**Proyecto de Ley\_\_\_\_\_\_ de 2019**

**“Por medio de la cual se modifica el artículo 300 de la Ley 599 de 2000 y se crea el delito publicitario”**

El Congreso de Colombia

DECRETA:

**Artículo 1°.** Modifíquese el artículo 300 de la Ley 599 de 2000 el cual quedará así:

**ARTICULO 300. Ofrecimiento engañoso de productos y servicios**. El comerciante que, a través de sus ofertas o publicidad, ofrezca al público bienes o servicios atribuyéndoles características falsas o inciertas u omita información que pueda causar perjuicio al consumidor incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes

**Artículo 2°.** El presente proyecto de ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que les sean contrarias.

**José Jaime Uscátegui Pastrana**

Representante a la Cámara por Bogotá D.C.

**EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.**

El delito de ofrecimiento engañoso de productos previsto en el artículo 300 del Código Penal colombiano, gira en torno a la necesidad advertida por los diferentes Estados de garantizar la correspondencia entre los productos o los servicios y las calidades que se les atribuyen cuando los mismos se ofrecen al público. Esta preocupación dista de ser un tema propio de los Estados modernos, pues ya desde la Edad Media, de la mano del florecimiento del comercio, surgieron varias normas relativas a la producción o a la comercialización de bienes estableciendo los requisitos para su ofrecimiento a los consumidores (Tiedemann, 2010, p. 452). Sin embrago, el interés del legislador penal colombiano por esta cuestión puede decirse que sí es ‘relativamente’ nuevo, al punto que, la incorporación formal del ilícito señalado tuvo lugar hasta el año 2000 sin antecedentes en las codificaciones anteriores.

No obstante, la disposición en comento tras ya casi veinte (20) años de su incorporación al ordenamiento jurídico se revela particularmente inaplicable (por razones que se precisarán más adelante), justificando la necesidad de reforma pues, la ineficacia de la norma no se da porque en la realidad colombiana no se presenten conductas de esta índole ya que, son diversos los casos que a diario pueden identificarse pero que dada la insuficiencia del tipo penal en comento suelen o bien resolverse a través del régimen administrativo sancionatorio propio del estatuto del consumidor o a través de otros tipos penales como el de la Estafa que, dada su redacción y ubicación sistemática en el código Penal sólo se puede aplicar cuando se materializa una afectación patrimonial.

Hoy por hoy, puede afirmarse que los consumidores tienen en las modernas sociedades de consumo un rol de gran importancia económica, lo que ha propiciado la consolidación del llamado ‘derecho del consumo’ edificado sobre los deberes de información y de seguridad o cuidado (Villalba, 2012, pp. 15, 43-44) con los cuales, se busca proteger, entre otros, al consumidor como parte débil de la relación de consumo y que, por lo mismo, está integrado por un grupo heterogéneo de disposiciones tanto públicas como privadas (Ruiz, 2000), que inciden en áreas del derecho tan diversas como la civil, la mercantil, la administrativa sancionadora o la penal.

De ahí que, en primer lugar, resulte pertinente examinar, en clave político criminal, la problemática de la publicidad engañosa en Colombia y señalar las razones que justifican las reformas pretendidas a través del presente Proyecto de Ley teniendo en cuenta además, que en la actualidad existe una regulación administrativa –sancionadora– que se ocupa de castigar estos comportamientos sin lograr la contención social de estas conductas que resultan causando perjuicios a los consumidores, y que se evidencian cada día en nuevos y diversos mercados, haciendo necesario la intervención eficaz del Derecho Penal. En segundo lugar, y desde la perspectiva dogmática propiamente dicha, se propondrá una nueva redacción del tipo penal ya que el actual sugiere variadas cuestiones urgidas de modificación.

1. **Objeto del Proyecto**

Debe indicarse que lo que se pretende con la reforma propuesta no es la creación de un nuevo delito, ni la simple agravación punitiva para el delito existente, sino, por el contrario, se busca tornar aplicable una norma para contrarrestar el flagelo social de la publicidad engañosa frente al cual la sanción administrativa se muestra insuficiente y la penal bastante deficiente.

|  |  |
| --- | --- |
| **Código Penal (Ley 599 de 2000)** | **Modificación Propuesta** |
| **ARTICULO 300. Ofrecimiento Engañoso de Productos y Servicios.**~~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.~~ | **ARTICULO 300. Ofrecimiento Engañoso de Productos y Servicios.** El comerciante que, a través de sus ofertas o publicidad, ofrezca al público bienes o servicios atribuyéndoles características falsas o inciertas u omita información que pueda causar perjuicio al consumidor incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes. |

Ahora bien, como se detallará más adelante, en Colombia son muchos los hechos que podrían resolverse por vía penal de contar con un sistema eficaz. No obstante, la tipificación del delito y la sanción, que paradójicamente resulta ser más severa por vía administrativa a través de las multas impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio que la que permite la norma delictual, hacen que el fenómeno de la publicidad engañosa presente en el país sea cada vez más frecuente.

Esto último puede evidenciarse, no sólo en el incremento de los casos en diversos sectores de la economía sino, también, en los indicies de reincidencia de los infractores a las normas publicitarias que ven en esta práctica un verdadero negocio ya que, el cálculo de los rubros destinados a los pagos de las multas es presupuestado por los infractores de la norma, quienes -aun así- obtienen ganancias en perjuicio del consumidor.

1. **LA PROBLEMÁTICA DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN COLOMBIA**

La problemática de la publicidad engañosa en Colombia se ha intentado abordar a través de dos vías, a saber: por un lado, la administrativa sancionatoria, mediante la cual se facultó a la Superintendencia de Industria y Comercio de darle aplicación al Estatuto de Protección al Consumidor y, por otro, la penal correspondiendo a los jueces (a solicitud de la Fiscalía General de la Nación) conocer de estos casos, ambas vías se precisarán en las líneas ulteriores.

* 1. **Protección por vía administrativa sancionatoria.**

Al margen de las disposiciones de carácter civil que en materia de responsabilidad contractual y extracontractual puedan generarse, la protección del consumidor por vía administrativa sancionadora tiene lugar en desarrollo del poder de policía conferido al Estado para que éste, mediante un instrumento coactivo –la sanción–, “regule el ejercicio de las libertades individuales con el fin de garantizar el orden público”(Ossa, 2009, p. 150); aunque, según otros autores aseguran que, más que de un poder de policía se trata de la facultad “ordenadora de las actividades privadas” (García de Enterría & Ramón, 1999, p. 76), inherente a la administración que la legítima a imponer sanciones.

Sea como fuere, el antecedente más remoto de la legislación administrativa en esta materia aparece en 1982, año en el que, a través del Decreto 3466, se incorporó el primer Estatuto de Protección al Consumidor, por el cual se dictaron las 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 dictaron otras disposiciones.

Posteriormente, la Constitución del 1991 incluyó los intereses de los consumidores dentro del acápite destinado a los derechos colectivos, confiriéndole a sus derechos rango constitucional. El Estatuto de Protección al Consumidor que regía para entonces se mostraba más que suficiente frente a las exigencias constitucionales y, por tal razón, la legislación anterior se mantuvo vigente; transcurrido un año de la entrada en vigor de la ‘nueva’ Constitución, se profirió algún tipo de regulación sobre la materia, aunque de carácter preponderantemente procedimental.

Así, los Decretos 2152 y 2153 de 1992 referidos a la reestructuración del Ministerio de Desarrollo Económico y de la Superintendencia de Industria y Comercio, a fin de otorgarles las funciones de (i) proteger al consumidor; (ii) vigilar y acreditar las normas técnicas de calidad de los productos y servicios ofrecidos en el mercado; e (iii) investigar y sancionar las conductas atentatorias contra la libre competencia, con especial énfasis en aquellos comportamientos que afectaran a los consumidores. Luego, en el año de 1993 se expidió el Decreto 2269 mediante el cual se buscaba normalizar y organizar el Sistema Nacional de Certificación y Metrología, cuya finalidad, tal como se lee en su artículo primero, era la de promover la seguridad en los mercados, la calidad y la competitividad del sector importador de bienes y servicios y proteger los intereses de los consumidores. Un año después, la Ley 142 de 1994 estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios; en este caso, se pretendió controlar los abusos de posición dominante de las empresas prestadoras de dichos servicios que, al ser monopolios naturales, atentaban en contra de los intereses de los consumidores y usuarios.

Posteriormente, se expidió la Ley 256 de 1996, por medio de la cual se dictaron normas sobre competencia desleal. En ella, pese a que su objetivo principal era el de proteger la libre y leal competencia en el mercado, lo cierto es que los consumidores terminaron beneficiados con esa regulación, aun cuando fuera de forma indirecta. Además, la ley en comento incluyó un acápite donde se reglamentó lo atinente a la telefonía móvil y se incluyó algún derecho para a los usuarios de este tipo de servicio.

Además, la Ley 1328 de 2009 incluyó normas que protegen al consumidor en materia de seguros y del mercado de valores. Entre otras cosas, esta normativa se refirió a los principios que deben regir las relaciones en el ámbito financiero, estableció un catálogo amplio tanto de derechos del consumidor financiero –enfatizando en su derecho a la información– como de obligaciones impuestas a las entidades vigiladas, dentro de la que se destaca la de implementar el Servicio de Atención al Consumidor Financiero (SAC).

Por último, y quizás en este contexto la más importante, la Ley 1480 de 2011, denominada ‘Estatuto del consumidor’, cuyos objetivos eran, según se lee en su artículo primero, promover la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores y amparar el respeto a su dignidad, a su salud y seguridad y a sus intereses económicos, garantizando el acceso a una información adecuada, que les permita hacer elecciones libres fundadas. Estas normas regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, los proveedores y los consumidores, así como la responsabilidad –sustancial y procesal– derivada de esas relaciones. Entre el elenco variopinto de temas de los que se ocupa, se destacan la prohibición de las cláusulas abusivas, la regulación atinente a las operaciones mediante sistemas de financiación, la protección del consumidor en el comercio electrónico, la especulación el acaparamiento y la usura y, finalmente, lo referente a aspectos procedimentales y de institucionalidad (Título VIII Ley 1480 de 2011).

Este plexo normativo contempla, en primer lugar, una serie de definiciones, derechos y obligaciones tanto para los consumidores como para los productores y proveedores señalando, por ejemplo, que el productor está obligado a garantizar la calidad, idoneidad y seguridad de los productos y servicios, so pena de ser responsable solidariamente por los daños y perjuicios causados a los consumidores.

En segundo lugar, dedica todo un título a establecer el régimen de garantías y otro a determinar la responsabilidad de daño por producto defectuoso; en tercer lugar, se encarga de reglamentar el derecho a la información y el contenido de la misma, para luego, en cuarto lugar, ocuparse de establecer los parámetros dentro de los que debe darse la publicidad y las consecuencias que la misma genera dentro del mercado, en especial, cuando la misma afecta al consumidor.

* + 1. ***La sanción administrativa ante la Superintendencia de Industria y Comercio:***

Según la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) la publicidad engañosa se puede abordar desde dos perspectivas, la primera, a través de una demanda, instrumento que se utiliza para buscar la reparación o indemnización de los perjuicios al consumidor que inicia esta vía y, la segunda, la denuncia, mediante la cual se busca una medida de protección general a todos los consumidores.

En cuanto a las primeras, la SIC reporta un total de 1.717 demandas recibidas desde el 1 de enero del 2015 hasta el 28 de febrero de 2019, con un incremento de demandas progresivo y unas cifras bastante preocupantes para el año en curso en el que, a la fecha de corte sólo había transcurrido dos meses tal como se detalla en la siguiente tabla:

**Demandas jurisdiccionales- Tipología publicidad engañosa**

(corte 28 de febrero de 2019)

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **DERECHO VULNERADO** | **2015** | **2016** | **2017** | **2018** | **2019** | **Total** |
| INFORMACIÓN Y/ O PUBLICIDAD ENGAÑOSA | 0 | 0 | 0 | 362 | 551 | 913 |
| PUBLICIDAD ENGAÑOSA | 113 | 207 | 273 | 211 | 0 | 804 |
| **TOTAL** | 113 | 207 | 273 | 573 | 551 | 1717 |

**Fuente: Superintendencia de Industria y Comercio. Respuesta Comunicación Rad. No. 19-50623-3-0**

Ahora bien, de las 1717 demandas recibidas se han terminado 1508 casos de los cuales, 540 se resolvieron con una sentencia o decisión de fondo, de estos tan sólo -243- resultaron favorables para los consumidores demandantes, las demás causas de terminación de los procesos iniciados mediante demanda ante la SIC se relacionan a continuación:

**Causas de terminación de los procesos iniciados ante la SIC por demandas de información y/o Publicidad Engañosa**

|  |  |
| --- | --- |
| **FORMA DE TERMIINACIÓN** | **Total** |
| SENTENCIA CON DECISIÓN DE FONDO | 540 |
| TRANSACCIÓN | 13 |
| DESISTIMIENTO | 88 |
| ARCHIVO | 83 |
| CONCILIACIÓN | 77 |
| RECHAZOS, ACUMULADOS Y OTRAS TERMINACIONES | 707 |
| **TOTAL GENERAL** | **1508** |

**Fuente: Superintendencia de Industria y Comercio - Respuesta Comunicación Rad. No. 19-50623-3-0**

En los 243 casos en los que se resolvió de manera favorable, las órdenes impartidas por la SIC fueron las que se describen en la siguiente tabla:

**Detalle de la decisión a favor del consumidor**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **ORDEN** | **TOTAL** | **TOTAL** |
| ORDENA DEVOLUCIÓN DEL DINERO | 145 | 59,7% |
| EFECTIVIDAD DE LA GARANTÍA | 46 | 18,9% |
| ORDENA ENTREGA DEL BIEN | 33 | 13,6% |
| ORDENA CAMBIO DEL BIEN | 7 | 2,9% |
| VULNERACIÓN SIN ORDEN | 4 | 1,6% |
| ALLANAMIENTO SIN ORDEN | 2 | 0,8% |
| ORDENA PRESTAR SERVICIOS | 2 | 0,8% |
| ORDENA REPARACIÓN DEL BIEN | 1 | 0,4% |
| **Total general** | **243** | **100%** |

**Fuente: Superintendencia de Industria y Comercio - Respuesta Comunicación Rad. No. 19-50623-3-0**

Como puede observarse, dentro de las principales decisiones que toma la SIC y según lo manifestado por esta misma entidad, no se contempla la indemnización, compensación o reparación por perjuicios derivados de los engaños, sino que basta con la devolución del dinero o con hacer efectiva la garantía, medida que suele acompañarse con la imposición de una multa al infractor. Así pude decirse que los sectores que presentan mayor número de demandas dentro del período de tiempo enunciado (2015-2019) son: Turismo con un total de 237 demandas, telecomunicaciones con un total de 206 demandas y Tecnología con 196 demandas los demás sectores se relacionan a continuación:

**Participación % de los sectores en donde se presentan más demandas por publicidad engañosa (2015-2019)**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **SECTOR** | **Total** | **%** |
| TURISMO | 237 | 13,8% |
| TELECOMUNICACIONES | 206 | 12,0% |
| TECNOLOGÍA | 196 | 11,4% |
| FINANCIERO, SEGUROS Y CONSULTORÍAS | 136 | 7,9% |
| CONSTRUCCIÓN E INMOBILIARIO | 116 | 6,8% |
| EDUCACIÓN | 79 | 4,6% |
| MUEBLES Y HOGAR | 72 | 4,2% |
| AUTOMOTORES Y VEHICULOS | 70 | 4,1% |
| AEROLINEAS | 67 | 3,9% |
| ELECTRODOMESTICOS | 65 | 3,8% |
| Otros | 473 | 27,5% |
| **Total** | **1717** | **100%** |

**Fuente: Superintendencia de Industria y Comercio - Respuesta Comunicación Rad. No. 19-50623-3-0**

Con todo, podemos concluir que de la información suministrada por la SIC, son pocos los casos que dentro de esta jurisdicción encuentran una solución satisfactoria para los consumidores que demandan, teniendo en cuenta que, adicionalmente y frente a las denuncias que se hacen ante dicha entidad no se reporta ningún dato pues, las mismas, según lo señalado en respuesta a la comunicación con radicación número 19-50623-3-0, no se clasifican por tipologías razón por la cual no pueden suministrar datos al respecto.

No obstante, si nos enfocamos en las demandas se puede observar cómo las mismas han ido en incremento año tras año, teniendo para el 28 de febrero de 2019 un 96,2% del total reportado durante todo el 2018 y un 487,6% de lo reportado para el 2015. Adicionalmente, puede verse como pese a las multas impuestas -que van desde $2.500.860.630 la más alta a $1.562.484 la menor- se presentaron 466 casos de reincidencia alguno de ellos hasta con 14 sanciones por este mismo comportamiento, por lo que puede afirmarse la ineficacia de la regulación administrativas que a través de la SIC pretenden afrontar la publicidad engañosa.

* 1. **Protección por vía Penal.**

Por cuanto mira con la tutela penal del consumidor, puede decirse que el Código Penal colombiano incorpora diferentes figuras que, de manera directa o indirecta, protegen al consumidor desde diversas perspectivas (su salud, su integridad, su patrimonio o su libertad de decisión). Sin embargo, atendiendo a razones estrictamente metodológicas, a continuación, se hace referencia únicamente al tipo penal contemplado en el artículo 300 del código Penal el cual es objeto de la pretendida reforma y que señala:

*“ARTICULO 300. OFRECIMIENTO ENGAÑOSO DE PRODUCTOS Y SERVICIOS. 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.”*

* + 1. ***La pena:***

Lo primero que llama la atención sobre este artículo es la sanción que contempla pues, por un lado, tal como se extrae del texto legal la pena señalada es de multa y, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 39 del Código Penal frente a la unidad de multa, puede concluirse que la sanción penal resulta paradójicamente inferior que la administrativa. **Lo anterior, en total contradicción al principio de *ultima ratio*, según el cual el derecho penal es la última vía dentro del ordenamiento jurídico por ser la más lesiva para los ciudadanos.**

Por otro lado, esta sanción no podría ni siquiera llegar a causar efectos simbólicos de disuasión frente a los infractores derivados de la implementación de antecedentes, pues al establecer que la pena es de multa, como única pena principal abre la posibilidad a la aplicación de la figura de *la oblación* contemplada en el artículo 87 del Código Penal, mediante la cual se extingue la acción penal con el pago de la última dando fin al proceso penal sin que se generen antecedentes en los siguientes términos:

*ARTICULO 87. LA OBLACION. El procesado por conducta punible que sólo tenga pena de unidad multa, previa tasación de la indemnización cuando a ello haya lugar, podrá poner fin al proceso pagando la suma que el Juez le señale, dentro de los límites fijados por el artículo 39.*

Por lo anterior, se propone dentro de la reforma, entre otras, la modificación de la sanción estableciendo que: a quien realice la conducta descrita en el tipo penal se le impondrá una pena de prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Encontrando que la pena descrita cumple, con mayor rigor los principios orientadores de la intervención punitiva según los cuales la misma deberá ser necesaria, proporcional y razonable.

Frente a la necesidad, la corte constitucional en sentencia C-365 de 2012 indicó que “*el derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado*.” Y es que, en el presente caso, debe recordarse que no se trata de la creación de un nuevo delito, sino, por el contrario, de la reforma a una conducta que ya se encontraba tipificada pues, al momento de la expedición del actual código se identificó como necesaria y que no ha podido contrarrestarse a través de la actual regulación ni del derecho administrativo sancionador. Al respecto las cifras de aumento del comportamiento y la reincidencia en este tipo de prácticas son bastante dicientes.

Con la necesidad, no sólo se puede establecer la condición de *ultima ratio* del derecho penal y su carácter fragmentario, sino que, una vez verificado esto, el diseño de una política criminal articulada y coherente exige que se demuestre también que la intervención sea proporcional y razonable.

Así, ha señalado la Corte que:

“*el legislador penal puede crear, modificar y suprimir figuras delictivas; introducir clasificaciones entre las mismas; establecer modalidades punitivas; graduar las penas que resulten aplicables; y fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de atenuación o agravación de las conductas penalizadas; todo ello de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe sobre los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos ocasionen al conglomerado social*”

(Corte Constitucional, Sentencia C-108 de 2017)

A través de esta misma decisión, señala el máximo tribunal constitucional que, son dos los aspectos que el legislador debe tener en cuenta a fin de afirmar el cumplimiento de la proporcionalidad: el primero que se haga una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, según la afectación del bien jurídico; el segundo, impone al legislador el deber de configurar el sistema de penas de tal forma que permita al juez ajustar la sanción de acuerdo con las variaciones que puedan concurrir en cada caso.

Pues bien, estos dos aspectos se tienen en cuenta a la hora de la determinación de la sanción, el primero, en cuanto a la afectación del bien jurídico puede entenderse que este comportamiento al igual que los demás descritos en el ‘Capítulo Primero’ del Título X afectan a un mismo interés, o por lo menos eso se puede inferir de la condición sistematizadora atribuida al bien jurídico, pero es que además el papel fundamental que juega el consumidor en la economía y sobre todo, la cantidad de comportamientos que cada día se presentan en nuestra sociedad, hace que el de la publicidad engañosa sea un comportamiento que requiere una sanción más grave que la que tenía prevista, pero de acorde a las que para los demás comportamientos señala el Código Penal.

En tal orden de ideas, la propuesta de sanción sale de la ponderación entre mínimos y máximos previstos para los delitos tipificados en este acápite de la Ley, similares en afectación al que se propone, esto se refleja, tanto para la pena privativa de la libertad como para la multa.

Así encontramos que el mínimo lo tiene el delito de *Agiotaj*e (artículo 301 del C.P), pues debe entenderse que el artículo objeto de reforma por cuanto implica un ofrecimiento en el mercado debe tener una pena mayor que el de *Alteración y modificación de calidad cantidad peso o medida* (Artículo 299) pero inferior al de *Acaparamiento* (Artículo 297) y *Especulación* (Artículo 298) que recaen sobre bienes considerados de primera necesidad. En cuanto al máximo, este se toma del fijado para la mayoría de delitos del capítulo esto permite cumplir con las exigencias de la corte Constitucional, de cara a dar mayor margen de maniobra al juez.

Por último, el criterio de razonabilidad exige que el Estado utilice de manera racional las conductas punibles que trae el Código penal, lo cual puede afirmarse de la reforma propuesta.

* + 1. *La tipicidad objetiva:*

Sin embargo, no es lo referente a la sanción lo más preocupante de esta regulación, sino que, de mayor gravedad resultan las falencias dogmáticas que impiden su aplicación, dentro de las cuales se resaltan las siguientes:

* *Sujeto activo:*

Se trata de un tipo penal de sujeto activo calificado en tal sentido, sólo podrá cometerlo quien sea productor, distribuidor, proveedor, comerciante, importador, expendedor o intermediario. Pese a esta restricción, la enunciación de quiénes pueden realizarlo es lo suficientemente amplia como para que puedan ser objeto de sanción todas las personas que intervengan en la cadena económica, siempre que realicen la conducta de ofrecer engañosamente productos o servicios.

La amplitud de la fórmula legal se corresponde con lo señalado por la Corte Constitucional colombiana, para la cual el propósito del Estado de proteger al consumidor no podría cumplirse cabalmente si la responsabilidad sólo se generara entre las partes de un mismo contrato, máxime si son escasos los eventos en los que el fabricante hace circular directamente el bien y lo coloca en manos del consumidor final. Por eso, la Corporación ha entendido que la responsabilidad de los demás sujetos involucrados en la cadena de comercialización surge con independencia de que exista o no un vínculo contractual directo con los consumidores (Sentencia C-1141, 2000).

Por cuanto mira con el alcance de cada uno de los sujetos mencionados, son varias las precisiones que deben hacerse. En primer lugar, de acuerdo con su significado natural, productor es quien produce (Diccionario de la Lengua española, 2012); sin embargo, este mismo significante ha sido objeto de una definición legal expresa que, como pasa a constatarse, difiere bastante de la acabada de indicar. En efecto, según el Estatuto de Protección al Consumidor (EPC) colombiano, Ley 1480 de 2011, es productor quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseña, produce, fabrica, ensambla o importa productos; también se reputa productor, quien realiza esos mismos comportamientos, pero respecto de productos sujetos a reglamentos técnicos o a medidas sanitarias o fitosanitarias (numeral 9, artículo 5 EPC).

Con base en lo dispuesto en el Estatuto, el concepto examinado es muy amplio, quizás demasiado; considerar productor a quien produce, fabrica o ensambla productos no genera muchos reparos, pero la idea de equiparlos a quienes los diseñan o importan, parece forzada. Adicionalmente, tratándose del importador, debe remarcarse que el tipo penal examinado lo incluye separadamente dentro del elenco de posibles sujetos activos, lo cual, sugiere que el legislador penal no tuvo en cuenta esta equiparación legal.

En segundo lugar, el proveedor es toda persona, natural o jurídica, que distribuya u ofrezca al público en general, o a una parte de él, a cambio de un precio, uno o más bienes y servicios producidos por el o por terceros destinados a la satisfacción de una o más necesidades de ese público.

La calidad de comerciante, en tercer lugar, viene dada por los artículos 10 y 20 del Código de Comercio. De acuerdo con el primero,

*(…) “son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles. La calidad de comerciante se adquiere, aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona”.*

El segundo, por su parte, señala a través de sus 19 numerales los actos u operaciones que para todos los efectos legales se entenderán como mercantiles, esta disposición deja un clausula abierta en donde se indica que se entienden como actos mercantiles los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil.

Como es apenas natural, en la categoría comentada podrían tener cabida los productores, los distribuidores, los proveedores, los importadores, y los expendedores razón por la cual se propone la modificación del artículo mencionado en este sentido, a fin de determinar que, aun siendo calificado, se acude a la concepción de comerciante por ser bastante amplia.

* *Sujeto pasivo:*

De acuerdo con la opinión doctrinal mayoritaria, el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico (Velásquez, 2009 p. 573) y, en tal medida, su determinación depende de la definición que se haga del interés tutelado. Así, en primer lugar, puede decirse que de manera generalizada se señala al consumidor como el grupo específico de personas cuyos bienes jurídicos son merecedores de tutela (Villalba, 2012, p. 17); sin embargo, el concepto mismo de consumidor puede abordarse desde diferentes perspectivas y, en realidad, dista de ser una idea unívoca y homogénea (Martínez, 2007).

Por una parte, hay quienes diferencian entre los sentidos estricto, amplio y normativo que pueden atribuirse al consumidor. En el primero de los casos, el consumidor se equipara a las personas naturales o jurídicas (Muñoz, 2010, p. 37) destinatarias finales de los bienes o servicios y que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, es decir, se refiere a quien usa o consume los bienes o servicios y se trata, en síntesis, de un consumidor en clave material (Doval & Anarte, 2010, p. 474).

Por otra parte, el sentido amplio abarcaría a todos los ciudadanos que aspiran a una adecuada calidad de vida y buscan satisfacer sus necesidades a través del mercado (Planchadell, 2014, pp. 19-24); por último, desde el punto de vista normativo, el concepto de consumidor se circunscribe en función de un texto legal, a aquel o aquellos a quienes una norma determinada de la legislación vigente les otorga los derechos definidos en ella para hacer valer sus intereses (Del Rosal, 2004, p. 1185).

En cualquiera de estos casos, el sujeto pasivo sería, entonces, uno difuso (Baucells, 2004, p. 1033), conformado por los consumidores reales o eventuales (Terradillos, 2002, p. 78) vistos como un ente colectivo (Muñoz, 2010, p. 37), a los cuales se les reconoce una serie de derechos debido a la posición de debilidad que tienen dentro del mercado (Baucells, 2004, p. 1015). Además de lo anterior, en su calidad de agentes socio-económicos, tienen las siguientes características: (i) son libres, por lo que deciden adquirir o no adquirir y, cuando ocurre lo primero, pueden elegir entre distintas ofertas de productos o servicios; (ii) determinantes, porque sus decisiones de consumo provocan el fracaso de los comerciantes, empresas o industrias, cuyos productos o servicios rechazan, así como el triunfo de aquellos otros cuyos productos o servicios demandan; (iii) sugestionable por la publicidad o, más genéricamente, por las estrategias de mercadeo comercial-empresarial y (iv) sin capacidad autónoma de reacción frente a conductas abusivas de comerciantes, industrias o empresas (Mestre, 2005, p. 368).

Optar por una delimitación del sujeto pasivo como la expuesta, supone excluir de esta lista a los demás competidores, de tal forma que, por ejemplo, la publicidad engañosa realizada por el fabricante que afecta al distribuidor carecería de relevancia penal, porque este último no podría considerarse un consumidor (Terradillos, 2002, p. 78); lo dicho, al margen de que los intereses de esos sujetos individualmente considerados puedan ser objeto de tutela por otras disposiciones (Baucells, 2004, p. 1033).

No obstante, es preciso advertir que la legislación colombiana prevé de forma expresa una definición de consumidor en el EPC cuando expresa que es:

*(…) toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica (numeral 3 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011).*

Como se desprende de la disposición transcrita, el concepto de consumidor propuesto por la legislación colombiana es tan amplio que las autoridades administrativas (la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC–) y judiciales (la Corte Suprema de Justicia) se han visto abocadas a delimitarlo (Villalba C., 2009, p. 307).

En tal orden de ideas, la SIC enfatiza en la finalidad perseguida por el adquirente o el usuario, dado que, si éste adquiere el bien o el servicio para incorporarlo a un proceso productivo o para transformarlo y, posteriormente, ponerlo en el mercado, no tendría la calidad de consumidor respecto de esa operación de adquisición; en tales casos sería un ‘productor’. Pero si el adquirente del bien o servicio lo coloca nuevamente en el mercado, sin transformarlo ni incorporarlo en un proceso productivo, y tampoco se sirve del mismo para la satisfacción de una necesidad personal, tendrá la calidad de ‘proveedor’ (Concepto SIC 96027242 de septiembre 2 de 1996).

La Corte Suprema de Justicia, a su vez, señala que la calidad de consumidor sólo puede determinarse a partir del examen detallado de las circunstancias objetivas y subjetivas que rodean una relación específica, considerando que la calidad de destinatario final y la adquisición de bienes o servicios con la finalidad de darles un uso privado o familiar, son fundamentales en la noción de consumidor. Sobre este último aspecto, la Corte señala que tal finalidad debe encontrarse por fuera del ámbito profesional o empresarial, con lo que restringe la posibilidad de configurar una relación de consumo cuando se trate de un profesional; en consecuencia, la protección que se brinda a los consumidores sólo tiene lugar cuando hay una relación de consumo y, en sentido contrario, las relaciones entre los empresarios deben atenerse a las normas del derecho común (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 0442 de 13 de mayo de 2005).

* *La conducta:*

En cuanto a la conducta, ésta viene descrita por el verbo rector ‘ofrecer’, cuyo sentido natural de “[c]omprometerse a dar, hacer o decir algo” (Diccionario de la Lengua Española, 2012), se corresponde, en términos generales, con la acepción que del mismo término propone el Código de Comercio colombiano en su artículo 854 y acorde con el cual implica hacer una propuesta de negocio:

*(…) [l]a oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario.*

Ofrecer es, entonces, un acto jurídico unipersonal (Ospina & Ospina, 1983, p. 46) que no conlleva la celebración del negocio jurídico sino solo su propuesta (Pulecio, 2011, p. 313). En tal sentido, para que se configure el delito no se requiere la celebración de una relación jurídica contractual sobre el bien que se ha ofrecido, basta llevar a cabo la oferta o propuesta, por ejemplo, invitando a adquirir mediante una propaganda comercial.

A la vista de lo anterior, puede concluirse que el tipo penal estudiado es de mera conducta (Corcoy & Mir, 2011, p. 621), en el que la conducta se consuma cuando el sujeto activo ofrece y sin que sea necesaria la producción de un resultado especifico (Córdoba & Ruiz, 2011, p. 250), verbi gratia, un perjuicio para los destinatarios de la oferta. De cualquier manera, para que ese ofrecimiento sea relevante a la luz del ordenamiento jurídico penal, deberá cumplir con algunos requisitos exigidos de forma expresa por la norma examinada; de esta forma, el comportamiento descrito por el verbo rector debe cumplir con una serie de condiciones (Pulecio, 2011, p. 316) tales como las de ser engañoso, masivo y público.

* *El ofrecimiento debe ser engañoso.*

En primer lugar, el ofrecimiento deberá revestir la calidad de engañoso y, en tal medida, ha de ser idóneo, es decir, apropiado y apto para que el consumidor crea que el producto tiene realmente las condiciones, calidades y cualidades ofrecidas (Córdoba & Ruiz, 2011, p. 251). Con este punto de partida, el ofrecimiento engañoso no es otra cosa que una invitación timadora que se hace al consumidor para que adquiera un bien o un servicio, cuyas calidades reales difieren de las manifestadas en el ofrecimiento (Ballesteros & Nayi, 2011, p. 103); en otras palabras, se trata de un ofrecimiento en el que los bienes y servicios no reúnen las características de las que fue informado el mercado (Pulecio, 2011, p. 316).

En términos generales, la noción de engaño difiere de la de mentira en dos aspectos: 1) el engaño puede ser no-verbal o verbal, mientras que la mentira siempre es verbal; 2) Engaño implica tener éxito en causar a otras falsas creencias, mientras que la mentira implica tan solo el intento de hacerlo. El engaño es un resultado (‘outcome’), la mentira no lo es (Attas, 1999, p. 50).

Ahora bien, la discrepancia entre el producto real y el producto ofrecido genera un error en el consumidor que, en principio, puede identificarse con una falsedad de índole mercantil que tiene relevancia penal, atendiendo a su gravedad. La falsedad en comento ha de ser tanto objetiva como subjetiva, es decir, el producto o el servicio ofrecidos no se ajustan a la realidad y, además, quien realiza el ofrecimiento debe hacerlo con pleno conocimiento y voluntad de engañar (Carbonell, 1999, p. 525). En la medida en que el comportamiento estudiado se ubica en el plano de la disyuntiva ‘cierto o no cierto’ –no en la de cierto o no seguro–, pueden excluirse del terreno penal la exageración (Ruiz, 2012, p. 101) y lo inverosímil (Moreno, 2005, p. 326).

En suma, se induce en un error, por ende, se propicia un engaño, cuando se comunican calificaciones, se hacen menciones o presentaciones o, en fin, se atribuyen cualidades, que no se corresponden con las propias –reales– del producto o del servicio ofrecidos.

* *El objeto*

La conducta descrita en el tipo penal puede recaer tanto sobre un objeto material –los productos– como sobre uno de carácter inmaterial o intangible –los servicios–, cuando cualquiera de ellos es ofrecido sin cumplir con la calidad, la cantidad, los componentes, el peso, el volumen, la medida o la idoneidad anunciados en las marcas, las leyendas, la propaganda, los registros, las licencias o en la disposición que haya oficializado la norma técnica (Ballesteros & Nayi, 2011, p. 104). En estos casos, pues, la calidad, la cantidad, los componentes, el peso, el volumen, la medida o la idoneidad anunciados no se corresponden con las de los bienes o los servicios ofrecidos.

Aunque la definición típica emplea la conjunción “e”, en lugar la disyuntiva “o”, esto no puede interpretarse en el sentido de que sea necesario que todas las propiedades del bien o servicio sean discordantes con lo anunciado, pues ello haría nugatoria la finalidad del tipo penal (Córdoba & Ruiz, 2011, p. 250); por lo mismo, basta con que se dé un error sobre cualquiera de las enlistadas para que el comportamiento se adecue al tipo penal analizado.

Por otra parte, es necesario advertir que, si bien en el artículo se emplea la palabra ‘productos’, aunque el supuesto de hecho de la norma alude a ‘bienes’ y a ‘servicios’, nos encontramos ante un *nomen iuris* que evidencia lo contrario de lo que describe. La explicación de ello parece encontrarse en la legislación administrativa, pues el EPC establece una cláusula de equiparación entre los bienes y servicios, al entenderlos como especie de un mismo género, para el caso, el de los productos (artículo 5, num. 8°); de esta forma, producto es, de modo general, todo bien o servicio.

El significado del término ‘bienes’ –cosas materiales e inmateriales (Diccionario de la lengua Española, 2012)– es suficientemente amplio como para incluir otros significantes (Pulecio, 2011, p. 214), pero existe una definición legal de los mismos: el artículo 653 del Código Civil –Ley 57 de 1887– prescribe que los bienes consisten tanto en cosas corporales como incorporales; las corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos –una casa, un libro– y pueden a su vez ser muebles o inmuebles (artículos 654 y ss.), mientras que las incorporales consisten en meros derechos –los créditos o las servidumbres activas– y pueden ser derechos reales o personales (artículos 664 y ss.).

Los servicios, por su parte, carecen de una definición legal y, por ende, ha de estarse a su significado natural; éstos son definidos como la “prestación humana que satisface alguna necesidad del hombre que no consiste en la producción de bienes materiales” (Diccionario de la Legua Española, 2012).

Al margen de la necesaria precisión de lo que ha de entenderse por ‘productos’, ‘bienes’ y ‘servicios’, hay algunas otras cuestiones interesantes a propósito de este mismo tema. En efecto, el elemento típico examinado plantea varias dudas interpretativas respecto a su proceso de elaboración, en concreto, sobre si tienen cabida las materias primas o únicamente los productos terminados; en este sentido, habrá de coincidirse con quienes afirman que las primeras sí deben incluirse y que lo relevante en estos casos es que tanto las unas como los otros se ofrezcan al público, independientemente del estado de elaboración en que se encuentren (Ruiz, 2012, p. 101).

Ahora bien, los productos, los bienes o los servicios, deben ofrecerse sin que sus características (calidad, cantidad, componente, peso, volumen, medida e idoneidad) se correspondan con las anunciadas en una serie de instrumentos enunciados de forma taxativa por la norma; de ahí que convenga ahondar en, primero, cuáles son esas características de los bienes y servicios sobre las que se verifica el ofrecimiento engañoso y, segundo, cuáles son los instrumentos en los que deben estar contenidas las referidas características.

* *Las características de los productos y servicios.*

Contrario a lo hecho por su homólogo español de 1995, que renunció a especificar las características que debe reunir el objeto material –debiendo acudir a las particularidades de los productos o servicios trascendentes a efectos de la publicidad– y generó una interesante discusión sobre cuáles deben ser éstas a la luz del principio de intervención mínima (Martínez-Buján, 2011, p. 233), el legislador colombiano optó por enlistar las que consideró más relevantes, refiriéndose de forma expresa a la calidad, la cantidad, los componentes, el peso, el volumen, la medida y la idoneidad. Esto se corresponde con la idea según la cual las características de los productos y de los servicios no son nada diferente de los datos o la información que resultan relevantes para la decisión que pueda tomar el público (Muñoz, 2010, p. 38).

En cuanto a la calidad, el EPC señala que es la condición en que un producto cumple con las características inherentes al mismo y las atribuidas por la información que se suministre sobre él (artículo 5 num. 1°). La amplitud de esta previsión ha sido limitada por la Corte Suprema Justicia al indicar que la calidad –así como la idoneidad– es la que se determina en la garantía y que cumple con las “exigencias sociales” (Corte Suprema de Justicia, Rad. 62901, 2009). En igual sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio indica que la garantía es el instrumento mediante el cual se aseguran la calidad y la idoneidad de los productos y de los servicios (2001).

El antiguo Estatuto de Protección al Consumidor –Decreto 3466 de 1982–, establecía de manera más precisa que la calidad hace referencia al conjunto total de las propiedades, ingredientes o componentes que constituyen, determinan, distinguen o individualizan un producto o servicio. Con este punto de partida, la calidad incluiría, por ejemplo, la determinación del nivel o del índice de contaminación de un producto, al igual que los efectos conocidos producidos por ese nivel de contaminación.

En cuanto a la idoneidad, el uso común de la palabra sugiere que es la cualidad de idóneo, en consecuencia, se trata de que el producto o el servicio sea adecuado y apropiado para algo (Diccionario de la Lengua Española, 2012); de esta manera, es idóneo el producto o el servicio que cumple con el fin que se le atribuye en la oferta y siempre que puedan dársele los usos que se le atribuyen. Los componentes, por su parte, se refieren a cada uno de los elementos que componen –o integran– el producto o el servicio ofertado; en este sentido, se establece la obligación de informar también sobre la presencia de componentes que puedan resultar nocivos.

Finalmente, las características referentes a la cantidad, el peso, el volumen y la medida son, en términos generales, unidades de medida que han de utilizarse en correspondencia con las establecidas en el Sistema Internacional de Unidades o a las unidades de medida acostumbradas, de conformidad con lo dispuesto en el EPC, el cual admite la posibilidad excepcional de que existan diferencias entre las medidas anunciadas y las reales, en los productos en que dichas calidades puedan sufrir variaciones debido a su naturaleza (artículos 23 y 24).

* *Los instrumentos.*

El tipo penal señala una serie de instrumentos en los que deben estar contenidas las calidades atribuidas falsamente a los productos o servicios; estos son: las marcas, las leyendas, la propaganda, el registro, la licencia o la disposición que haya oficializado la norma técnica correspondiente. La referencia hecha por el legislador penal actual es tomada del Decreto 3466 de 1982, antiguo Estatuto de Protección del Consumidor, lo cual tiene su explicación en que esta última era la normativa vigente cuando entró a regir el actual CP en el año 2000.

En aquel entonces, existía la posibilidad de que todo productor o importador registrara ante la Superintendencia de Industria y Comercio las características que determinaran con precisión la calidad e idoneidad de los productos o los servicios (artículo 3 del Decreto 3466 de 1982); cumplido esto, se entendían públicas las características de los productos o servicios ofrecidos en el mercado, sin que después fuera necesario reiterarlas. Este registro debía ajustarse a la norma técnica que oficializará la calidad o idoneidad de un bien o servicio, si la misma existía al momento de hacerlo.

La expedición de las normas técnicas de oficialización le correspondía a la Superintendencia de Industria y Comercio, lo cual hacía mediante una resolución, y dicha actividad tenía por objetivo regular un producto o un servicio específico. Es importante advertir que, si la norma técnica de oficialización existía, los productos y servicios que eran de la misma especie de los regulados en la norma técnica correspondiente, debían ofrecerse con las condiciones especificadas en ella y esto, aunque no mediara registro alguno.

Es fundamental tener en cuenta que, acorde con el EPC vigente en la actualidad –Ley 1488 de 2011–, “cuando alguna norma legal o reglamentaria haga referencia a las –normas técnicas oficializadas– o las –normas técnicas oficiales obligatorias–, estas expresiones se entenderán reemplazadas por la expresión –reglamentos técnicos–”. Los cuales, según las disposiciones establecidas en el Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio de la Organización Mundial del Comercio (OMC), están a cargo de dicha entidad y no se podrán publicar en la Gaceta Oficial (artículo 72 Ley 1488 de 2011).

A través de las marcas, de las leyendas y de las propagandas, se informaba al mercado y, en especial, a los consumidores, sobre los componentes, la cantidad, el peso, el volumen y la medida de los productos y de los servicios, así como de eventuales beneficios adicionales derivados de la adquisición de los mismos. Las marcas, las leyendas y las propagandas, por su parte, debían estar en concordancia con el registro efectuado al producto o servicio y, en caso de ser necesario, también con la norma técnica que se refería a la calidad e idoneidad del producto o del servicio.

Sobre este particular instrumento, el Estatuto de Protección al Consumidor anterior señalaba de forma expresa –para referirse a las marcas, las leyendas y la propaganda– que

*(…) toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente. Están prohibidas, por lo tanto, las marcas, las leyendas y la propaganda comercial que no corresponda a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos (artículo 14).*

* El *Estatuto de Protección al Consumidor actual no hace referencia alguna a las leyendas, las marcas o las propagandas.*

Por último, sobre este tema, resta decir que las marcas a las cuales hace referencia el tipo penal de ofrecimiento engañoso de productos o servicios, no son las mismas marcas objeto de regulación de la propiedad industrial; por el contrario, acorde con lo visto se trataría de las marcas a las que se les atribuye la función oficial de contrastar, identificar o certificar peso, medida, calidad, cantidad, valor o contenido. La falsificación de estos mismos instrumentos, por cierto, es objeto de sanción autónoma al amparo del artículo 285 CP, bajo el nombre de falsedad marcaria y atenta contra la fe pública.

De esta forma, es infundada la afirmación según la cual “esa mención a las marcas es entonces incomprensible pues no sirve ni como patrón de comparación de defectuosidad ni como patrón de comparación como información anunciada, pues la marca hace referencia a un carácter distintivo que no informa, y cuya calidad queda supeditada a las preferencias del consumidor (Pulecio, 2011, pág. 321)

1. **LA NECESIDAD DE LA REFORMA.**

Todo lo anterior hace que la norma, tal como está actualmente, se vuelva inaplicable, al menos de la manera en que está prevista ahora pues, la misma no sólo resulta innecesaria, sino que va en contra del principio de ultima ratio y de las notas de fragmentariedad, subsidiariedad y proporcionalidad del derecho penal, pues debe recordarse que sólo desde el punto de vista de la pena, la sanción administrativa es mayor que la penal. **La inutilidad actual de este tipo penal es evidente cuando se repara en que, al lado de la profusa actividad sancionadora de la administración, la justicia penal no registra ninguna sentencia condenatoria por este delito desde la entrada en vigencia del Código Penal actual.**

Desde el punto de vista dogmático, el tipo penal del artículo 300 CP no puede equipararse al delito publicitario y plantea diversas cuestiones, algunas de las cuales constituyen verdaderos problemas de difícil solución. Entre ellas se destacan las dificultades asociadas al exceso de elementos normativos, así como las complicaciones que acarrea para la interpretación del tipo penal el que buena parte de su estructura estuviera ligada al EPC anterior, ya derogado. Así mismo, quedó demostrada la necesidad de proponer un modelo de interpretación de la norma sistemático y coherente con los principios que rigen el derecho penal colombiano, como ocurre tratándose de los delitos de peligro.

En esta medida, la reforma propuesta, además de volver aplicable la norma, permite afrontar varías problemáticas sociales frente a las cuales el régimen administrativo sancionatorio aplicado por la Superintendencia de Industria y Comercio se muestra superado en capacidad. Así, problemas que afectan a los consumidores en general, pero particularmente a la salud de estos en donde se visibiliza la necesidad de regular la publicidad en el caso de alimentos que se atribuyen falsamente tener nutrientes afectando la salud general, solo ha logrado que, con suma dificultad, algunas organizaciones hayan podido retirar de la publicidad de refrescos, bebidas procesadas o azucaradas la referencia a traer nutrientes, vitaminas o ser extractos naturales de frutas.

Esta norma también podría ser la solución -de manera particular- en los sectores inmobiliario en los casos en los que se entregan viviendas en condiciones inhabitables o diferentes a las ofrecidas en su publicidad, o de salud que resulta significativamente perjudicial para los consumidores pues, debe recordarse que la sanción más alta por publicidad engañosa según la SIC fue impuesta a *Genoma Lab* multado con hasta $2.500.860.630. Pero de manera general la modificación en este asunto conlleva a la regulación de todos los sectores de la economía en la que todos los colombianos somos consumidores o usuarios y como parte débil de la relación comercial merecemos protección.

En conclusión, lo que se pretende, no es crear un nuevo tipo penal que responda a un populismo punitivo, sino por el contrario, modificar uno ya existente que permita su aplicabilidad en pro de la tutela del orden económico social.

1. **BIBLIOGRAFIA**
* Agudelo, N. (1992). Beccaria. De los delitos y de las penas. Estudio preliminar. Bogotá, Colombia: Linotipia Bolívar.
* Álvarez García, Javier (Dir.) (2011) Derecho penal español. Parte especial (t. I y II). Valencia,España: Tirant lo Blanch.
* Arias, J. (2006). Publicidad Engañosa. Cambio 16, 50-63.
* Attas, D. (1999). What's Wrong with "Deceptive" Advertising? Journal of Business Ethics, 21(1), 49-59.
* Bacigalupo, E. (Dir.) (2005) Curso de Derecho penal económico. Madrid, España: Marcial Pons.
* Baucells, J. (2004). De los delitos relativos al mercado y a los consumidores. En Juan Córdoba y Mercedes García, Comentarios al Código Penal. Parte especial. Madrid, España: Marcial Pons.
* Boix, J. (Dir.) (2010). Derecho penal. Parte especial (t. I, II y III). Madrid, España: Iustel.
* Bueno, F. (1989). Sanciones penales en los delitos contra los consumidores. Poder Judicial, 301-312.
* Bustos, J., y Hormazabal, H. (1997) Lecciones de Derecho Penal (Vol. 1). Madrid, España:: Trotta.
* Cancio, A. (2004). Necesidad de la regulación del real principio del Derecho penal mínimo. En José Miguel Zugaldía (coord.), y Jacobo López (coord.) Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo (pp. 39-56). Barcelona, España: Marcial Pons.
* Carbonell, J. (1999). Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. En T. Vives, J. Boix, E. Orts, J. Carbonell, y J. González, Derecho Penal Parte Especial (Tercera edción ed.) (pp. 348-558). Valencia, España: Tirant lo Blach.
* Carrasco, M. (2011). Delitos relativos al mercado y a los consumidores II. En Javier Álvarez, Derecho penal español. Parte especial (t. I y II). (pp. 549-575). Valencia: Tirant lo Blanch.
* Carrillo, F., y Pinzón, J. (1985) Sector financiero y delincuencia económica. Bogotá, Colombia: Temis.
* Cobo del Rosal, M., y Vives, T. (1999). Derecho penal Parte general. (Quinta edición ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
* Cobo del Rosal, M. (Coord.) (2011) Comentarios al Código Penal. Madrid, España: Dykinson.
* Corcoy, M., y Mir, S. (2011). Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5 2010. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
* Córdoba, M., y Ruiz, C. (2011). Delitos contra el orden económico social. En Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial (pp 235-291). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
* Córdoba, J. y García, M. (Dirs.) (2004). Comentarios al Código Penal. Parte especial. Madrid, España: Marcial Pons.
* Crespo, E. D. (2005). A propósito del Bien jurídico en el delito publicitario tipificado en el Artículo 282 del Código penal español: (una contribución a partir de una "hermenéutica valorativa). En Nicolás García Rivas (coord.) Protección penal del consumidor en la Unión Europea. (pp. 157-172). Castilla- La Mancha, España: Universidad de Castilla la Mancha.
* Decreto 3466 de 1982. Por el cual se dictan 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. Diario Oficial No. 33.559. Presidencia de la República, diciembre de 1982.
* Decreto 2153 de 1992. Por el cual se reestructura el ministerio de desarrollo económico. Diario Oficial No. 40.703, Presidencia de la República, diciembre de 1992.
* Díez, J. L. (2013) Política Criminal y Derecho Penal. Estudios (2 ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
* Doval, A., y Anarte, E. (2010). Lección XIX. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Delitos relativos al mercado y a los consumidores. En J. Boix Reig, Derecho penal. Parte especial (t. I, II y III) (pp. 473-509). Madrid, España:: Iustel.
* Faraldo, C (12 de agosto de 2008). Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores. Actas del II Seminario Internacional de Derecho penal económico. Recuperado de: http://www.tirantonline.com/tol/documento/show/169082?route=ser&general=DELITOS+CONTRA+EL+CONSUMIDOR&searchtype=substring
* Farré, E. (1986). La tentativa de delito. Barcelona, España: Bosch.
* García Arán, Mercedes.(2014) Delincuencia económica: prevenir y sancionar. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
* García de Enterría, E., y Ramón, F. (1999). Curso de Derecho Administrativo. t II (Sexta edición ed.). Madrid, España: Civitas.
* Gómez de la Torre, I. (1999). Lecciones de Derecho Penal. Parte General. (Segunda edición ed.). Barcelona, España: Praxis.
* González, J. (2011). Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. En L. Morillas, Sistema de Derecho penal español. (pp. 621-645). Madrid, España: Dykinson.
* Handler, M. (1929). False and Misleading Advertising. The Yale Law Journal, 22-51
* Isler, E. (2010). Aproximación a la publicidad engañosa, desde la perspectiva de la competencia desleal y la protección al consumidor. Ars Boni et Aequi, VI, 125-148.
* Jesper, C., Mette, A., & O'Doherty, K. (2012). Framework for understanding misleading information in daily shopping. Qualitative Market Research, 15(2), 110-127.
* Lamarca, C. (1981). La publicidad en Derecho penal: Una aproximación conceptual e histórica . Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 573-584.
* Lascuraín, J. (1998). La proporcionalidad de la norma penal. Cudernos de Derecho Público(5), 159-190.
* Lascuraín, J. (2005). Por un Derecho penal solo penal: Derecho penal de medidas de seguridad y Derecho administrativo sancionador. Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Navarra, España: Thomson-Civitas.
* Ley 142 de 1994. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 41.433. Congreso de la República, julio de 1994.
* Ley 256 de 1996. Por la cual se dictan normas sobre competencia deslea. Diario Oficial 42.692. Congreso de la República, enero 18 de 1996.
* Ley 13288 de 2009. Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. Diario Oficial No. 47.41. Congreso de la República, julio de 2009.
* Ley 1480 de 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. Diario oficial No. 48.220. Congreso de la República, octubre de 2011
* Martínez, A. (2007). Publicidad y Derecho Penal. Valencia: Tirant lo Blanch.
* Martínez-Buján, C. (1998). Derecho Penal Económico. Parte General. Valencia, España: Tirant lo blanch.
* Martínez-Bujan, C. (2011). Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial. (Tercera edición ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
* Méndez, R., & Vilalta, A. (1999). La publicidad ilícita. Barcelona, España: Bosch.
* Mestre, E. (2005). Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. En C. Lamarca, A. Alonso, I. Gordillo, E. Mestre, y A. Rodríguez, Derecho Penal Parte Especial (Tercera edición ed., pp. 265-405). Madrid, España: Colex.
* Mestre, E. (2011). Los delitos relativos al mercado y a los consumidores. En C. Lamarca, Dereccho Penal Parte Especial (Sexta edición ed., pp. 380-400). Madrid, España: Colex.
* Mir Puig, S. (2005). Derecho Penal. Parte General (7 ed.). Barcelona, España: Reppertor.
* Morales, F. (2011). Artículo 282. En G. Quintero, y M. Fermín, Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal (Novena edición ed.) (pps. 881-887). Navarra, España: Aranzadi.
* Morales, F. (2011). Libro II: Título XIII: Cap. XI (Art. 282). En G. Quintero, y F. Morales, Comentarios a la parte especial del Derecho penal (Novena edición ed.), (pp. 870-889). Navarra, España: Aranzadi.
* Moreno, E. (2005). Delitos relativos al mercado y a los consumidores. En E. Bacigalupo, Curso de Derecho Penal Económico (Segunda edición ed.( pp. 320-327). Barcelona: Marcial Pons.
* Morillas Cueva, Lorenzo (Coord.). Sistema de Derecho penal español. Madrid, España: Dykinson, 2011
* Muñoz, F. (2010). Derecho Penal. Parte Especial (18ª edición ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
* Muñoz, F. J. (2010). Publicidad engañosa: una figura delictiva de contornos poco definidos que dificultan su aplicación. Revista Aranzadi Doctrinal(9), 35-44.
* Musco, E. (2003). Perfiles penales de la publicidad engañosa. Revista penal(12), 98-108.
* Nieto, A. (2007) ¿Americanización o europeización del Derecho Penal Económico? Revista Penal(19), 120-136.
* Orts Berenguer, E., & González Cussac, J. (2011). Compendio de Derecho Penal. Parte General (Tercera edición ed.). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
* Ospina, G., & Ospina, E. (1983). Teoría general de los actos o negocios jurídicos (Segunda edición ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
* Perelló, I. (1997). El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. Jueces para la democracia(28), 69-75.
* Puente, L. (2002). Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario. Valencia,España: Tirant lo Blanch.
* Puente, L. (2001) Comentario a la sentencia de la audiencia provincial de Barcelona, de 10 de enero de 2000: estafa y delito contra los consumidores. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. (5), 961-968.
* Puente, L (2001). Los genuinos delitos socioeconómicos de consumidores Tesis doctoral dirigida por Carlos Martínez-Buján Pérez. Universidade da Coruña. Recuperado de: http://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/12394
* Pulecio, D. (2011). Delitos contraa el orden económico y social. Bogotá, Colombia: Ibañez.
* Roxin, C. (2002) Política Criminal y sistema del Derecho Penal (Segunda ed.). (F. Muñoz Conde, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
* Roxin, C. (2006) Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Navarra, España: Thomson – Civitas.
* Ruiz, E. (1999). La reforma penal y la delincuencia económica. Especial referencia a la protección del consumidor. Eguzkilore(13), 33-54.
* Ruiz, L. (2000). Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores. Actas del II Seminario Internacional de Derecho Penal Económico. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
* Ruiz, L. (2000). Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores. Actas del II Seminario Internacional de Derecho Penal Económico. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
* Ruiz, L. (2012). Delitos relativos al mercado y a los consumidores. En J. Terradillos, Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Madrid, España: Iustel.
* Russo, J. E., Metcalf, J. B., & Stephens, D. (1981). Identifying Misleading, Advertising. Jornal of Consumer research- Oxford University, 119-131.
* Sentencia C-214, (4 de Agosto de 1994). Acción de inconstitucionalidad. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Corte Constitucional.
* Sentencia C-535 (23 de Octubre de 1997). Acción de inconstitucionalidad. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional
* Sentencia C-116 (24 de Febrero de 1999). Acción de inconstitucionalidad M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez. Corte Constitucional
* Sentencia C-1141 (30 de Agosto de 2000). Acción de inconstitucionalidad. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional
* Sentencia C-226 (2 de Abril de 2002). Acción de inconstitucionalidad M.P. Álvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional
* Sentencia C-873 (30 de septiembre de 2003). Acción de inconstitucionalidad M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional
* Sentencia C-818 (9 de Agosto de 2005). Acción de inconstitucionalidad M.P. Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional
* Sentencia C-1177 (17 de Noviembre de 2005). Acción de inconstitucionalidad M.P. Jaime Córdoba Triviño. Corte Constitucional
* Sentencia C-030 (1 de Febrero de 2012). Acción de inconstitucionalidad M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional
* Sentencia C-592, (25 de Julio de 2012). M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Acción de inconstitucionalidad Corte Constitucional
* Sentencia C-893 (31 de octubre de 2012). Acción de inconstitucionalidad M.P. Luis Guilleromo Guerrero Pérez. Corte Constitucional
* Sentencia C-829 (5 de Noviembre de 2014). Acción de inconstitucionalidad M.P. Victoria Sáchica Méndez. Corte Constitucional
* Sentencia del 28 de Noviembre de 2007 Exp. 23174. M.P. Alfredo Gómez Quintero Corte Suprema de Justicia, Sala Penal.
* Sentencia del 9 de Abril de 2008. Exp. 23754 .M.P. Sigifredo Espinosa Pérez Corte Suprema de Justicia, Sala Penal.
* Sentencia del 15 de Julio de 2008. Exp.29303 M.P. María del Rosario González Lemus. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal.
* Terradillos, J. (2002). El delito de publicidad engañosa. En R. Ruiz, Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores. Actas del II Seminario Internacional de Derecho Penal Económico (pp. 71-89). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
* Tiedemann, K. (2010). Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
* Valle, J., y Morales, F. (2008). El delito de publicidad engañosa: El marco general de la tutela de los consumidores y usuarios frente a las violaciones del principio de ''veracidad publicitaria". En G. Quintero, F. Morales, & J. G. Tamarit, Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo II (pp. 901-964). Navarra, España: Thomson Aranzadi.
* Velásquez, F. (2009). Derecho Penal Parte General (cuarta Edición ed.). Medellín, Colombia: Comlibros.
* Velásquez, F. (2014). Manual de Derecho Penal (sexta ed.) Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
* Villalba C., J. (2009). La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombaino. Vniversitas(119), 305-340.
* Villalba, J. C. (2012). Introducción al derecho del consumo. Bogotá, Colombia: Universidad Militar Nueva Granada.
* Vogel, J. (2001). La responsabilidad penal por el producto en Alemania: Situación actual y perspectivas de futuro. Revista penal, VIII, 95-104.

De los Honorables Congresistas,

**José Jaime Uscátegui Pastrana**

Representante a la Cámara por Bogotá D.C.