

Funcionament del mercat. O sobre la legitimitat i l'eficàcia de la intervenció penal en l'àmbit de la protecció dels consumidors

JOSÉ IGNACIO GALLEGO SOLER

Professor titular de dret penal. Departament de Dret Penal
i Ciències Penals de la Universitat de Barcelona
Magistrat suplent de l'Audiència Provincial de Barcelona

85

1. INTRODUCCIÓ

En els últims temps s'ha discutit molt sobre la delinqüència socioeconòmica com a paradigma del *nou* dret penal, com a reflex de la denominada *expansió* del dret penal.¹ Aquest treball pretén exposar de forma descriptiva els pressupòsits de la discussió que permetin analitzar, primer de tot, si ens trobem realment davant d'un fenomen d'incriminació tan nou com sovint s'afirma; en segon lloc, en quina mesura és necessària la intervenció penal en l'àmbit dels delictes comesos contra els consumidors (considerats col·lectivament), i, finalment, si una anàlisi inicial d'alguna figura típica i de la seva aplicació judicial permet parlar d'una protecció eficaç d'aquests interessos. D'aquesta manera disposarem d'alguns elements per concloure si la intervenció penal és necessària per garantir la seguretat en el consum. L'elecció del delicte de publicitat enganyosa o fraudulenta d'entre les diverses figures típiques en l'àmbit dels delictes contra els drets dels consumidors es deu al fet que, en l'encertada expressió de Martínez-Buján Pérez, es tracta de la seva figura arquetípica.²

2. LA DELINQUÈNCIA ECONÒMICA I L'EXPANSIÓ DEL DRET PENAL

El dret penal econòmic se sol citar com a exemple evident del dret penal *modern*, en la mesura que la protecció de béns jurídics legitima per si sola la intervenció penal. Així, el dret penal serveix d'instrument per «sensibilitzar» els ciutadans en certs àmbits més que no pas de mecanisme d'actuació ponderat i efi-

1. Així ho entén *expressis verbis* el nostre legislador en la *Exposición de Motivos del actual Código Penal*. Cfr. sobre aquests arguments Silva Sánchez (1999, p. 18 seg.).

2. Martínez-Buján Pérez (2002, p. 80).

caç.³ En els últims temps Achenbach ha posat en relleu amb molta fermesa el fet que la qüestió de la delinqüència econòmica no és un fenomen tan recent, tan vinculat al final del segle xx com s'ha afirmat en moltes ocasions.⁴ Si deixem de banda els antecedents històrics, a Alemanya les primeres lleis penals en matèria econòmica, en sentit estricte, daten de l'època de la Primera Guerra Mundial i de l'època nacionalsocialista,⁵ i a França la situació era força semblant.⁶ Amb tot, no es pot negar que al nostre país no es va començar a parlar de delictes socioeconòmics fins que va arribar el Projecte de CP de 1980,⁷ per bé que ja abans, en l'època de postguerra, es podia parlar d'un dret penal econòmic.⁸

Pel que fa al delicte de publicitat enganyosa, fraudulenta o abusiva de l'actual art. 282 del CP, no en trobem cap precedent en la nostra legislació penal anterior,⁹ fet que exemplifica de forma clara el que s'ha denominat com a dret penal fruit dels «gestors atípics de la moral», en el sentit que és la conseqüència de les pressions de nous col·lectius que es contempen a si mateixos com a víctimes: les associacions de consumidors van encapçalat al seu dia un moviment tendent a maximitzar la seva protecció, la qual cosa ha acabat, fins i tot, reclamant el recurs al dret penal per a les lesions més greus dels seus drets.¹⁰

3. LEGITIMITAT DE LA INTERVENCIÓ PENAL EN L'ÀMBIT DEL MERCAT I DELS CONSUMIDORS

Des d'un punt de vista politicocriminal abstracte, la immensa majoria de la doctrina no qüestiona la legitimitat de la intervenció del dret penal en aquest àmbit en vista del mandat constitucional que conté l'art. 51 CE i que obliga els poders públics, pel que fa al tema que ens ocupa, a garantir la defensa dels interessos legítims econòmics dels consumidors i dels usuaris.¹¹ Cal constatar, però, que aquesta *legitimació formal* de la intervenció sembla condicionar-se a la instauració de «procediments eficaços» de garantia d'aquests interessos.¹² Amb aquest tre-

3. Cfr. per tots Hassemmer; Muñoz Conde 1995, p. 22 i seg.

4. Achenbach 2000, p. 229 i seg.

5. *Passim*. Werner 1991.

6. Cfr. les dades que s'ofereixen sobre França a Dintilhac 2001, p. 4, que reporta fins a l'any 1935 l'existència d'incriminació d'àmbits del denominat *Droit des affaires*. Tot i que destaca (p. 5) que als anys noranta del segle passat es desenvolupa aquesta incriminació de l'activitat econòmica i financera.

7. Sobre la situació preconstitucional *vid.* Bajo Fernández 1973, p. 91 i seg., particularment p. 127.

8. *Vid.* amb ulteriors referències Gallego Soler 2002, p. 52 i seg.

9. Sobre els diferents projectes *vid.* Carrasco Andrino (2000) p. 59 i seg.; Del Moral García 2001, p. 108 i seg.

10. Sobre aquest argument, amb ulteriors referències, per tots Silva Sánchez 1999, p. 46 i seg., en particular p. 48. En general, sobre la protecció del consumidor a l'Estat social *vid.* Cuadrado Ruiz 1999. Sobre la legitimació processal de les associacions de consumidors i usuaris per formar part en els processos penals *vid.* Gascón Inchausti 2001, p. 37 i seg.

11. En general, sobre el fonament constitucional de la repressió de la publicitat fraudulenta *vid.* Carrasco Andrino 2000, p. 71 i seg.

12. Sobre el marc legal de la publicitat *vid.* per tots Bajo Fernández; Silvina Bacigalupo 2001, p. 542 i seg.

ball intentarem esbrinar en quina mesura el recurs al dret penal seria un d'aquests procediments eficaços.

És cert que el text constitucional no ha d'interpretar-se, de cap manera, com un «mandat exprés d'incriminació penal»,¹³ però no es pot negar que són moltes les veus que havien reclamat insistentment la necessitat de la creació d'un delictes publicitari,¹⁴ de tal forma que la pràctica totalitat de la nostra doctrina va veure amb molt bons ulls el recurs al *ius puniendi* per dirimir els conflictes d'interessos més greus en aquest àmbit quan va veure la llum l'art. 282 del CP,¹⁵ i tot malgrat que la discussió parlamentària es va enfrontar sobre la conveniència del recurs a l'*extrema ratio*.¹⁶

Considero necessari precisar el risc que sovint es corre —i l'àmbit del delictes publicitari en serà un clar exemple— a vincular legitimitat de la intervenció penal amb fonamentació constitucional de la intervenció. I aquest risc existeix en diversos sentits. En primer lloc, i de forma general, tot i que en molts casos el bé juridicopenal es reconduïx al contingut del text constitucional per tal de dotar-lo de fonaments,¹⁷ aquest fet no es pot entendre en el sentit que tot bé juridicopenal ha de tenir un suport formal en algun precepte dels respectius textos constitucionals. És cert que, a vegades, els béns juridicopenals podran comptar amb un reconeixement constitucional exprés: imaginem el cas del mandat constitucional d'incriminació penal en matèria mediambiental. Però en molts altres supòsits tan sols trobarem una referència genèrica a alguns béns jurídics, que no condicionen el legislador a la intervenció penal en aquest àmbit, i en altres casos no es podrà ni rastrejar entre la Constitució el veritable contingut del bé juridicopenal. Si bé és indubtable que la Constitució conté una referència bàsica a certs principis regulatius, cosa que dota de més entitat la legitimitat de la intervenció penal precisament en aquests àmbits, també podem trobar béns juridicopenals que no troben una acollida *expressa* en els textos constitucionals i, amb tot, resulta legítima la seva lesió o posada en perill si s'acredita que existeix un mereixement i una necessitat de pena. L'altre sentit del risc sobre el qual advertia al principi d'aquest paràgraf és el següent: no n'hi ha prou amb una simple vinculació formal entre un delictes i algun precepte constitucional per considerar que la intervenció penal és legítima per si mateixa. Només quan la intervenció penal se subjecti als principis que fonamenten, alhora que limiten, la pròpia intervenció del *ius puniendi* podem parlar de *legitimació material* en la intervenció penal.

Així, opino que, sense negar que inicialment la intervenció penal és legítima pel que fa a eventuals delictes publicitaris, cal analitzar, encara que sigui de forma

13. Com ha posat en relleu Terradillos Basoco 1995, p. 179.

14. Així, per exemple Martínez Pérez 1995, p. 229; Terradillos Basoco 1995, p. 185 i seg.

15. *Vid.* per tots les referències doctrinals a Cugat Mauri 2001, p. 1169, particularment la nota 11.

16. *Cfr.* les referències contingudes a López Garrido, García Arán 1996, p. 142, on s'exposa com el Grup Popular va defensar la conveniència de deixar aquesta matèria a l'empara del dret administratiu, mentre que el Grup Socialista insistia en la insuficiència d'aquesta alternativa.

17. Fonamental en aquest punt han estat les obres de Mir Puig, Bricola i Rudolphí, quasi en èpoques coetànies. Posteriorment, al nostre país *vid.* Berdugo Gómez de la Torre, Arroyo Zapatero 1994, p. 41 i seg.; Carbonell Mateu 1995, *passim*; García Rivas 1996, p. 43 i seg.

molt genèrica, en quina mesura la concreta regulació legal i la seva aplicació pràctica serviran per a què puguem justificar, en termes de lesivitat material i eficàcia en la protecció, la pervivència d'aquest delictes, en la concreta conceptualització actual. Avançaré que, segons el meu parer, la forma en què s'ha configurat fa molt difícil la seva aplicació autònoma i, encara més, l'apreciació judicial.¹⁸ Crec que aquest dèficit no és tant un problema de legitimació de la intervenció penal en abstracte, com el fet que la concreta forma en què s'ha construït aquest delictes no és operativa: en tots els casos en els quals es pugui aplicar l'art. 282 del CP també es podrà aplicar l'estafa comuna (art. 248.1 CP), i en els casos en els quals no s'apliqui l'estafa, el recurs a mecanismes extrapenals de solució del conflicte serà suficient en un principi.

4. EL DELICTE DE PUBLICITAT ENGANYOSA I LA SEVA APLICACIÓ JUDICIAL

Les tesis doctrinals majoritàries entenen el bé juridicopenal del delictes recollit en l'art. 282 del CP, ubicat en el títol XIII, com l'interès dels consumidors per la veracitat dels mitjans publicitaris, però entès en sentit instrumental per protegir béns individuals dels consumidors, concretament, el seu patrimoni.¹⁹ Així, tot i que els manuals (manualística) ubiquen aquesta figura entre els delictes contra l'ordre socioeconòmic,²⁰ és fàcil entendre que allò que s'intenta protegir directament no és la competència o l'ordre econòmic, i sols alguna tesi doctrinal minoritària afirma que la confiança dels consumidors en la veracitat publicitària serveix com a condició per a què la publicitat operi com a mecanisme de foment del consum,²¹ mentre que ja són pràcticament anecdòtiques —en termes quantitius— les posicions que entenen que en aquest delictes *també* es protegeix la salut dels consumidors.²² En suma, l'opinió més generalitzada entén que l'art. 282 del CP serviria per avançar una mica les barreres de protecció penal pel que fa a la protecció del patrimoni individual i a l'acte de consum (disposició patrimonial) concret.

18. Coincideixo, per tant, amb la clarivident posició de Valle Muñiz 1996, p. 1279.

19. Sense ser exhaustiu *vid.* Muñoz Conde 2001, p. 484, on afirma que ens trobem davant d'una temptativa d'estafa o, almenys, d'un acte preparatori que hauria de quedar fora de l'àmbit d'intervenció penal. *Cfr. ibidem* p. 483, on el mateix autor exposa, de forma general, les ineficàcies dels delictes patrimonials per a la protecció del consumidor en l'aspecte col·lectiu. *Cfr.* també Valle Muñiz 1996, p. 1279; Carrasco Andrino 2000, p. 85 i seg. En la jurisprudència *cfr.* SAP Granada, secció 1a, 3 abril 2000 (ARP 2000\2424, Aranzadi).

20. En general, *vid.* Suárez González 1998, p. 531.

21. Nítidament Carbonell Mateu 1999, p. 524; Hernández Plasencia 1998, p. 1109. Molt semblant seria l'opció de Felip Saborit, p. 10 i seg., en definir el bé juridicopenal com «l'interès de tots els consumidors en el manteniment, en qualsevol relació de consum, de la veracitat publicitària. Més concretament, l'interès del col·lectiu de consumidors en el correcte funcionament dels mitjans publicitaris, concretament en la seva funció de transmissió d'informació certa com a garantia de salut i llibertat de disposició econòmica». Sobre aquest tema afirma el mateix autor (p. 11) que el delictes de publicitat enganyosa serà «un delictes de perturbació (lesió) d'un bé jurídic col·lectiu, que utilitza com a referent típic el perill abstracte per als interessos individuals». En un sentit parcialment coincident *cfr.* Suárez González 1998, p. 542. *Cfr.* també Cugat Mauri 2001, p. 1170 i seg.

22. És l'opinió per exemple de Queralt Jiménez 2002, p. 515 i de Felip Saborit, p. 36 i seg.

El que hem exposat anteriorment s'evidencia encara més si es compara aquest precepte amb els tipus corresponents en altres ordenaments jurídics del nostre entorn cultural, on tenen cabuda certs actes de publicitat deslleial, la qual cosa implica també la protecció de competidors de l'anunciant,²³ cosa que no succeeix de cap manera en la nostra regulació.²⁴ Per això s'ha d'afirmar que, a diferència del que passa per exemple en el dret alemany, en el nostre sistema penal l'activitat publicitària no es vincula a l'àmbit del «dret penal de la competència».²⁵ En aquest mateix ordre de coses cal recordar que l'art. 287 del CP estableix una condició de procedibilitat, de manera que només es podrà procedir penalment per delictes de publicitat enganyosa si hi ha denúncia «de la persona perjudicada o dels seus representants legals».²⁶ Alguna resolució judicial ja s'ha pronunciat sobre aquest particular en el sentit d'entendre, en la línia de les posicions doctrinals majoritàries, que un competidor en el mercat —no un consumidor— no està legitimat per interposar la querella, la qual cosa avala les tesis que sostenen que aquest precepte no dispensa protecció penal als competidors de l'anunciant.²⁷

23. Per a Bajo Fernández; Silvina Bacigalupo 2001, p. 545, de forma indirecta l'art. 282 CP afecta la lliure competència.

24. Així, expressament, Cugat Mauri 2001, p. 1181 i seg.

25. Cfr. sobre això Tiedemann 1976, p. 32 i seg.

26. Un sector doctrinal entén que en aquest àmbit el criteri que operarà serà el de l'art. 287.2 CP, és a dir, l'excepció de la denúncia quan els afectats siguin una pluralitat de persones o s'incideixi en els interessos generals. Sobre això *vid.* únicament Bajo Fernández; Silvina Bacigalupo 2001, p. 554 i Del Moral García 2001, p. 130 i seg.

27. 2000/29875, AP Madrid, secció 7a, acte 27-04-2000, núm. 206/2000, rec. 90/1998. Pt.: Aparicio Carril: «El precepte penal indicat intenta protegir els consumidors, més concretament, el dret d'informació dels consumidors d'acord amb el que preveu la Llei sobre defensa dels consumidors i usuaris, que proclama com un dels seus drets bàsics el dret a "la informació correcta sobre els diferents productes o serveis" i tot de conformitat amb el que preveu l'art. 51 CE, que estableix que "els poders públics garantirán la defensa dels consumidors i usuaris, protegint amb procediments eficaços la seguretat, la salut i els seus legítims interessos". Sembla, per tant, que no es pot entendre com a possible subjecte passiu d'aquest delictes els competidors d'aquell fabricant o comerciant que efectua una publicitat enganyosa, almenys, com a competidors sense perjudici que, com bé afirma l'apel·lant, els consumidors no necessàriament han de ser persones físiques ja que també les persones jurídiques ho són. Ara bé, l'art. 287 del CP estableix que «per procedir pels delictes previstos en els articles anteriors d'aquest capítol serà necessària denúncia de la persona perjudicada o dels seus representants legals», i el núm. 2 de l'esmentat precepte afegeix que no caldrà denúncia quan la comissió del delictes afecti els interessos generals o una pluralitat de persones. En aquest cas, en principi, podria pensar-se que ens trobem en un dels supòsits en el qual els fets afecten una pluralitat de persones, des del moment en què la querella al·ludeix a anuncis publicitaris inserits en diaris de difusió nacional, però no als interessos generals; però és cert que la querella no es fa ressò de cap persona que s'hagi vist afectada per aquesta publicitat que els querellants consideren enganyosa, ni tan sols proposa com a diligències d'instrucció que es prengui declaració a alguna persona que hagi pogut adreçar-se a les empreses que s'anunciaven en els diversos mitjans de comunicació. Així, ens trobaríem amb la possibilitat d'incoar un procediment per un possible delictes de publicitat enganyosa que tracta de protegir el dret d'informació dels consumidors i que prescindeix d'ells, sense oblidar, a més, que en aquest cas el Ministeri Fiscal ha sol·licitat la confirmació de la resolució recorreguda, que posa fi al procediment; per això, per tal de poder incoar el procediment penal per aquest delictes, cal que hi hagi denúncia de la persona perjudicada, tal com estableix l'art. 287 del CP, de forma que estariem en presència d'un delictes semiprivat o, si es prefereix, semipúblic. I això suposa necessàriament que el procediment no es pugui iniciar mitjançant l'exercici de l'acció popular que, com a tal, suposa que qui l'exercita no s'ha vist perjudicat pel delictes; en aquest cas aquesta conclusió s'accentua quan la persona que pretén exercir l'acció popular, el querellant i ara recurrent, no persegueix

Amb el que hem exposat fins aquí podríem afirmar, provisionalment, que aquest delictes només s'aplicarà quan existeixin situacions que posin en perill patrimonis individualitzats, i sempre que qui faci l'oferta sigui un comerciant o fabricant, la qual cosa ha generat una aferrissada discussió sobre en quina mesura ha de respondre per la publicitat enganyosa qui realment la du a terme, és a dir, els publicistes o les agències de publicitat.²⁸

Si sistematitzéssim les escasses sentències que hi ha en les diverses bases de dades i que fan referència a l'art. 282 del CP,²⁹ podríem obtenir els criteris interpretatius següents:

- a) La referència de l'art. 282 del CP al «perjudici manifest i greu» revela el caràcter supletori o subsidiari del precepte penal respecte de les disposicions civils o administratives, de tal manera que només en supòsits realment greus serà d'aplicació el precepte penal.³⁰
- b) La tipicitat exigeix acreditar «la capacitat lesiva per als consumidors globalment considerats», la qual cosa requereix que el delictes es refereixi a un col·lectiu indeterminat.³¹
- c) No existeix delictes si s'acredita que l'eventual acusat ha subministrat una informació verídica sobre el producte o servei ofert, sense que se n'hagi realitzat cap al·legació falsa o manifestació de característica incerta.³²

L'única sentència condemnatòria que hem pogut localitzar, dictada de conformitat amb el que disposa l'art. 723.3a LECRIM (per la qual cosa en la fonamentació jurídica no s'esmenta res sobre l'àmbit d'aplicació de la figura típica que estem analitzant) és la sentència de 21 març 2002 de la secció 5a de l'Audiència Provincial de Barcelona (2002/17965),³³ que condemna també per un delictes d'estafa.³⁴ Els fets provats que fan referència al delictes de publicitat enganyosa són els següents:

amb la seva querella directament la protecció dels possibles consumidors que es podrien veure afectats per la publicitat que considera enganyosa, sinó que intenta protegir els seus propis interessos econòmics, com es comprova de la lectura de la querella en la qual exercita, juntament amb la pena, l'acció civil sol·licitant una indemnització de danys i perjudicis la quantia de la qual es determinaria «en tràmit d'execució de sentència». En un sentit parcialment similar, la Sentència del Jutjat Penal 23 de Madrid, de 29 gener de 2001 (ARP 2001\10, Aranzadi) afirma que la legitimació per procedir per aquest delictes sembla estar reservada a les associacions de consumidors i d'usuaris.

28. Sobre aquesta problemàtica, amb ulteriors referències *vid.* Santana Vega; Estupiñán Cáceres 2002, p. 396 i seg.; Cugat Mauri 2001, p. 1184 i seg., i Del Moral García 2001, p. 112 i seg.

29. Totes les referències marginals que apareixen en aquest treball, si no s'indica el contrari, es corresponen amb la base de dades «El Derecho».

30. 2001/27132, AP Balears, sec. 2a, S. 15-02-2001, núm. 25/2001, rec. 119/2000. Pres.: Catany Mut; 2000/37884, AP Saragossa, sec. 3a, S. 28-06-2000, núm. 69/2000, rec. 31/1998. Pres.: Arenere Bayo. SAP Toledo sec. 1a 15 de desembre 2000 (ARP 2000\3099, Aranzadi).

31. SAP Granada, sec. 1a, 3 abril 2000 (ARP 2000\2424, Aranzadi).

32. 2000/29881, AP Màlaga, sec. 1a, S. 29-06-2000, núm. 180/2000, rec. 211/1999. Pres.: Calvo González. *Vid.* també ARP 1999\1309 (Aranzadi) acte AP Burgos, sec. 1a, 20 abril 1999.

33. Recurs 77/2001, Pres.: Assalit Vives.

34. Juntament amb la referència que conté el text, la SAP Granada, sec. 1a, 28 juny 2002 (ARP 2002\528, Aranzadi), reflecteix l'apel·lació d'una sentència condemnatòria en la instància pel delictes de l'art. 282. En l'apel·lació es desestima el recurs i es confirma la resolució condemnatòria per aquest delictes.

Nuria, de 39 años de edad, sin antecedentes penales, fundó hacia 1996 dos establecimientos mercantiles. Uno de ellos, llamado "Informació i Assessorament Ocupacional", pasaba por ser una oficina dependiente de la Generalitat de Catalunya, y a ella acudían personas en busca de un puesto de trabajo que era ofrecido mediante anuncios insertados por la acusada en diversas publicaciones periódicas de la ciudad de Barcelona (así, *La Vanguardia*, *El Periódico de Catalunya Primeramá*, *Treball*, etc.), en los siguientes términos literales: *Aux. Administrativos/as jornada intensiva con graduado escolar e informática para trabajar en consejos comarcales, ayuntamientos, sueldo aprox. 145.000 ptas., interesados remitir CV al Apdo. ... (08080) Barcelona indicando en sobre y carta la ref. Admin.*

Es citava les persones que responien aquests anuncis per realitzar una entrevista de feina a les oficines indicades anteriorment, moment en el qual s'assabentaven que l'oferta de feina no existia, sinó que es tractava d'un «assessorament» en matèria laboral, en el qual s'indicava a cada persona que el perfil del seu *currículum vitae* era perfecte per concórrer a una determinada oposició (agent judicial, auxiliar de justícia, agent rural, mosso d'esquadra, etc.), i es recomanava a cada persona una acadèmia on preparar l'oposició, que en tots els casos era precisament el segon dels establiments mercantils fundat per l'acusada, és a dir, el denominat «Centre de Formació per a l'Empresa Pública i Privada, situat a la Rambla ..., núm. ..., de Barcelona, on els interessats contractaven la realització d'un curs de preparació de l'oposició que havien escollit, i que tenia un preu global d'unes 150.000 pta. que cada alumne havia de pagar per avançat (...).

El que s'ha exposat permet concloure que l'art. 282 del CP sols s'aplicarà en els supòsits extremadament greus,³⁵ quan ens trobem davant d'una temptativa d'estafa agreujada (art. 250 CP). És així perquè el delicte només existeix quan la conducta de publicitat enganyosa és idònia per provocar un perjudici econòmic, considero —d'acord amb la doctrina majoritària— que només d'aquesta manera es pot entendre l'element de tendència «que pugui causar un perjudici greu i manifest als consumidors».³⁶ En aquesta mateixa línia, la jurisprudència ha equiparat la falsedat en la informació de l'art. 282 amb l'engany típic en l'estafa.³⁷ Per tant, atesa la configuració actual de l'art. 282 CP és molt difícil que es pugui aplicar aïlladament. D'aquesta manera, quin sentit politicriminal té una figura delictiva que, per la seva configuració, serà de difícil aplicació autònoma?³⁸ Garanteix aquest precepte realment els interessos dels consumidors davant dels fenòmens de publicitat fraudulenta? Està justificada la restricció de llibertat que significa un

35. Aquesta gravetat permet, com afirma Valle Muñiz (1996, p. 1281), diferenciar entre publicitat enganyosa i delicte publicitari.

36. *Cfr.* per tots Martínez-Buján Pérez 2002, p. 86 *in fine* i seg.

37. Clarament *vid.* ARP 1999\1309 (Aranzadi) acte AP Burgos, sec. 1a, 20 abril 1999, FJ 3.

38. *Cfr.* la jurisprudència que conté Martínez-Buján Pérez (2002, p. 87 i seg.), on es constata que molts supòsits que podrien encaixar en l'art. 282 CP s'acaben castigant únicament com a estafes (o com a temptatives d'estafa).

delicte d'acord amb els criteris d'eficàcia del sistema? Opino que no, almenys en la forma en què s'ha configurat aquest delicte.³⁹

Davant d'aquesta situació d'una més que limitada operativitat del precepte en qüestió, el nostre legislador sembla preocupar-se únicament per les reformes legals que impliquen un augment de la penalitat. Així, l'Avantprojecte de Llei orgànica que modifica la Llei orgànica 10/1995 estableix en l'art. 89 la reforma de l'art. 282 CP en el sentit d'augmentar la pena alternativa de multa, de tal manera que la reforma preveu un marc que oscil·la entre els dotze i els vint-i-quatre mesos.

5. SEGURETAT I EFICÀCIA

92

En vista de la pràcticament inexistència d'aplicació pràctica de l'art. 282 CP, cal destacar la seva ineficàcia, ja que quasi mai s'ha aplicat aquest precepte i fins i tot s'ha arribat a afirmar que només es tindrà en consideració quan es constati el perjudici, de manera que s'aplica l'estafa com a mecanisme de defensa efectiva del consumidor i el delicte de publicitat enganyosa queda com a «previsió hipotètica».⁴⁰ Per aquests problemes d'ineficàcia del model penal, un important sector s'ha pronunciat en el sentit d'entendre que amb la intervenció administrativa n'hi hauria prou per sancionar aquestes conductes de publicitat enganyosa o fraudulenta.⁴¹

Així, podem concloure que l'aplicació pràctica no justifica, en termes d'eficàcia, el model de protecció penal que conté l'art. 282 CP. I això malgrat que en termes de legitimitat no es pugui qüestionar abstractament que el dret penal ha de protegir conductes de publicitat enganyosa i fraudulenta. El recurs al dret penal en aquest àmbit, sempre en el model d'incriminació espanyol, és únicament simbòlic, ja que aquest delicte sembla quedar «més com una previsió hipotètica que com una defensa efectiva del consumidor».⁴² Potser calgui buscar una solució en altres models de dret comparat.

Entenc que el legislador sols pot intervenir limitant la llibertat genèrica d'obrar del ciutadà, si amb això pretén evitar conductes que suposin una pertorbació per als elements bàsics de funcionament d'un sistema determinat (béns juridicopenals). Per bé que és cert que el concepte de bé juridicopenal va sorgir originàriament com a instrument vàlid per ampliar l'àmbit del que es pot considerar punible, com a element que permetrà al legislador justificar formalment la seva intervenció,⁴³ no es pot acceptar una intervenció purament simbòlica: el legislador hauria de conscienciar-se que el Codi penal ha de recollir les conductes lesives sobre les

39. Premonitòriament, Valle Muñiz (1996, p. 1278) mostrava el seu escepticisme en relació amb la idoneïtat d'aquest precepte per regular el mercat quant a les normes de publicitat.

40. *Cfr.* Muñoz Conde 2001, p. 485; en sentit similar Cuerda Riezu 1995, p. 79.

41. Muñoz Conde 2001, p. 484.

42. Muñoz Conde 2001, p. 485; *cfr.* també Hassemmer; Muñoz Conde 1995, p. 33.

43. *Critica* Hassemmer 1991a, p. 97, que el recurs al bé juridicopenal serveix avui per legitimar l'actuació política, i no per limitar-la.

quals existeixi una convicció social generalitzada quant a la seva necessitat, però ponderant criteris politicocriminals. El dret penal no pot recórrer al recurs *barat* de crear una llei penal amb una finalitat politicopromocional, per eximir-se així de l'adopció de polítiques socials, econòmiques..., que són les que realment poden aturar els problemes en qüestió.⁴⁴

Considero que els dèficits que s'han destacat estan relacionats amb un fenomen força generalitzat en la legislació penal dels últims temps: mentre el legislador recorre a la idea d'un bé jurídic supraindividual (drets dels consumidors), amb fonament constitucional exprés, la configuració concreta del delictes es construeix a partir de l'estructura dels delictes patrimonials *tradicionals*. Crec que precisament això fa que hi hagi problemes seriosos per a l'aplicació autònoma d'aquest delictes. Opino que el delictes contingut en l'art. 282 CP es pot entendre com un «tipus amb referent patrimonial individual mediatitzat»,⁴⁵ de manera que un element típic és l'afectació d'elements patrimonials concrets, i sense perjudici que el veritable bé juridicopenal tingui una dimensió supraindividual,⁴⁶ la qual cosa permet que es configuri com a delictes de perill.⁴⁷

La ineficàcia del «model espanyol» ens hauria de fer reflexionar sobre la qüestió següent: sembla que hi ha un cert consens europeu sobre la necessitat que un eventual dret penal europeu castigui determinades conductes referides a consumidors i que tinguin a veure amb la protecció de la informació i la protecció davant l'engany. Així, en un fòrum particularment qualificat, Dannecker ha posat en relleu com la protecció dels consumidors davant l'engany és la segona columna del «dret penal del consum» —la primera seria la protecció de la seva salut.⁴⁸ Aquest autor ha destacat com la protecció dels consumidors en produir-se l'engany també serveix per protegir els competidors i en quina mesura aquest delictes no pot entendre's en el sentit de delictes patrimonial.

Amb l'experiència limitada del nostre tipus, i en vista d'aquestes propostes, crec que ha arribat el moment d'optar per una reforma de l'art. 282 CP que afavoreixi una protecció eficaç del consumidor, que veritablement protegeixi els seus drets com a membre d'un col·lectiu i no com a víctima individualitzable, la qual

44. En general, sobre la qüestió simbòlica, *vid.* Baratta 1991, p. 52 i seg.; Hassemer 1991b, p. 29 i seg.; Silva Sánchez 1992, p. 304; Terradillos Basoco 1991, p. 10 i seg.; Morales Prats 1998, p. 58 i seg. Últimament *vid.* Díez Ripollés 2001, on precisa l'existència d'uns efectes legítims i d'uns altres d'il·legítims del dret penal simbòlic, de manera que no es poden menysprear els efectes que ell autodenomina «expressivo-integradors» que es produeixen en la reacció penal. Sobre les diferències entre funció simbòlica i funció promocional del dret penal *cfr.* Santana Vega 2001.

45. Sobre aquesta conceptualització i la diferència que hi ha amb altres qualificacions aparentment similars pel que fa a l'aspecte formal, Gallego Soler 2002, p. 68, 77 i seg. Aquesta categoria té moltes similituds amb la posició de Martínez-Buján Pérez 2002, p. 81.

46. Com afirma, per exemple, Cugat Mauri 2001, p. 1180.

47. Com, d'altra banda, s'accepta quasi unànimement per la doctrina. Per tots *vid.* Muñoz Conde 2001, p. 485.

48. Sobre això i el següent *vid.* Dannecker 2002, p. 244. El fòrum qualificat al qual em refereixo en el text és el simposi realitzat amb la supervisió del professor doctor Klaus Tiedemann sobre el dret penal econòmic a la Unió Europea i que va finalitzar amb una proposta d'«Europa-Delikte», l'art. 30 de la qual conté un precepte que protegeix els consumidors davant l'engany i garanteix la seva informació.

cosa implica indefectiblement aplicar de forma coherent la doctrina dels delictes de perill⁴⁹ i desvincular l'aplicació d'aquest precepte de l'estafa. Si es considera que això no és possible, crec que l'única solució conforme a un dret penal garantista és, com a màxim, introduir un agreujament en l'àmbit de l'estafa (art. 250 CP) quan l'engany s'articuli mitjançant ofertes publicitàries, sense perjudici de l'operativitat que ha de seguir tenint el dret administratiu en aquest àmbit.

BIBLIOGRAFIA

- ACHENBACH. «Anotaciones sobre la evolución del Derecho penal económico en Alemania». *Revista de Ciencias Penales*, vol. 3, núm. 1 i 2, 2000.
- BAJO FERNÁNDEZ. «El Derecho penal económico. Un estudio de Derecho positivo español». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1973.
- BAJO FERNÁNDEZ; SILVINA BACIGALUPO. *Derecho Penal Económico*. Madrid, 2001.
- BARATTA. «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica». A: *Pena y Estado*. 1991.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; ARROYO ZAPATERO. *Manual de Derecho penal, PG I (Instrumentos y principios básicos del Derecho Penal)*. Barcelona, 1994.
- CARBONELL MATEU. A: VIVES ANTÓN *et al.* *Derecho Penal Parte Especial*. 3a ed., València, 1999.
- CARBONELL MATEU. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. València, 1995.
- CARRASCO ANDRINO. *La publicidad engañosa y el Derecho Penal (una aproximación al tipo del artículo 282 CP)*. València, 2000.
- CORCOY BIDASOLO. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. València, 1999.
- CUADRADO RUIZ. «¿Protege el derecho penal a los consumidores?». *Actualidad Penal*. XVIII, 1999.
- CUERDA RIEZU. «Contribución a la polémica sobre el delito publicitario». A: *Estudios sobre Consumo - Ministerio de Sanidad y Consumo*. Madrid, 1995.
- CUGAT MAURI. «La protección de intereses colectivos: el caso del delito publicitario», A: QUINTERO OLIVARES; MORALES PRATS (coord.). *LH-Valle Muñiz*. Navarra, 2001.
- DANNECKER. «Europäisches Lebensmittelstrafrecht». A: *Freiburg-Symposium*. Colònia i altres, 2002.
- DÍEZ RIPOLLÉS. «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena». *Actualidad Penal (I)*. 2001.
- DINTILHAC. «La pénalisation de l'activité économique et financière». A: FRISON-ROCHE; MARIN; NOCQUET (dir.). *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*. Paris, 2001.

49. És a dir, que apliqui les estructures dogmàtiques creades per a la imputació dels delictes de perill. Sobre això per tots Corcoy Bidasolo 1999, p. 253 i seg.

- FELIP SABORIT. *El delito de publicidad engañosa* [original inèdit].
- GALLEGO SOLER. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. València, 2002.
- GARCÍA RIVAS. *El poder punitivo en el Estado Democrático*. Conca: Universidad Castilla-La Mancha, 1996.
- GASCÓN INCHAUSTI. «La tutela de los consumidores y usuarios a través del proceso penal». A: *Protección penal de consumidores y usuarios*. Madrid: CGPJ; Manuales de Formación Continuada. 15, 2001.
- HASSEMER. «Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la RFA». *Doctrina Penal*. 1991 (1991a).
- HASSEMER. «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos». A: *Pena y Estado*. 1991 (1991b).
- HASSEMER; MUÑOZ CONDE. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. València, 1995.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA. «El delito publicitario». *Actualidad Penal*. 1998.
- LÓPEZ GARRIDO; GARCÍA ARÁN. *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*. Madrid, 1996.
- MARTÍNEZ PÉREZ. *El delito de publicidad engañosa en el Anteproyecto de Código Penal español de 1992*. Madrid: LH-Tiedemann, 1995.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Derecho Penal Económico*. València, 2002.
- DEL MORAL GARCÍA. «La protección del consumidor frente a la actividad publicitaria: perspectiva penal». A: *Protección penal de consumidores y usuarios*. Madrid: CGPJ; Manuales de Formación Continuada, 15, 2001.
- MORALES PRATS. «Funciones del Derecho penal y sociedad civil». A: CANESTRARI (a cura di). *Il Diritto penale alla svolta di fine millennio*. Torí, 1998.
- MUÑOZ CONDE. *Derecho Penal Parte Especial*. 13a ed., València, 2001.
- QUERALT JIMÉNEZ. *Derecho Penal Español Parte Especial*. 4a ed., Barcelona, 2002.
- QUINTERO OLIVARES (dir.). *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Navarra, 1996.
- SANTANA VEGA. «Funciones del derecho penal y bienes jurídico-penales colectivos». *Actualidad Penal* (IX). 2001.
- SANTANA VEGA; ESTUPIÑÁN CÁCERES. «La publicidad engañosa: delimitación de ilícitos». A: CORCOY BIDASOLO (dir.). *Derecho Penal de la Empresa*. Universidad Pública de Navarra, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ. *La expansión del Derecho penal*. Madrid, 1999.
- SUÁREZ GONZÁLEZ. A: BAJO FERNÁNDEZ (dir.). *Compendio de Derecho Penal Parte Especial, vol. II*, Madrid, 1998.
- TERRADILLOS BASOCO. *Derecho penal de la empresa*. Madrid, 1995.
- TIEDEMANN. *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität. Vol. 2. Besonderer Teil*. Hamburg, 1976.
- VALLE MUÑIZ. A: QUINTERO OLIVARES (dir.). *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Navarra, 1996.
- WERNER. *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht im Nationalsozialismus*. Frankfurt, 1991.