que el derecho penal se dirige a establecer la responsabilidad de personas naturales, razón por la que se acude a criterios subjetivos en la determinación de la sanción, como la intensidad de la culpabilidad y la situación económica del condenado. Diferente sucede con el derecho administrativo- sancionador, que investiga e impone su sanciones no sólo a personas naturales, sino también a personas jurídicas.

Lo anterior lleva a evidenciar que, al tratarse de una conducta de publicidad engañosa esta se realiza en la mayoría de las veces por personas jurídicas, quienes no podrían ser investigadas y juzgadas en el ordenamiento jurídico-penal⁸, y se obligaría a individualizar una persona natural, que por disposición del Artículo 29 del Código Penal, corresponde al miembro de representación autorizado o de hecho de la persona jurídica.⁹ En consecuencia, la unidad multa sería determinada de acuerdo y sobre el patrimonio de la persona natural, más no de la persona jurídica, siendo este último el que pudo verse beneficiado en mayor medida por la conducta.

⁸ Actualmente la responsabilidad penal de personas jurídicas se encuentra en discusión doctrinal, aunque algunos ordenamientos han emitido leyes que evidencian su acogida, como lo es el ordenamiento jurídico alemán, en Colombia no se ha consagrado en la legislación penal, ni ha sido desarrollada jurisprudencialmente.

⁹ Código Penal- Ley 599 de 2000-. “Artículo 29. (...)También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.”

Además, la Ley 1480 de 2011 no sólo consagra un mayor rango en el valor de la multa¹⁰, sino que también dispone de otras consecuencias como los son el cierre temporal o definitivo del establecimiento de comercio, la prohibición temporal o definitiva de producir, distribuir u ofrecer al público determinados productos y la destrucción de un determinado producto.

Conforme a las consideraciones sobre las consecuencias jurídicas derivadas del tipo penal de Ofrecimiento Engañoso de Productos y Servicios en comparación con las consecuencias jurídicas impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio frente a las conductas de publicidad engañosa, y de acuerdo a los criterios de idoneidad y necesidad del principio de proporcionalidad, se considera que las sanciones administrativas, debido al contexto y la forma en la que se realiza este tipo de conductas, pueden garantizar en buena medida la prevención de la publicidad engañosa y la protección de los bienes jurídicos tanto del orden económico y social y del patrimonio individual como de los intereses de libre competencia y competencia sana, sin que sea necesario acudir al ordenamiento jurídico-penal.

Para finalizar el presente análisis se expondrán dos decisiones que la Superintendencia de Industria y Comercio ha proferido en su facultad administrativa¹¹, con el fin de constatar los criterios aplicados para la imposición de multas en casos de publicidad engañosa.

CASO 1

La Superintendencia de Industria y Comercio mediante la Resolución No. 20786 de 2017 sancionó a ZAKARA GROUP S.A.S conforme a los siguientes hechos:

¹⁰ Estatuto del Consumidor- Ley 1480 de 2011- “Artículo 61. (...) 1. Multas hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción.”

¹¹ Con el mismo propósito se pueden observar otras decisiones contenidas en las Resoluciones No.3881 de 2015, No. 41476 de 2014 y No. 9149 de 2014, así como las noticias publicadas en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio <http://www.sic.gov.co/noticias/por-publicidad-enganosa-en-la-promocion-la-picada-mundialista-superindustria-ratifica-sanciooon-a-KOKORIKO>.

- 1) El día 20 de mayo de 2014 por CARACOL PRIMERA CADENA RADIAL COLOMBIANA S.A. CARACOL S.A. mediante oficio 14-102336-2 allegó a través de medio magnético CD-R cuñas radiales relacionadas con la información del producto denominado CAPICELL de la empresa ZAKARA GROUP S.A.S, publicidad que en su mayoría contenía testimonios de personas que habían utilizado el producto y manifestado resultados positivos.
- 2) Mediante oficio 14-102336-4 y 14-102336-5 la SIC solicitó a ZAKARA GROUP S.A.S allegar todos los estudios técnicos y científicos que sustentaran los beneficios del producto CAPICELL.

Cargos:

Mediante la Resolución No. 80309 del 23 de septiembre de 2014 la Superintendencia de Industria y Comercio inició investigación administrativa mediante formulación de cargos y se profirió la orden de cese de publicidad en contra de ZAKARA GROUP S.A.S:

Imputación fáctica No. 1: Posible incumplimiento a las órdenes impartidas por esta dirección, por no allegar los estudios técnicos y científicos que acreditaran las bondades y propiedades que se anuncian del producto CAPICELL.

Imputación fáctica No. 2: Presunto incumplimiento a los Artículos 23,29 y 30 de la Ley 1480 de 2011 por probable información no veraz, no clara, imprecisa, no verificable, incomprensible y publicidad engañosa.

Consideraciones y decisión:

La Superintendencia decidió imponer una multa de TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS PESOS MCTE

(\$368.858.500) que corresponden a quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (500 SMLMV), igualmente ordenó retirar toda publicidad relacionada con el producto CAPICELL.

Para imponer dicha multa la Superintendencia de Industria y Comercio recurrió a los siguientes criterios, establecidos en el Artículo 61 de la Ley 1480 de 2011:

1. El daño causado. Frente a este criterio la Superintendencia aclaró que hace referencia a la potencialidad de la conducta para perjudicar un universo de consumidores; en el caso en particular la ausencia de información o de soporte técnico y/o científico sobre las características del producto genera una percepción falsa y equivocada, que puede ser determinante en la decisión de consumo de los destinatarios de la publicidad, y en mayor medida cuando se señalan beneficios para la salud y la belleza. En este criterio la Superintendencia también tuvo en cuenta que se utilizaron medios de comunicación con niveles altos de audiencia.
2. Grado de prudencia. La Superintendencia de Industria y Comercio observó que la investigada siguió desarrollando su publicidad en las mismas condiciones cuando ya se había emitido una orden de cese de la misma.
3. Colaboración con la autoridad. La Superintendencia señaló que la investigada no allegó las pruebas ordenadas, lo que conduce a un desconocimiento de su deber procesal y de las facultades asignadas por la Ley a dicha autoridad, constituyéndose en un agravante de la multa.

CASO 2

Hechos:

- 1) La Superintendencia de Industria y Comercio decidió de oficio investigar a la empresa JORGE HANÉ REDU FAT FAST, por la presunta violación a los Artículos 29 y 30 de la Ley

1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor), en donde a través de piezas publicitarias garantizaba que por medio de sus productos dietarios se eliminaba la grasa y se disminuía de peso.

2) La Superintendencia de Industria y Comercio determinó que los resultados de los estudios científicos de dichos productos no lograban demostrar eliminación de grasa, pérdida de peso y disminución de medidas corporales, hecho que demuestra que la información expuesta en los medios publicitarios no corresponden con la realidad.

3) Igualmente se determinó que el producto JORGE HANÉ REDU FAT FAST contenía un registro sanitario del INVIMA como suplemento dietario, hecho que demuestra que el producto no produce ninguno de los benéficos anteriormente mencionados, ya que de ser ciertos esos benéficos el registro sanitario debería corresponder al de un medicamento.

Cargos:

Presunta violación a los Artículos 29 y 30 de la Ley 1480 de 2011 por publicidad engañosa.

Consideraciones:

La Superintendencia consideró que el resultado de los estudios científicos no lograba demostrar los benéficos correspondientes al producto, hecho que evidenció que el mensaje emitido no correspondía a la realidad, generando así un engaño a los consumidores.

Sanciones:

La Superintendencia confirmó en segunda instancia, a través de la Resolución No. 2708 de 2016, la imposición de una multa a JORGE HANÉ REDU FAT FAST por setecientos ocho millones setecientos ochenta y cinco mil pesos (\$708.785.000.00), que corresponden a mil cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (1.100 SMLMV).

CONCLUSIONES

1. En atención a los elementos constitutivos del tipo penal de Ofrecimiento Engañoso de Productos y Servicios, se caracteriza esta conducta por ser un delito de sujeto activo cualificado, una mera conducta y una conducta pluriofensiva. Puesto que, en primer lugar, el tipo exige que el individuo que realice la conducta haga parte de la cadena de producción, distribución y comercialización, es decir que sea productor, distribuidor, proveedor, comerciante, importador, expendedor o intermediario; en segundo lugar el tipo penal no exige la realización de un resultado, sino que penaliza solamente la conducta de ofrecimiento engañoso, que conlleva a que exista sólo una puesta en peligro; y en tercer lugar, pese a que el tipo se encuentra ubicado en el Título X del Código Penal, que corresponde a los delitos contra el orden económico y social, desde un concepto en sentido amplio de dicho bien jurídico la conducta podría poner en peligro otro bien jurídico como el patrimonio individual, e intereses como la libre competencia y la competencia sana.
2. Pese a que el Código Penal de 1936 consagró en sus Artículos 283 y 284, conductas con una estructura similar al Ofrecimiento Engañoso de Productos y Servicios, fue hasta la expedición del Código Penal de 1980 que se instituyó el bien jurídico de orden económico y social, pero con la influencia de la Constitución Política de 1991 en la expedición del Código Penal de 2000 se logró su desarrollo con la amplitud de conductas que se tipificaron en protección de este. A su vez la Constitución Política de 1991, en relación a los derechos de carácter económico, y el Código Penal de 2000 fueron resultado de las preocupaciones que se generaron con la crisis financiera de 1982.

3. Los fines del Estado Social de Derecho y la crisis financiera de 1982 ocasionaron una mayor protección al consumidor en las disposiciones de la Constitución Política de 1991, sin embargo, en ese momento el único instrumento legislativo que regulaba dicha protección era el Decreto 3466 de 1982, que fue insuficiente en cuanto a las acciones para hacer efectiva la protección al consumidor, lo cual justificó la tipificación de la conducta de Ofrecimiento Engañoso de Productos y Servicios en el Código Penal de 2000.
4. Con la expedición de la Ley 1480 de 2011 se fortalecieron las acciones jurisdiccionales y administrativas frente a las conductas de publicidad engañosa y se le otorgó a la Superintendencia de Industria y Comercio las facultades suficientes para garantizar la protección al consumidor; de manera que, siguiendo el principio de mínima intervención, especialmente el carácter de última ratio, no se justifica la existencia de un tipo penal cuando otras áreas del derecho pueden evitar la ocurrencia de conductas de publicidad engañosa y proteger efectivamente al consumidor.
5. Tanto el carácter fragmentario como el principio de lesividad deben aplicarse en complemento del carácter de última ratio, puesto que, a pesar de que la publicidad sea un elemento determinante en las relaciones del mercado, y que a través de la conducta de ofrecimiento engañoso se vean puestos en peligro o afectados no sólo el orden económico y social, sino también el patrimonio y la facultad de decisión de los consumidores, y la libre y sana competencia, existen acciones en la jurisdicción ordinaria y facultades administrativas de la Superintendencia de Industria y comercio que hacen innecesaria la intervención del derecho penal.

6. A partir de la comparación entre la consecuencia jurídica establecida por el legislador para el tipo penal de Ofrecimiento Engañoso de Productos y Servicios, y la multa y otras medidas que puede adoptar la Superintendencia de Industria y Comercio frente a conductas de publicidad engañosa, se concluye que las últimas cumplen de manera más adecuada las funciones preventivas, retributivas y de protección al consumidor, ya que pueden afectar directamente el patrimonio económico de las personas jurídicas, siendo estas las que en mayor medida incurrir en la conducta, y pueden evitar la reincidencia con medidas como el cierre del establecimiento de comercio o la prohibición de distribución del producto.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DOCTRINA

- Bajo Fernández, M. Concepto y Contenido del Derecho Penal Económico. En: Mir Puig, S. y Coordinadores. (2002). Estudios del Derecho Penal Económico. Carácas, Venezuela: Editorial Livrosca.
- Bustos Ramírez, J. (1994). Introducción al Derecho Penal. Editorial Temis, Bogotá.
- Cervini, R. (2008). Derecho Penal Económico. Perspectiva Integrada. *Revista de Derecho (UCUDAL)*, Volumen No.3. Recuperado de <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/838/841>
- Córdoba Angulo, M., y Ruiz, E. *Delitos contra el orden económico social*. En Barreto Ardila, H. (Ed. II) (2011). *Lecciones de derecho penal*. Parte especial (p. 250). Bogotá, Colombia: Universidad Externado.
- Corredor, D. Publicidad Engañosa. En (2010). XXXII Jornadas Internacionales De Derecho Penal. Derecho Penal Económico Y De La Empresa. Bogotá, Colombia: Universidad Externado.
- Hernández Quintero, H. (Ed. II) (1998). Los delitos económicos en la actividad financiera. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Hernández Quintero, H. (2000). Los delitos contra el orden económico y social en el nuevo Código Penal Colombiano. *Revista Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia, Volumen No.21*. Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1102/1045>
- García Moreno, L. (2014). Estatuto del Consumidor de Colombia: Ley 1480 de 2011. Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla- La Mancha. Recuperado de: <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/noticias/2014/26.pdf>
- Grosso García, M. Esquema dogmático del delito. Guía para el estudio de la Teoría del Delito.
- Paredes, C. Los Delitos de Peligro como Técnica de Incriminación en el Derecho Penal Económico: Bases Político-Criminales. En: Mir Puig, S. y Coordinadores. (2002). Estudios del Derecho Penal Económico. Carácas, Venezuela: Editorial Livrosca.
- Roxin, C. (1997). Derecho Penal, parte general, Tomo I Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito, Segunda Edición, Madrid: Editorial Civitas.

Tiedemann, K. Derecho Penal Económico: introducción y panorama. En Tiedmann, K. (Ed. I) (2000). *Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad*. Trad. Vásquez, M. Lima, Perú: Idemsa .Citado en Cervini, R. (2008). Derecho Penal Económico. Perspectiva Integrada. *Revista de Derecho (UCUDAL)*, Volumen No.3, p.23. Recuperado de <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/838/841>

Velázquez, F. (2002). Manual de Derecho Penal. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Villalba, J. (2011). Introducción al Derecho del Consumo. Bogotá, Colombia: Universidad Militar Nueva Granada.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de Colombia. (1991).

Congreso de la República de Colombia. (24 de octubre de 1936). Ley por la cual se expide el Código Penal [Ley 95 de 1936]. D.O. 23316.

Congreso de la República de Colombia. (05 de agosto de 1936). Acto Legislativo Reformatorio de la Constitución [Acto Legislativo No.1 de 1936]. D.O. 23263.

Congreso de la República de Colombia. (17 de febrero de 1945). Acto Legislativo Reformatorio de la Constitución [Acto Legislativo No.1 de 1945]. D.O. 25769.

Congreso de la República de Colombia. (17 de diciembre de 1968). Acto Legislativo Reformatorio de la Constitución [Acto Legislativo No.1 de 1968]. D.O. 32673.

Congreso de la República de Colombia. (15 de enero de 1996). [Ley 256 de 1996]. D.O. 42.692.

Congreso de la República de Colombia. (24 de julio de 2000). Ley por la cual se expide el Código Penal [Ley 599 de 2000]. D.O. 44097.

Congreso de la República de Colombia. (31 de agosto de 2004). Ley por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal [Ley 906 de 2004]. D.O. 45.658.

Congreso de la República de Colombia. (12 de octubre de 2011). Ley por la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones [Ley 1480 de 2011]. D.O. 48220.

Congreso de la República. (06 de agosto de 1998). Gaceta No. 139. Proyecto de Ley No.40 de 1998.

Congreso de la República. (09 de septiembre de 2010). Gaceta No. 626. Proyecto de Ley No.089 de 2010.

Presidencia de la República. (02 de diciembre de 1982). Decreto por el cual se dicta normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas

y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones. [Decreto 3466 de 1982].

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional. (30 de noviembre de 1995). Sentencia C-566 de 1995. [MP. Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional. (18 de julio de 1996). Sentencia C-319 de 1996. [MP. Vladimiro Naranjo Mesa].

Corte Constitucional. (23 de enero de 1996) Sentencia C- 022 de 1996. [MP. Carlos Gaviria Díaz].

Corte Constitucional. (17 de febrero de 1999). Sentencia C-083 de 1999. [MP. Vladimiro Naranjo Mesa].

Corte Constitucional. (16 de mayo de 2012). Sentencia C-365 del 2012. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional. (13 de abril de 2016) Sentencia C- 181 de 2016. [MP. Gloria Stella Ortiz Delgado].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (13 de mayo de 2009). Sentencia SJ_31362_130509. [MP. Julio Enrique Socha Salamanca].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (08 de octubre de 2014). Sentencia SP13691-2014. [MP. María Del Rosario González Muñoz].

RESOLUCIONES

Superintendencia de Industria y Comercio. (26 de abril de 2017). Resolución No. 20786.

Superintendencia de Industria y Comercio. (Febrero de 2016). Resolución No. 2708.

INFORME

Superintendencia de Industria y Comercio. (2016). Datos Estadísticos Gestión Institucional. Recuperado de http://sicgovcodev.prod.acquia-sites.com/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Informes/ESTADISTICAS_12_2016_1.pdf