

SECCIÓN II

ARTÍCULOS DE AUTORES NACIONALES

DERECHO PENAL ECONÓMICO: CRIMINALIZACIÓN DE LAS CONDUCTAS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

FABIO HUMAR J.*

RESUMEN

La actual tendencia es la del expansionismo del derecho penal, y ello no ha sido ajeno al Derecho de la Competencia, entendido como la Propiedad Intelectual, las normas de Protección al Consumidor, las disposiciones del Derecho de la Competencia desleal y el de las integraciones. Este documento aborda una situación novedosa, que es el “reflejo” que las citadas normas tienen en la sistemática penal; dicho en otros términos, este documento aborda las normas del derecho de la competencia y revisa si existe

* Abogado egresado de la Universidad Javeriana. Especialista en derecho Administrativo, en derecho Penal y Máster en derecho Económico. Ex fiscal, consultor y litigante. www.fabiohumar.com

Para los efectos de este escrito, se entenderá que el Derecho de la Competencia lo conforman 4 grupos normativos: Derecho de la Competencia Desleal, Derecho de la Protección al Consumidor, Derecho de la Propiedad Intelectual e Industrial y, finalmente, Derecho de las Prácticas Restrictivas.

alguna norma penal que castigue esa misma conducta. ¿Significa ello que debe dejar de aplicarse las normas del Derecho de la Competencia para aplicar las disposiciones penales? Sigue siendo el derecho penal la última ratio del derecho? Se han flexibilizado los principios del derecho penal, para dar lugar a sanciones penales, cuando no habría lugar a ello? Son cuestiones que pretende abordar este breve documento.

Palabras clave: Expansionismo del derecho penal, Derecho penal económico, criminalización

ECONOMIC PENAL LAW: THE CRIMINALIZATION OF ANTICOMPETITIVE CONDUCTS

ABSTRACT

Nowadays, there is a tendency towards the expansion of criminal law. This tendency has not been alien to competition law, understood as intellectual property, consumer protection unfair competition, antitrust law and integrations. This document tackles an ingenious situation, which is the “reflex” that the mentioned laws have in the criminal system; said in other terms, this document tackles the norms of the Antitrust Law and checks if there is any criminal norm that penalizes that same conduct. Does that mean that the norms of the antitrust law must be stopped from being applied in order to apply the criminal provisions? Does the criminal law continue being the last ratio of the law? Have the principles of criminal law become flexible in order to provoke criminal sanctions, when there would be no room for it? These are issues that this brief document expects to answer.

Key words: Penal law expansionism, economic penal law, criminalization

1. EXPANSIONISMO DEL DERECHO PENAL

El objeto de este trabajo es el estudio del fenómeno denominado como la criminalización o penalización de las conductas que están reguladas en el Derecho de la Competencia¹. Para ello se hace imperativo destinar unas breves líneas para hablar del concepto de Expansión del Derecho Penal. La razón fundamental, es que este artículo se basa en el hecho de que los ámbitos que antes ocupaban el derecho mercantil o el derecho administrativo sancionador, en la actualidad han sido tomados por el derecho penal. En otras palabras, este artículo no se habría podido escribir de no haberse presentado el fenómeno de expansionismo aludido.

El hecho de que hoy en día se puedan (y en muchos casos se prefiera) llevar las controversias, que clásicamente se ventilaban en los Juzgados Civiles, a las Fiscalías dice mucho. Indica por ejemplo, que hay una mayor credibilidad en el castigo penal que en el castigo civil; también, que se percibe como más efectiva la Justicia Penal que aquella relacionada con la Civil o administrativa.

De esta manera, y con los permanentes y sostenidos aumentos de penas, recibir una citación de la Fiscalía General de la Nación en la cual se manifiesta que una persona está siendo investigada genera una alarma (algunos dirán pánico), hecho que además conlleva necesariamente, al siguiente pensamiento:” *Es mejor negociar este asunto, que seguir adelante con la investigación penal*”

Por esta razón es que han tomado tanta fuerza las denuncias penales dentro del ámbito que se conoce como Derecho Penal Económico y que involucra directamente en su mayoría delitos de contenido netamente patrimonial (por ejemplo, el hurto o la estafa). A este respecto, y de forma personal, considero que esta

1 Para los efectos de este escrito, se entenderá que el Derecho de la Competencia lo conforman 4 grupos normativos: Derecho de la Competencia Desleal, Derecho de la Protección al Consumidor, Derecho de la Propiedad Intelectual e Industrial y, finalmente, Derecho de las Prácticas Restrictivas.

definición se queda corta, pues en la actualidad el Estado, a través de su intervención muy activa en la Economía, ha asegurado el cumplimiento de un modelo económico y de producción utilizando el castigo penal como sanción para quienes pretenden modificar o atentar contra tales condiciones. En este sentido véanse los delitos del Título del Orden Económico Social donde se asegura, ante todo, el cumplimiento de un sistema económico determinado y una forma de producción específica, así como una determinada función de la propiedad y limitaciones de la misma.

Según lo anterior, el Art. 304 del Código Penal platea un reto de entendimiento interesante, porque se contrasta lo allí contemplado con las previsiones clásicas del Derecho Privado: el Código Civil enseña que una persona, propietaria de un bien, podrá hacer con ella, en ejercicio del derecho de uso, goce y disposición, lo que le plazca; hasta ahí parece no haber problema alguno. Sin embargo, a esta concepción *Jus Privatista* se le atraviesa el art. 304 del Código Penal: “*El que con el fin de alterar las condiciones del mercado destruya, inutilice, haga desaparecer o deteriore materia prima, producto agropecuario o industrial, o instrumento o maquinaria necesaria para su producción o distribución, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*”

También se afirma que “*En la misma pena incurrirá, el que impida la distribución de materia prima o producto elaborado.*”, o también el art. 309, cuando se dice: “*El que sustraiga cosa propia, mueble o inmueble, de utilidad social, al cumplimiento de los deberes constitucionales o legales establecidos en beneficio de la economía nacional, incurrirá en prisión dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*”

Estos artículos, el 304 y el 309, tienen previsiones que impiden que una persona haga con sus bienes lo que se le antoje. Existiendo, de esta manera, una clara intervención del Estado - vía la legislación penal - en uno de los derechos más antiguos y respetados como es el derecho de propiedad que, en principio, permite la disposición absoluta de un bien.

De acuerdo con lo anterior se establece que tal bien ya no podrá ser utilizado de forma antojadiza y arbitraria, pues el titular del derecho de dominio que recae sobre el bien, podrá ser penalizado si cumple con los requisitos señalados en los tipos penales arriba comentados.

En términos presupuestales la cosa no es distinta: El presupuesto de la Fiscalía general de la Nación es un poco más de la mitad que todo el presupuesto de la rama judicial². Esto, en términos prácticos, quiere decir que se ha privilegiado - desde el punto de vista presupuestal - la investigación de conductas punibles que la resolución de conflictos civiles, laborales, comerciales, y administrativos.

De esta manera se debe entender que en la actualidad el derecho penal ha ido borrando las fronteras que antes estaban claramente delimitadas, para hacerse con espacios que ocupaban las otras ramas del derecho.

Este fenómeno es el que se ha denominado Expansionismo del Derecho penal.

El panorama hoy, es este: en una disputa contractual se hace necesaria la intervención de la Fiscalía General de la Nación para que, en una denuncia por incumplimiento contractual con ropaje de Estafa, se solucione el conflicto que en otros momentos se habría solucionado por la vía de la Jurisdicción Civil. Otro tanto

2 Tomado del Documento enviado por el Ministerio de Hacienda al Congreso de la República, Año 2012, en el que se explica el presupuesto Funcional para el año 2012.

se puede decir de las conductas que antes eran sancionadas por la vía policivo-administrativa, como el de los altos niveles de ruido y que tenían como fundamento base el Código de Policía - Art. 202, Num. 2, del Decreto 1355 de 1970. Ahora, a través de la denominada ley de Seguridad Ciudadana se castiga esa situación, denominándola contaminación auditiva, y sancionado con penas de prisión. Hay, por decirlo de alguna forma, un nuevo lenguaje jurídico, una nueva aproximación a las mismas problemáticas que han aquejado a los ciudadanos, y que consiste en que la inserción en el Código Penal de conductas que antes se encontraban reprimidas en leyes civiles, administrativas o de policía.

Un ejemplo de ello es el art. 34 de la Ley 1453, modificatorio del código penal, que dispuso: Contaminación ambiental. *El que con incumplimiento de la normatividad existente, provoque, contamine o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, ruidos, depósitos o disposiciones al aire,* (Subrayado fuera del texto). Así, una establecimiento de comercio, que para promocionar productos hacía ruido, desde la vigencia de la ley 1453 podrá ser sancionadas penalmente.

La referida ley de seguridad ciudadana será entonces el perfecto ejemplo de este torbellino - como lo calificó el profesor Fernando Velásquez en una reciente ponencia del 9 de Julio de 2012, en el que se ha convertido el derecho penal.

Actualmente se han diseñado y redactado en tipos penales conductas que deberían haberse sancionado por la vía policiva - administrativa; sin embargo, debido a la efectividad, en términos de réditos políticos³, y en términos de efectiva sanción que re-

3 En la sociedad actual se ha preferido, por parte de la ciudadanía, la sanción penal que cualquier otro tipo de sanción. Con ello se incrementa la sensación de Seguridad (que no de paz) que tanto aclama el ciudadano. Los políticos, hábiles para auscultar el sentimiento de la población, y con la clarísima intención de ser favorecidos por el voto popular, se han dado a la tarea de promover proyectos de ley que amplían la los tipos penales existentes, así como las penas a imponer.

presenta el derecho penal se prefirió la vía “*penalizadora*” que la sanción de otra índole, con seguridad menos impactante.

Ahora bien, el impacto de este movimiento expansionista ha tocado, y con fuerza, las normas que regulan el derecho de la Competencia, como se explica a continuación.

2. CRIMINALIZACIÓN DE LAS NORMAS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

2.1 DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL

El derecho de la competencia desleal se encuentra regulado en la ley 256 de 1996, que se erige como un catálogo de conductas que prohíben o castigan. Son, desde el punto de vista normativo, de tipo sancionatorio, cuya consecuencia o sanción es de tipo judicial o administrativa, pero no de índole penal.

En este acápite se abordará la siguiente metodología: Se tomará una conducta contemplada en la ley de Competencia Desleal y se contrastará con la ley de Penal, de forma que se pueda determinar si existe alguna sanción de tipo penal para la conducta de Competencia Desleal.

2.1.1 Actos de Desorganización (art. 9 Ley 256)

“Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno. Esta norma encuentra su par en el art. 181 del Código Penal, denominado Constreñimiento Ilegal: “El que, fuera de los casos especialmente previstos como delito, constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36)”.

Podría suceder que una persona, con la finalidad de generar desorganización al interior de una empresa, constriñera a un em-

pleado, directivo o proveedor para que hiciera u omitiera alguna conducta. Tal es el caso, identificado con el No. 200507630 de la Funcionaria de un Banco a quien llamaremos A, ejerció indebidamente presión sobre algunas personas dentro de un establecimiento de comercio dedicado a la fabricación de ropa. Según esta visita y lo acontecido durante la misma, los empleados de la compañía fabricante de ropa renunciaron a su trabajo lo que conllevó serias pérdidas de la fábrica y posterior quiebra. La Fiscalía Seccional del caso imputó varios delitos, entre ellos el de Constreñimiento Ilegal. El juez de Primera Instancia condenó por el delito de falsedad en documento privado, y absolvió por el delito de Constreñimiento ilegal. La Sala Penal del Honorable Tribunal de Bogotá, desatando la apelación interpuesta por la Fiscalía y la Defensa, modificó la sentencia de primera instancia, para condenar por el delito de Constreñimiento, y absolver por el de falsedad. En la actualidad se encuentra el caso en etapa de casación.

2.1.2 Actos de Confusión (Art. 10 Ley 256)

“Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno”.

Las normas en el código penal que se ajustan a esta norma del Derecho de la Competencia, se encuentran dentro de los delitos en contra de la Propiedad Intelectual e Industrial, razón por la que este tema se abordará más adelante.

2.1.3 Actos de Engaño (Art. 11 Ley 256)

“Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas u omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica

que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos”.

El Art. 300 del Código Penal se ajusta perfectamente a las previsiones señaladas al mencionar: “ *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”.*

2.1.4 Actos de Descrédito (Art. 12 Ley 256)

“En concordancia con lo establecido por el punto 2 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes”.

Esta norma refiere a las normas del Código Penal que protegen Integridad Moral de las personas, la Injuria y la Calumnia. El art. 220 Señala: “*El que haga a otra persona imputaciones deshonorosas, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.* Adicionalmente, el art. 221 Señala: “*El que impute falsamente a otro una conducta típica, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.*

El Art. 220 del Código Penal, por su parte, protege a las personas de las imputaciones deshonrosas, que no constituyan delito, pues si las imputaciones que se hacen falsamente se refieren a delitos, aplicará el delito de Calumnia. Por esa diferencia, se debe señalar que las personas naturales pueden ser sujetos pasivos de ambos delitos, aunque no ocurre lo mismo en las personas jurídicas, que sólo podrán ser sujetos pasivos del delito de Injuria, puesto que en Colombia no se ha reconocido la plena responsabilidad penal de las personas jurídicas.

2.1.5 Actos de Imitación (Art. 14 Ley 256)

Por ser un tema de plena aplicación en el acápite de la Propiedad Intelectual e Industrial, se estudio se difiere a ese punto.

2.1.6 Actos de Explotación de la Reputación Ajena (Art. 15 Ley 256).

Por ser un tema de plena aplicación en el acápite de la Propiedad Intelectual e Industrial, su estudio se difiere a ese punto.

2.1.7 Violación de Secretos (Art. 16 Ley 256)

“Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 18 de esta ley.

Tendrá así mismo la consideración de desleal, la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan.

Las acciones referentes a la violación de secretos procederán sin que para ello sea preciso que concurran los requisitos a que hace referencia el artículo 2o. de este ley”

Tres son las normas de orden penal que concurren en esta conducta de Competencia Desleal: en primer lugar, la señalada en el Art. 418 que se encuentra dirigida al Servido Público, pues el sujeto es calificado: “ *El servidor público que indebidamente dé a conocer documento o noticia que deba mantener en secreto o reserva. Pena de 15 a 20 meses.*” En segundo lugar, el art. 308 del Código Penal señala: “*El que emplee, revele o divulgue descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial, llegados a su conocimiento por razón de su cargo, oficio o profesión y que deban permanecer en reserva, incurrirá en prisión de 32 a 90 meses. En la misma pena incurrirá el que indebidamente conozca, copie u obtenga secreto relacionado con descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial.*” La norma consagra un agravante que opera si se produce provecho propio o ajeno. Finalmente, la norma del art. 258 del Código Penal que dice: “ *El que como empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad privada, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de su cargo o función y que no sea objeto de conocimiento público, incurrirá en multa.*

En la misma pena incurrirá el que utilice información conocida por razón de su profesión u oficio, para obtener para sí o para un tercero, provecho mediante la negociación de determinada acción, valor o instrumento registrado en <Registro Nacional de Valores y Emisores>, siempre que dicha información no sea de conocimiento público”.

2.1.8 Violación de Normas. (Art. 18 Ley 256)

“Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser

significativa”. Se puede hablar de un tipo penal donde pueden aparejar con la conducta señalada: el Fraude Procesal que se tipifica así: “*El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años*”

Piénsese, por ejemplo, que ha sucedido que una persona cometa el delito de Fraude Procesal al engañar a una entidad pública, con la finalidad de obtener una licencia, patente o permiso de funcionamiento, situación que sucede con mucha frecuencia. En este sentido, la violación de normas estaría dada por una situación bifronte: La violación de las normas - por ejemplo, las normas de índole administrativo que se violan al obtener con afirmaciones falsas un permiso o licencia - y la consecuente adecuación típica que esta conducta de índole administrativa presentaría en el ámbito del derecho penal, en el tipo de Fraude Procesal.

2.2. DERECHO DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

El derecho de la protección al consumidor está regulado en la ley 1480 de 2011. La metodología será la de tomar las normas consagradas en la referida ley y contrastarlas con los tipos penales con los que se encontrará alguna “sintonía” o concordancia.

2.2.1 El Art. 6 de la ley 1480

Este señala: “*Todo productor debe asegurar la idoneidad y seguridad de los bienes y servicios que ofrezca o ponga en el mercado, así como la calidad ofrecida. En ningún caso estas podrán ser inferiores o contravenir lo previsto en reglamentos técnicos y*

medidas sanitarias o fitosanitarias. El incumplimiento de esta obligación dará lugar a: 1. Responsabilidad solidaria del productor y proveedor por garantía ante los consumidores. 2. Responsabilidad administrativa individual ante las autoridades de supervisión y control en los términos de esta ley; 3. Responsabilidad por daños por producto defectuoso, en los términos de esta ley”

Esta norma es la expresión legislativa del denominado Principio de Correspondencia, según el cual las calidades y cantidades de los bienes o servicios ofrecidos deben ser coincidentes con las normas que regulan la materia, así como con las mismas calidades y cantidades señaladas en los empaques, y leyendas de productos o servicio. En el Art. 300 del Código Penal se señala: *“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”*.

Ahora bien, el Art. 6 de la ley 1480 hace una referencia que necesariamente se debe analizar: *“Todo productor debe asegurar la idoneidad y seguridad de los bienes y servicios...”*. A este respecto resulta pertinente hacer referencia a los delitos de Homicidio, de Lesiones Personales y de Lesiones al Feto. Un caso, bastante común sobre el tema, es el siguiente: Un productor o fabricante de bienes, a sabiendas de que el bien producido es defectuoso, decide ponerlo en el mercado. La obvia consecuencia de su actuar es la muerte o lesiones de varias personas o incluso las lesiones del que está por nacer⁴. Hay en el ejemplo dos conse-

4 En punto de la responsabilidad penal del productor es importante citar el caso de la medicina Talidomida, que fue comercializada a finales de los 50 e inicios de los 60. La medicina era utilizada para controlar las náuseas productos de los primeros meses de gestación. Tenía, igualmente, una función sedativa y fue esta última

cuencias evidentes: La primera, de la que se ocuparía la legislación del Estatuto del Consumidor, pues se ha vendido un bien del cual no se garantiza su seguridad. En segundo lugar, puede haber una investigación por los delitos de Lesiones Personales, Homicidio o Lesiones al Feto, si la comercialización de los bienes se hizo a sabiendas de los peligros que representaban.

La pregunta que puede generarse entonces es la siguiente: el delito de Homicidio, Lesiones Personales o Lesiones al Feto se imputará a título de Dolo o de Culpa? Es decir, el hecho de que el empresario⁵ sepa que sus productos pueden causar lesiones o la muerte, es suficiente para que se pueda hablar de una intención de causar la muerte o lesiones en determinada persona, aún si

función la que le dio un importante éxito en el mercado. Las madres gestantes que consumían este fármaco dieron a luz niños con severas malformaciones en las extremidades, conocidas como Focomelia. Si bien los casos de malformaciones producto de la ingesta de Talidomida ocurrieron en momentos cuando la legislación de protección al consumidor no era tan severa como hoy en día, su legado es precisamente el haber llevado a diferentes naciones a ajustar fuertemente estas legislaciones.

- 5 El estatuto del Consumidor habla de productor, proveedor, expendedor para referirse a personas naturales o jurídicas. Ello no ocurre en el derecho penal, pues en Colombia no se puede predicar la responsabilidad de las personas jurídicas. Es por ello que los ámbitos de aplicación de la ley penal y las demás leyes en materias de Derecho de la Competencia tiene ámbitos subjetivos de aplicación diferentes; así, mientras el estatuto de protección al consumidor puede sancionar a la empresa XYZ Ltda, la sanción penal deberá ir dirigida al administrador, o gerente o cualquier otra persona natural que hubiese cometido el delito. El único momento en que el derecho penal “toca” a la persona jurídica es el contemplado en el art. 91 de la Ley 906 de 2004, que señala: “*En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas. Las anteriores medidas se dispondrán con carácter definitivo en la sentencia condenatoria cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que las originaron.*”

esa persona no está individualizada? A juicio del suscrito, la respuesta será que se imputa la conducta a título de Culpa, pues el Dolo requiere la representación del sujeto activo de la conducta (el empresario) de cometer el homicidio o lesiones en determinada persona. Ahora bien, habrá quienes abogan por que se impute el delito a título de Dolo eventual, que se encuentra regulado en el Art. 20 del código penal al decir: “*La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no realización se deja librada al azar.*” Las anteriores consideraciones no excluyen que se dé inicio a las acciones grupales para el caso de bienes ofrecidos en forma masiva que generen daños en los usuarios.

2.2.2 Art 7 de la Ley 1480

Este menciona: “*Garantía legal. Es la obligación, en los términos de esta ley, a cargo de todo productor y/o proveedor de responder por la calidad, idoneidad, seguridad y el buen estado y funcionamiento de los productos*”.

El Art. 246 del Código Penal, por su parte, tipifica la Estafa en los siguientes términos: “*El que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En la misma pena incurrirá el que en lotería, rifa o juego, obtenga provecho para sí o para otros, valiéndose de cualquier medio fraudulento para asegurar un determinado resultado. La pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses y multa hasta de quince (15) salarios mínimos legales mensuales*

vigentes, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Bien puede suceder que un empresario venda o suministre un bien, y el mismo no tenga las calidades / cantidades prometidas. Al consumidor le surge el derecho de requerir al empresario por vía judicial penal, utilizando para ello el delito de Estafa. El provecho ilícito sería el precio pagado por el consumidor a cambio del bien entregado por el empresario. La ilicitud estaría en la celebración y ejecución de un contrato en el que el empresario entrega o suministra un bien que no está destinado a cumplir con los requerimientos mínimos prometidos de un bien. La inducción o mantenimiento en error a otro (en este caso el productor) ocurre cuando el empresario, a sabiendas de que sus bienes o servicios no cumplen con los requisitos prometidos, entrega o suministra el bien o servicio al Consumidor.

Surge entonces la pregunta: ¿Debe necesariamente saber el empresario que los bienes no cumplen con los requisitos? Sí, pues el delito de estafa es Doloso, lo que quiere decir que es esencial el conocimiento del sujeto activo de la conducta. Un empresario que desconociera que los bienes o servicios ofrecidos no cumplen con las características ofrecidas y presentadas por él estaría por ubicado por fuera del dolo que se entiende, conforme el Art. 20 del código penal, como el conocimiento y voluntad de cometer la conducta: Conocimiento de que ilícita y, no obstante ello, voluntad de ejecutarla, de cumplirla.

2.2.3 Artículo 1, numerales 2 y 23 de la ley 1480

Estos señalan:

Artículo 1 Num. 2: *PRINCIPIOS GENERALES. Esta ley tiene como objetivos proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos, en especial, lo referente a: 2. El*

acceso de los consumidores a una información adecuada, de acuerdo con los términos de esta ley, que les permita hacer elecciones bien fundadas.

El Art. 23 de la misma normatividad dice:

“INFORMACIÓN MÍNIMA Y RESPONSABILIDAD. Los proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información, clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan y, sin perjuicio de lo señalado para los productos defectuosos, serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información. En todos los casos la información mínima debe estar en castellano”.

PARÁGRAFO. Salvo aquellas transacciones y productos que estén sujetos a mediciones o calibraciones obligatorias dispuestas por una norma legal o de regulación técnica metrológica, respecto de la suficiencia o cantidad, se consideran admisibles las mermas en relación con el peso o volumen informado en productos que por su naturaleza puedan sufrir dichas variaciones.

Cuando en los contratos de seguros la compañía aseguradora modifique el valor asegurado contractualmente, de manera unilateral, tendrá que notificar al asegurado y proceder al reajuste de la prima, dentro de los treinta (30) días siguientes.

A su turno, el Art. 299 del Código Penal señala: *“El que altere o modifique en perjuicio del consumidor, la calidad, cantidad, peso, volumen o medida de artículo o producto destinado a su distribución, suministro, venta o comercialización incurrirá en prisión de 16 a 54 meses de prisión”.*

Las dos normas ya descritas buscan proteger lo mismo, salvo que cada una lo hace en momentos diferentes: el supuesto de la ley penal es la modificación o alteración de los productos o artículos. La ley 1480 consagra una obligación de hacer a cargo de los productores o proveedores, que consiste en suministrar información sobre los bienes o productos ofrecidos. En términos temporales la ley 1480 es primero, pues a cargo del productor o proveedor está la obligación de poner los productos en el mer-

cado debidamente etiquetados, con la información idónea sobre los productos. Posteriormente, y en términos temporales, puede suceder el supuesto de hecho de la ley penal, que consiste en la alteración de las calidades del bien o producto. ¿Podría entonces ser una misma persona sancionada con las dos leyes?

Sí, porque puede suceder que una persona, que es productor, engañe en el contenido del etiquetado, y con posterioridad altere las características del bien o producto.

2.2.4 Indemnización de perjuicios

La indemnización de daños ocasionados con la violación de protección al consumidor tiene tres formas, según la ley 1480 en su art. 56, de llevarse a cabo: i) A través de las acciones Populares y de Grupo, ii) vía la responsabilidad civil típica del Código Civil, Art. 2341, y iii) la acción de protección al consumidor.

De esta manera, ¿pueden intentarse cualquiera de estas acciones de forma concomitante con la acción penal?

La respuesta es sí. La razón consiste en que son acciones que encarnan pretensiones diferentes: En tanto que las acciones contenidas en el Art. 56 de la ley 1480 son de carácter patrimonial (reparación del daño causado) la acción penal busca la determinación de la responsabilidad personal, y de forma subsidiaria la reparación económica (además de las pretensiones a la verdad, la reparación integral y la garantía de no repetición).

Bien puede suceder que se intenten las dos acciones de forma simultánea y cuando se obtenga el fallo condenatorio en materia penal ya se hubiese obtenido una reparación económica en las acciones patrimoniales del art. 56. En ese caso la víctima dentro del proceso penal deberá anunciar tal cosa para que no se intente el incidente de reparación de perjuicios consagrado en el Arts. 102 y ss. del código de Procedimiento Penal, pues ya ha visto satisfechas sus pretensiones en ese aspecto.

Sobre la acción penal se debe decir que no sólo se busca la reparación económica. También se busca la verdad, la justicia y la garantía de no repetición del delito. A este respecto se puede afirmar que con frecuencia, dentro de los delitos que buscan la sanción por la comisión de la defraudación a los derechos patrimoniales de autor (típico caso de personas que venden películas en los semáforos), que ello sucede a diario y que las empresas víctimas optan por una indemnización simbólica, que en nada resarce el daño causado. Por ejemplo, se acepta que el infractor porte una camiseta blanca con la leyenda “ *Yo no apoyo la piratería*” ciertos días y en ciertos lugares.

Ahora bien, debe hacerse una breve anotación en relación con la legislación de protección al consumidor anterior, Decreto 3466. Esa norma en su art. 37 presentaba la siguiente disposición:

“Aun cuando los actos de los productores o proveedores constituyan delito, la indemnización de perjuicios deberá solicitarse ante el Juez Civil, de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior.”

¿Esta norma atacaba de plano la posibilidad de interponer la acción civil de daños y la acción penal?. Parece que sí, pues esta ley - por ser especial en materia de protección al consumidor - prevalece sobre una ley general, como lo es el estatuto penal. Además, en la actualidad se utiliza la acción penal para la búsqueda de tres cosas: verdad, justicia y reparación como se anotó arriba⁶.

6 Sin embargo esta moderna concepción del derecho penal y su finalidad es relativamente reciente. Para 1982, año en que se promulga el D. 3466, la única finalidad de la acción penal era la indemnización de perjuicios. Fue con la Sentencia C - 228 de 2000 que en el ordenamiento Colombia se entendió que la acción penal tenía, además del obvio carácter de indemnización de daños, la posibilidad de servir como vehículo para la búsqueda de la verdad y la justicia.

2.3 PROPIEDAD INTELECTUAL

La propiedad intelectual tiene cabida dentro del derecho de la competencia por la vía de la aplicación con los Arts. 8, 10 y 11 de la ley 256. En este asunto se plantea una relación de género - especie pues todo acto de vulneración de la Propiedad Intelectual (Derechos de Autor y Propiedad Industrial) implica, de suyo, la comisión de un acto de confusión y/o engaño. El típico ejemplo es el del comerciante que utiliza en su vitrina elementos distintivos de grandes marcas de ropa, y al interior de su almacén ofrece al público para la venta y distribución elementos marcados con la referida marca de ropa.

Sin embargo, el empresario no cuenta con la autorización para la venta y comercialización de los elementos y todo ellos son fabricados en lugares clandestinos, limitándose a ser una muy buena falsificación de los originales. Este caso, que se repite día tras día, es el típico caso de conductas de Competencia Desleal (actos de engaño y actos de confusión) que concurren con conductas sancionadas en el derecho penal. Así, para los Artículos 10 y 11 de la ley 256 se pueden encontrar los artículos que protegen los derechos de autor, las marcas y las patentes en el código penal, conforme se verá a continuación.

2.3.1 Derechos Morales de Autor

“Incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de veinte seis punto sesenta y seis (26.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien:

- 1. Publique, total o parcialmente, sin autorización previa y expresa del titular del derecho, una obra inédita de carácter literario, artístico, científico, cinematográfico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.*
- 2. Inscriba en el registro de autor con nombre de persona distinta del autor verdadero, o con título cambiado o suprimido, o con el texto*

alterado, deformado, modificado o mutilado, o mencionando falsamente el nombre del editor o productor de una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.

3. Por cualquier medio o procedimiento compendie, mutile o transforme, sin autorización previa o expresa de su titular, una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.

PARÁGRAFO. Si en el soporte material, carátula o presentación de una obra de carácter literario, artístico, científico, fonograma, videograma, programa de ordenador o soporte lógico, u obra cinematográfica se emplea el nombre, razón social, logotipo o distintivo del titular legítimo del derecho, en los casos de cambio, supresión, alteración, modificación o mutilación del título o del texto de la obra, las penas anteriores se aumentarán hasta en la mitad”.

La tipicidad, como elemento constitutivo del delito indica que no podrá haber una conducta que sea castigada, si no fuere precisamente descrita en la ley, con anterioridad a la conducta que se investiga. Por tanto, sería imposible castigar a una persona que ha desplegado una conducta que por antipática que parezca, no esté debidamente tipificada en la ley. El texto del Art. 270 del Código Penal castiga la publicación de una obra inédita sin la autorización del Titular.

¿Qué pasa entonces si una persona publica sin autorización de su titular una obra que no es inédita? En principio y a juicio del suscrito, habría un evidente problema de tipicidad, pues la norma penal castiga la publicación de obras inéditas. Esta situación se presentó y fue resuelta mediante sentencia condenatoria, identificada con el No.31.403 del 28 de Mayo de 2010. Allí la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Sigfredo Espinoza Pérez, profirió sentencia condenatoria en contra de una persona que había publicado, sin autorización del titular, una obra que ya había sido publicada, con lo que perdía en carácter de

inédita. La sentencia referida se basó en el Bloque de Constitucionalidad para condenar.

2.3.2 Derechos Patrimoniales de Autor mencionados en el art. 271 del Código Penal

Estos establecen lo siguiente:

“Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes:

1. Por cualquier medio o procedimiento, reproduzca una obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador; o, quien transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones.

2. Represente, ejecute o exhiba públicamente obras teatrales, musicales, fonogramas, videogramas, obras cinematográficas, o cualquier otra obra de carácter literario o artístico.

3. Alquile o, de cualquier otro modo, comercialice fonogramas, videogramas, programas de ordenador o soportes lógicos u obras cinematográficas.

4. Fije, reproduzca o comercialice las representaciones públicas de obras teatrales o musicales.

5. Disponga, realice o utilice, por cualquier medio o procedimiento, la comunicación, fijación, ejecución, exhibición, comercialización, difusión o distribución y representación de una obra de las protegidas en este título.

6. Retransmita, fije, reproduzca o, por cualquier medio sonoro o audiovisual, divulgue las emisiones de los organismos de radiodifusión.

7. Recepcione, difunda o distribuya por cualquier medio las emisiones de la televisión por suscripción”.

En punto del problema de Antijuridicidad, es bueno traer a colación la Sentencia de la Sala penal de la Corte Suprema de Justicia del 13 de Mayo de 2009, en la cual se consideró que la venta de dos libros en la vía pública no debía ser castigado pues tal conducta no representaba un daño real al bien jurídico protegido. En otras palabras, la Corte Suprema aplicó la teoría bagatelar o de insignificancia al caso en concreto; sin embargo, tal teoría ha sido aplicada en delitos que atentan contra el patrimonio, por ejemplo el hurto de un lápiz. Así, la Corte Suprema de Justicia en la referida jurisprudencia aplicó una teoría novedosa tratándose del Delito de Defraudación a los Derechos Patrimoniales de Autor.

2.3.3 Usurpación de Derechos de Propiedad Industrial y Derechos de Obtentores de Variedad Vegetal

A este respecto el Art. 306 del Código Penal señala:

“El que, fraudulentamente, utilice nombre comercial, enseña, marca, patente de invención, modelo de utilidad, diseño industrial, o usurpe derechos de obtentor de variedad vegetal, protegidos legalmente o similarmente confundibles con uno protegido legalmente, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En las mismas penas incurrirá quien financie, suministre, distribuya, ponga en venta, comercialice, transporte o adquiera con fines comerciales o de intermediación, bienes o materia vegetal, producidos, cultivados o distribuidos en las circunstancias previstas en el inciso anterior.”

Este delito busca la protección de la propiedad industrial. Su contraparte en la ley de Competencia Desleal serán las normas consagradas en el Art. 15 las cuales señalan:

“Se considera desleal el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Penal y en los tratados internacionales, se considerará desleal el empleo no autorizado de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas o engañosas aunque estén acompañadas de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como “modelo”, “sistema”, “tipo”, “clase”, “género”, “manera”, “imitación”, y “similares”.

A este respecto, sucede con mucha frecuencia que un empresario inescrupuloso copia la marca de otra persona o empresa, con la finalidad de llevar al público a la errónea creencia de que, comprando el bien falseado, está comprando el bien original. Tal es el caso de la burda y muy cotidiana adulteración de marcas. En esa situación bien podría presentarse una concurrencia de leyes que permiten el castigo: la de Competencia Desleal, junto a la Ley Penal.

La segunda parte del Art. 306 contiene una previsión exclusivamente diseñada para los obtentores de variedades. Tal previsión fue introducida con posterioridad a la expedición de la ley 599, con el fin de armonizar la legislación interna a los compromisos adquiridos por cuenta del TLC con los Estados Unidos.

El Art. 307 señala:

“El que fabrique producto sin autorización de quien tiene el derecho protegido legalmente, o use sin la debida autorización medio o proceso patentado, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que introduzca al país o saque de él, exponga, ofrezca en venta, enajene, financie, distribuya, suministre, almacene, transporte o adquiera con fines comerciales o de intermediación producto fabricado con violación de patente”.

El Art.16 de la ley 256 dice:

“Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 18 de esta Ley.

Tendrá así mismo la consideración de desleal, la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan.

Las acciones referentes a la violación de secretos procederán sin que para ello sea preciso que concurran los requisitos a que hace referencia el artículo 2o. de este Ley”.

La cuestión que surge es la siguiente: ¿es un secreto industrial o secreto empresarial una patente? De ser así, la ley penal y la ley de competencia desleal estarían protegiendo lo mismo. En opinión del suscrito, el secreto de que habla la ley 256 puede ser la patente a que se refiere el artículo 307.

Recuérdese que la patente es, en términos estrictos, un conjunto de derechos exclusivos que se le otorgan a una persona por haber inventado algo. La invención, a su turno, es la técnica, o proceso que se surte para dar con el invento. El secreto es aquello que debe ser ignorado por los demás, o que debe guardarse, lo que efectivamente sucede con la técnica o proceso que se utilizó para arribar al invento.

Por tanto, el secreto industrial puede ser una patente que la empresa mantiene en reserva, pues de no hacerlo se divulgaría y con ello se perdería la exclusividad a que tiene derecho. Anótese como la misma ley 256 dice: *“o cualquier otra clase de secreto empresarial”* refiriéndose al secreto industrial. Así, en este caso hay una relación de Género - Especie, siendo el género el Secreto Empresarial, la especie el Secreto Industrial y la sub especie la Patente.

De esta manera se concluye que la ley 256 en su Art. 16 y el Código Penal, en su art. 307 se refieren a lo mismo, y por tanto puede suceder que una persona sea castigada por la vía penal y por la vía de la Competencia Desleal.

3. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

3.1 CLÁUSULA GENERAL

El Art. 46 del D. 2153 consagra la Prohibición general de afectar la libre competencia, así:

“En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presentes Decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil se consideran de objeto ilícito.

Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico.”

A su turno el Art. 304 del Código Penal señala:

“El que con el fin de alterar las condiciones del mercado destruya, inutilice, haga desaparecer o deteriore materia prima, producto agropecuario o industrial, o instrumento o maquinaria necesaria para su producción o distribución, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En la misma pena incurrirá, el que impida la distribución de materia prima o producto elaborado.”

Estos dos Artículos, el del D. 2153 y el del Código Penal están diseñados para garantizar unas condiciones de mercado determinadas, impidiendo alteraciones. De esta forma el D. 2153 resguarda al mercado de ser indebidamente alterado, en punto de la libre competencia, mientras que el Código Penal hace lo propio, sin centrarse en la libre competencia, sino en las condiciones del mercado. Ahora bien, ¿qué se entiende por mercado y condiciones de mercado?

A este respecto ¿podría darse una situación en que un empresario alterara el mercado vía la manipulación de la libre competencia? La respuesta es sí, pues la aplicación de la cláusula general del Art. 46 del D. 2153 puede concurrir con la descripción típica del Código Penal.

Piénsese en una persona A que, haciendo gala de su posición de dominio en el mercado y con la clara intención de producir la quiebra de otro agente económico B, decide destruir la materia prima M requerida por B. A es el único productor o distribuidor en el país de esa materia. Como consecuencia de la destrucción de M, B quiebra. En este hipotético caso, habría concurrencia de las leyes a aplicar, pues podría enfrentarse un abuso de posición de dominio vía la cláusula general del Art. 46 en concurso con el tipo el 304 del Código Penal.

3.2 ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA LIBRE COMPETENCIA

Las prácticas restrictivas de la competencia, como figura del Derecho de la Competencia, tienen - desde la expedición de la ley 1474 o Estatuto Anticorrupción - una norma especial en el derecho penal. Así, el Art.27 de la referida ley, que modificó el código penal, agregándole un art., el 410 A, señala:

“El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar

ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años”

“Parágrafo. *El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años.”*

Hay algunas cuestiones que se deben precisar sobre este punto: ¿el artículo de la ley penal contempla todos los casos de acuerdo anticompetitivos fijados en el Art. 46 del Decreto 2153?

Sí, el D. 2153 contempla, además de la cláusula abierta señalada en el art. 46, varios casos que se consideran *per se* ilegales, señalados en el art. 47. A su turno, la ley penal en su Art. 410 A consagra una forma típica que coincide con el Numeral 9 del Art. 47. En otras palabras, los demás numerales del Art. 47 son situaciones que no tienen ninguna incidencia en materia penal, a diferencia del 9.

Ahora bien, en relación con el Delito señalado en el art. 410 A cabe preguntarse si existe alguna alteración lícita del proceso contractual. La ley señala que la alteración debe ser ilícita, con lo que el intérprete se debe preguntar si existe alguna alteración lícita, como por ejemplo la concertación en un proceso contractual con la finalidad de que todos los participantes en él bajen el precio a proponer y con ello el Estado se ahorre un dinero. Ejemplo que en un país como Colombia jamás sucederá, pero que vale la pena analizar para determinar si habría aplicación del tipo penal.

A juicio del suscrito el elemento “*Ilícitamente*” marca la pauta para que entre a operar la ley penal.

En relación con el párrafo de la ley se debe preguntar lo siguiente: ¿se excluye esta figura con la figura del principio de oportunidad consagrado en el Art. 250 de la Constitución, y 323 del estatuto procesal penal?

A este respecto, ¿podría suceder que, un infractor haciendo uso de la clemencia o delación obtuviera un beneficio de los que señala El art. 410 A, y además fuera beneficiario de la figura del principio de oportunidad?⁷ A juicio del suscrito la respuesta es afirmativa, pues son dos figuras distintas, cuya aplicación coetánea no es excluyente. Las razones son las siguientes: El beneficio señalado en el Párrafo del Art. 410 A del código Penal es un beneficio en la pena a imponer, tal como sucede en otros casos del mismo código, pero tal cosa sucede bajo el supuesto de que la persona hubiese sido condenada dentro del proceso penal. Es decir que esta figura opera, previa la resolución de la SIC, como una reducción de la pena a imponer.

A su turno, el Principio de oportunidad es una figura de índole procesal que permite que, previos unos supuestos, la persona no sea perseguida por la Fiscalía. Mutatis Mutandi, el principio de oportunidad es al procesal penal lo que las Garantías son ante la SIC.

¿Podría suceder que una persona obtuviera un principio de oportunidad y no la resolución favorable de la SIC de que trata el Párrafo del Art. 410 A? Sí, pues efectivamente se trata de dos jurisdicciones que bien podrían optar por decisiones diferentes. En tanto que la Fiscalía puede conceder el beneficio del principio de oportunidad, bien podría la SIC, luego evaluar la colaboración prestada por el delator, negar el favor en la Resolución.

7 El principio de oportunidad, en líneas muy generales, es la figura mediante la cual el Estado puede abandonar la persecución de un delito, si se dan una serie de condiciones, que la ley procesal trae. El ejemplo más recurrente y obvio, es el típico delito de Hurto, dónde el infractor resarce el daño. ¿Qué sentido tiene que el Estado, la Fiscalía General de la Nación, persiga ese delito, si la víctima ya está indemne?

Son causales de aplicación del principio de oportunidad y que resultan pertinentes para este estudio:

1. Cuando se tratare de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la Ley no exceda de seis (6) años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público.

Esta causal es aplicable, igualmente, en los eventos de concurso de conductas punibles siempre y cuando, de forma individual, se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso anterior.

2. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.
3. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial.

En este evento los efectos de la aplicación del principio de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio.

4. En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia,

cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes.

5. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.
6. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

Los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con las obligaciones en la audiencia de juzgamiento

El principio de oportunidad se aplicará al servidor público si denunciare primero el delito en las condiciones anotadas.

PARÁGRAFO 2o. La aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión será proferida por el Fiscal General de la Nación o por quien el delegue de manera especial para el efecto.

PARÁGRAFO 4o. No se aplicará el principio de oportunidad al investigado, acusado o enjuiciado vinculado al proceso penal por haber accedido o permanecido en su cargo, curul o denominación pública con el apoyo o colaboración de grupos al margen de la ley o del narcotráfico.

Finalmente, un último punto a tratar en este caso sería la acumulación de beneficios.

Miremos el ejemplo de un empresario que, luego de una enjundiosa investigación por parte de la Fiscalía, y con posterioridad a la audiencia de imputación de cargos por la Comisión del delito del 410 A, decide aceptar cargos. Tal aceptación, conforme el art. 293 del Código de Procedimiento Penal, significará un beneficio de hasta el 50 % de la pena a imponer. En el momento procesal pertinente, el empresario muestra una resolución en firme de la SIC que, con anterioridad a la imputación de cargos penales, le ha conferido el perdón.

De acuerdo con ello ¿podrían acumularse las rebajas propias de la aceptación de cargos y la del párrafo del 410 A? En este sentido, ¿si la pena a imponer, conforme los parámetros que para ello presenta la ley penal es de 60 meses y luego de aplicar la rebaja del 50% sería de 30 meses; a esos 30 meses se le puede aplicar la rebaja de la tercera parte, señalada en el párrafo del Art. 410 A, para que la pena a imponer fuera de 9 meses?

A criterio personal, se pueden considerar como efectivamente acumulables los dos beneficios. La razón de ello es que, en términos genéricos, la acumulación de rebajas (o de agravantes) es permitida.

Al ser este un delito introducido recientemente en el ordenamiento, vale la pena repasar algunas de las características del mismo, atendiendo clasificaciones clásicas, así:

- i. Mono-ofensivo.
- ii. De mera conducta.
- iii. Conducta Instantánea.
- iv. Sujeto Activo: Indeterminado.
- v. Sujeto Pasivo: El Estado⁸.

El sujeto pasivo y la víctima usualmente se confunden. Si bien pueden concurrir en la misma personas estas dos calidades, ello no siempre es así. Piénsese, por ejemplo, en el delito de Homicidio: el Sujeto pasivo es quien ha visto su vida cegada por el actuar de otro, pero la víctima será la persona que ha sufrido el

- vi. Verbo Rector: Concertarse (con otro).
- vii. Admite Coautoría, complicidad y determinación, pero no tentativa.
- viii. Doloso.

Finalmente, en relación con el Art. 48 del D. 2153 de 1992 se deben aplicar las consideraciones realizadas capítulos arriba en los temas Protección al Consumidor.

A modo de Conclusión:

El derecho penal se ha expandido a límites que años atrás hubieran resultado insospechados. Esa ampliación de fronteras ha hecho que el derecho penal tenga ahora, una relación con otras ramas del derecho que antes no existía. De esta manera se pasa a acciones autónomas de derechos del consumidor que explícitamente excluían la posibilidad de la acción penal a que la acción predilecta por los operadores jurídicos sea la acción penal.

¿En este sentido, qué importancia tiene ello? A juicio personal, son varias. En primer lugar, se debe hacer clara la idea de que se han penalizado conductas que antes no se ventilaban en ese ámbito, por lo que las sanciones a que están sometidos los posibles infractores son mucho más severas.

En ese orden de ideas habrá concientizar a los operados judiciales - jueces y fiscales - de las muy graves consecuencias del desconocimiento de las figuras del derecho de la competencia;

daño emocional y económico, y que por ende tiene derecho a buscar que, vía el proceso penal, se llegue a restablecer su derecho. Podrían ser víctimas en el caso del Homicidio los familiares del occiso. En el caso del delito señalado en el Art. 410 A el sujeto pasivo es el Estado, bien se podría señalar que hay varias víctimas. En primer lugar los privados que han licitado o de alguna forma concursado y no se han visto favorecidos - debiendo serlo - por las maniobras de los sujetos activos de la conducta. Igualmente el Estado podría constituirse como víctima, pues con el actuar de los Sujetos Activos se ha visto afectado la Moralidad Pública. En ambos casos las víctimas tendrían derecho a una indemnización económica.

una mala praxis en esos temas puede concluir con una sanción de prisión a una persona que es inocente.

Otra cosa sobre la que se debe hacer hincapié es en la permanente capacitación que se debe conducir para que los esos mismos operadores judiciales tengan las herramientas académicas suficientes para abordar los temas con preocupación. A este respecto se debe anotar que no deja de ser inquietante que la única universidad que tiene como programa obligatoria la cátedra de derecho de la competencia sea la Universidad Javeriana, por lo que cientos de egresados que entran a hacer parte de esos jueces y fiscales no tienen ningún conocimiento de las instituciones básicas del derecho de la Competencia.

Finalmente, es importante señalar que ese expansionismo penal no debe ni puede venir acompañado del desmedro de los derechos de los investigados. En la práctica judicial penal es muy común ver a personas indiciadas con frecuencia sin que existan bases fácticas o legales para ello; y esa situación se ve incrementada con la introducción al ordenamiento de delitos cada vez más complejos que requieren niveles de entendimiento elevados, no solo en técnica jurídica, sino en otras disciplinas.

A este respecto se puede ver por ejemplo, los delitos relativos a las telecomunicaciones que requieren un alto nivel de conocimientos en temas de telemática, transmisiones y otras. Ello supone que el Fiscal y Juez debe conocer no solo en “ recipiente “ jurídico en el cual se vierten esas realidades tecnológicas, sino ese el contenido mismo. Supone ello que los funcionarios judiciales deben ser, ahora, expertos en temas extrajurídicos.

Según esto, ¿deben ser, por ejemplo, expertos en materia ambiental para ser parte de la Unidad Nacional de Delitos Ambientales? Son cuestiones que no se pueden resolver acá, pero que - desde la óptica de la Garantía de las personas investigadas, que se expresa en el derecho a que sean indagados por profesionales que conocen la materia y que sean competentes - deben plantearse.

BIBLIOGRAFIA

- CREUS, CARLOS, (2012). *Derecho Penal Parte General*. (5ª edición). Buenos aires: Bogotá
- BERND, SCHÜNEMANN, (2009). *Obras colección de autores de Derecho Penal*. (tomo I). Rubinzal – Culzoni Editores: Buenos Aires
- Antología Jurisprudencial Corte Suprema de Justicia* (1886-2006). Sala Penal (tomo V). Colombia: Autor: Corte Suprema de Justicia.
- BENAVENTE CHORRES, HESBERT, (2011). *La Aplicación de la Teoría del Caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio*. Barcelona.
- VELÁZQUEZ V., FERNANDO, (2010). *Manual de Derecho Penal Parte General*. (4ª edición) Bogotá, Colombia.
- GONZÁLEZ NAVARRO, ANTONIO LUIS, (2013). *La Acusación en el Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá, Colombia
- BERNAL CUÉLLAR, JAIME (Director) (2010). *XXXII Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Bogotá, Colombia.
- RUIZ, CARMEN ELOÍSA, En *Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Bogotá, Colombia.
- GARCÍA RENGIFO, ERNESTO, En *Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Bogotá, Colombia.
- ARROYO ZAPATERO, LUIS y DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO (2001 – 2002) *Derecho Penal Económico* (1ª edición). Santa perpetua de Mogoda: Barcelona.
- ARBOLEDA VALLEJO, MARIO, (2009). *Código Penal y de Procedimiento Penal Anotado* (25ª edición). Bogotá, Colombia.

