

Funcionamiento del mercado. O acerca de la legitimidad y eficacia de la intervención penal en el ámbito de la protección de los consumidores

JOSÉ IGNACIO GALLEGO SOLER

Profesor titular de Derecho Penal. Departamento de Derecho Penal
y Ciencias Penales de la Universidad de Barcelona
Magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Barcelona

91

1. INTRODUCCIÓN

Se ha tematizado mucho en los últimos tiempos sobre la delincuencia socioeconómica como paradigma del *nuevo* Derecho penal, como reflejo de la denominada *expansión* del Derecho penal.¹ El presente trabajo pretende exponer de forma descriptiva los presupuestos de la discusión que permitan analizar, en primer lugar, si nos encontramos realmente ante un fenómeno de incriminación tan novedoso como se afirma en muchas ocasiones; en segundo lugar, en qué medida es necesaria la intervención penal en el ámbito de los delitos cometidos contra los consumidores (considerados colectivamente), y, finalmente, si un análisis inicial de alguna figura típica y de su aplicación judicial permite hablar de una protección eficaz de estos intereses. De este modo tendremos algunos elementos para concluir si la intervención penal es necesaria para garantizar la seguridad en el consumo. La elección del delito de publicidad engañosa o fraudulenta de entre las diversas figuras típicas existentes en el ámbito de los delitos contra los derechos de los consumidores obedece a que, en feliz expresión de Martínez-buján Pérez, se trata de su figura arquetípica.²

2. DELINCUENCIA ECONÓMICA Y LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

El Derecho penal económico se viene citando como uno de los ejemplos más evidentes del *moderno* Derecho penal, en la medida en que la protección de bienes jurídicos legitima sin más la intervención penal, sirviendo el Derecho penal

1. Así lo ha entendido *expressis verbis* nuestro propio legislador en la *Exposición de Motivos del actual Código Penal*. Cfr. sobre estos argumentos Silva Sánchez (1999, p. 18 s.).

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

como un instrumento para «sensibilizar» a los ciudadanos en ciertos ámbitos antes que como un ponderado y eficaz mecanismo de actuación.³ En los últimos tiempos Achenbach ha puesto de relieve con total contundencia cómo la cuestión de la delincuencia económica no es un fenómeno tan reciente, tan vinculado al fin del siglo xx como se ha afirmado en muchas ocasiones.⁴ Dejando ahora al margen antecedentes históricos, en Alemania las primeras leyes penales en materia económica, en sentido estricto, datan de la época de la Primera Guerra Mundial y de época nacionalsocialista,⁵ siendo la situación bastante parecida en Francia.⁶ A pesar de lo expuesto, no puede negarse que en nuestro país no será hasta el Proyecto de CP de 1980 cuando se empezó a hablar de delitos socioeconómicos,⁷ si bien ya antes, en época de posguerra, se podía hablar de un Derecho penal económico.⁸

Por lo que respecta al delito de publicidad engañosa, fraudulenta o abusiva del actual art. 282 CP, no existe antecedente en nuestra legislación penal anterior,⁹ siendo un ejemplo claro de lo que se ha venido en denominar como Derecho penal fruto de los «gestores atípicos de la moral», en el sentido de que es la consecuencia de las presiones de nuevos colectivos que se contemplan a sí mismos como víctimas: las asociaciones de consumidores encabezaron en su momento un movimiento tendente a maximizar su protección, lo que ha acabado incluso reclamando el recurso al Derecho penal para las lesiones más graves de sus derechos.¹⁰

3. LEGITIMIDAD DE LA INTERVENCIÓN PENAL EN EL ÁMBITO DEL MERCADO Y LOS CONSUMIDORES

Desde un punto de vista político-criminal abstracto, la inmensa mayoría de la doctrina no cuestiona la legitimidad de la intervención del Derecho penal en este ámbito a la vista del mandato constitucional contenido en el art. 51 CE y que obliga a los poderes públicos, en lo que ahora nos interesa, a garantizar la defensa de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios.¹¹ Pero es preciso constatar que dicha *legitimación formal* de la intervención parece condicionarse a la instauración de «procedimientos eficaces» de garantía de dichos

3. Cfr. por todos Hassemer, Muñoz Conde (1995, p. 22 ss.).

4. Achenbach (2000, p. 229 ss.).

5. *Passim*. Werner (1991).

6. Cfr. los datos que se ofrecen sobre Francia en Dintilhac (2001, p. 4), retro trayendo hasta 1935 la existencia de incriminación de ámbitos del denominado *Droit des affaires*. Aunque destaca (p. 5) que en los años 90 del pasado siglo se desarrolla esta incriminación de la actividad económica y financiera.

7. Sobre la situación preconstitucional *vid.* Bajo Fernández (1973, p. 91 ss.), particularmente p. 127.

8. *Vid.* con ulteriores referencias Gallego Soler (2002, p. 52 s.).

9. Sobre los distintos proyectos *vid.* Carrasco Andrino (2000 p. 59 ss.) y Del Moral García (2001, p. 108 ss.).

10. Sobre este argumento, con ulteriores referencias, por todos Silva Sánchez (1999, p. 46 ss.), en particular p. 48. En general, sobre la protección del consumidor en el Estado social *vid.* Cuadrado Ruiz (1999). Sobre la legitimación procesal de las asociaciones de consumidores y usuarios para ser parte en los procesos penales *vid.* Gascón Inchausti (2001, p. 37 ss.).

11. En general, sobre el fundamento constitucional de la represión de la publicidad fraudulenta *vid.* Carrasco Andrino (2000, p. 71 ss.).

intereses.¹² En qué medida el recurso al Derecho penal sea uno de esos procedimientos eficaces, tendrá que verse a lo largo de este trabajo.

Es cierto que el texto constitucional en modo alguno ha de interpretarse como un «mandato expreso de incriminación penal»,¹³ pero no se puede negar que muchas voces habían reclamado insistentemente la necesidad de la creación de un delito publicitario,¹⁴ de tal suerte que la práctica totalidad de nuestra doctrina vio con muy buenos ojos el recurso al *ius puniendi* para dirimir los conflictos de intereses más graves en este ámbito cuando el art. 282 CP vio la luz,¹⁵ y ello a pesar de que la discusión parlamentaria estuvo enfrentada sobre la conveniencia del recurso a la *extrema ratio*.¹⁶

Creo necesario precisar el riesgo que en muchas ocasiones se corre, y el ámbito del delito publicitario será un claro ejemplo de ello, cuando se vincula legitimación de la intervención penal con fundamentación constitucional de la intervención. Y este riesgo existe en diversos sentidos. En primer lugar, y de forma general, aun cuando en muchos casos el bien jurídico-penal se va a reconducir al contenido del texto constitucional para su fundamentación,¹⁷ ello no puede entenderse en el sentido de que todo bien jurídico-penal debe tener anclaje formal en algún precepto de los respectivos textos constitucionales. Es cierto que en algunos casos, los bienes jurídico-penales van a contar con un expreso reconocimiento constitucional: imaginemos el caso del mandato constitucional de incriminación penal en materia medioambiental. Pero en otros muchos supuestos sólo nos vamos a encontrar con una referencia genérica a algunos bienes jurídicos, que no están condicionando al legislador a la intervención penal en ese ámbito, y en otros casos ni tan siquiera se podrá rastrear entre la Constitución el verdadero contenido del bien jurídico-penal. Aunque es indudable que la Constitución contiene una referencia básica a ciertos principios regulativos, lo que hace que la legitimidad de la intervención penal precisamente en esos ámbitos sea de una mayor entidad, podemos encontrar bienes jurídico-penales que no encuentran acogida expresa en los textos constitucionales y, pese a ello, ser legítima su lesión o puesta en peligro si se acredita que existe un merecimiento y una necesidad de pena. El otro sentido del riesgo del que advertía al inicio de este párrafo es el siguiente: no basta con una mera vinculación formal entre un delito y algún precepto constitucional para considerar que la intervención penal es legítima por sí misma. Sólo cuando la

12. Sobre el marco legal de la publicidad *vid.* por todos Bajo Fernández; Silvina Bacigalupo (2001, p. 542 s.).

13. Como ha puesto de relieve Terradillos Basoco (1995, p. 179).

14. Así por ejemplo Martínez Pérez (1995, p. 229); Terradillos Basoco (1995, p. 185 s.).

15. *Vid.* por todos las referencias doctrinales contenidas en Cugat Mauri (2001, p. 1169), particularmente nota 11.

16. Cfr. las referencias contenidas en López Garrido, García Arán (1996, p. 142), exponiendo cómo el Grupo Popular defendió la conveniencia de dejar esta materia al amparo del Derecho administrativo, insistiendo el Grupo Socialista en la insuficiencia de esta alternativa.

17. Fundamental en este punto han sido las obras de Mir Puig, Bricola y Rudolphi, casi en épocas coetáneas. Con posterioridad, en nuestro país *vid.* Berdugo Gómez de la Torre, Arroyo Zapatero (1994, p. 41 ss.); Carbonell Mateu (1995), *passim*; García Rivas (1996, p. 43 ss.).

intervención penal se sujete a los principios que fundamentan, y a la vez limitan, la propia intervención del *ius puniendi* podremos hablar de *legitimación material* en la intervención penal.

De este modo creo que, afirmando que inicialmente la intervención penal es legítima en lo que se refiere a eventuales delitos publicitarios, es preciso analizar, siquiera de forma muy genérica, en qué medida la concreta regulación legal y su aplicación práctica servirá para que podamos justificar, en términos de lesividad material y eficacia en la protección, la pervivencia de este delito, en la concreta conceptualización actual. Quiero avanzar que, en mi opinión, la forma en que se ha configurado hace muy difícil su aplicación autónoma y, aún más, la apreciación judicial.¹⁸ Creo que este déficit no es tanto un problema de legitimación de la intervención penal en abstracto, como que la concreta forma en que se ha construido este delito es inoperativa: en todos los casos en que se pueda aplicar el art. 282 CP también se podrá aplicar la estafa común (art. 248.1 CP), y en los casos en que no se aplique la estafa bastará inicialmente con el recurso a mecanismos de solución del conflicto extrapenales.

4. EL DELITO DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA Y SU APLICACIÓN JUDICIAL

Las tesis doctrinales mayoritarias conciben el bien jurídico-penal del delito contenido en el art. 282 CP, ubicado en el Tít. XIII, como el interés de los consumidores a la veracidad de los medios publicitario, pero entendido en sentido instrumental para proteger bienes individuales de los consumidores, concretamente, su patrimonio.¹⁹ De este modo, aun cuando la manualística ubica esta figura entre los delitos contra el orden socioeconómico,²⁰ no existe reparo alguno en entender que lo que se trata de proteger directamente no es la competencia o el orden económico, y sólo alguna tesis doctrinal minoritaria afirma que la confianza de los consumidores en la veracidad publicitaria sirve como condición para que la publicidad opere como mecanismo de fomento de consumo,²¹ siendo prácticamente

18. Coincido, por tanto, con la clarividente postura de Valle Muñiz (1996, p. 1279).

19. Sin ánimo de exhaustividad *vid.* Muñoz Conde (2001, p. 484), afirmando que estamos ante una tentativa de estafa o, por lo menos, un acto preparatorio que debería quedar fuera del ámbito de intervención penal. *Cfr. ibidem* p. 483, donde expone el mismo autor, con carácter general, las ineficacias de los delitos patrimoniales para la protección del consumidor en su vertiente colectiva. *Cfr.* también Valle Muñiz (1996, p. 1279); Carrasco Andrino (2000, p. 85 ss.). En la jurisprudencia *cfr.* SAP Granada, sec. 1.^a, 3 abril 2000 (ARP 2000\2424, Aranzadi).

20. Sin ánimo de exhaustividad *vid.* Suárez González (1998, p. 531).

21. Nítidamente Carbonell Mateu (1999, p. 524); Hernández Plasencia (1998, p. 1109). Muy similar sería la opción de Felip savorit, p. 10 s., cuando define el bien jurídico-penal como «el interés de todos los consumidores en el mantenimiento, en cualquier relación de consumo, de la veracidad publicitaria. Más prolijamente, el interés del colectivo de consumidores en el correcto funcionamiento de los medios publicitarios, concretamente en su función de transmisión de información cierta como garantía de su salud y libertad de disposición económica». De ello sigue el propio autor (p. 11) que el delito de publicidad engañosa será «un delito de perturbación (lesión) de un bien jurídico colectivo, que utiliza como referente típico el peligro abstracto para intereses individuales». En un sentido parcialmente coincidente *cfr.* Suárez González (1998, p. 542). *Cfr.* también Cugat Mauri (2001, p. 1170 ss.).

anecdóticas —por lo cuantitativo— las posturas que entienden que en este delito *también* se protege la salud de los consumidores.²² En suma, la opinión más generalizada entiende que el art. 282 CP operaría como un adelantamiento de las barreras de protección penal en lo que respecta a la protección del patrimonio individual y al acto de consumo (disposición patrimonial) concreto.

Lo anterior se evidencia aún más si se compara este precepto con los tipos correspondientes en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural, donde tienen cabida ciertos actos de publicidad desleal, lo que implica también la protección de competidores del anunciante,²³ lo que no sucede en modo alguno en nuestra regulación.²⁴ De este modo ha de afirmarse que, a diferencia de lo que sucede por ejemplo en el Derecho alemán, en nuestro sistema penal la actividad publicitaria no se vincula al ámbito del «Derecho penal de la competencia».²⁵ En este mismo orden de cosas hay que recordar que el art. 287 CP establece una condición de procedibilidad, de tal forma que sólo podrá procederse penalmente por delito de publicidad engañosa si media denuncia «de la persona agraviada o de sus representantes legales».²⁶ Alguna resolución judicial ya se ha pronunciado sobre este particular en el sentido de entender, siguiendo las posturas doctrinales mayoritarias, que un competidor en el mercado —no un consumidor— no está legitimado para la interposición de la querrela, lo que avala las tesis que este precepto no dispensa protección penal a los competidores del anunciante.²⁷

22. Es la postura por ejemplo de Queralt Jiménez (2002, p. 515) y de Felip Saborit, p. 36 s.

23. Para Bajo Fernández, Silvina Bacigalupo (2001, p. 545), de forma indirecta el art. 282 CP afecta a la libre competencia.

24. Así, expresamente, Cugat Mauri (2001, p. 1181 s.).

25. Cfr. sobre esto Tiedemann, (1976 p. 32 ss.).

26. Un sector doctrinal entiende que en este ámbito el criterio que operará en este ámbito será el del art. 287.2 CP, esto es, la excepción de la denuncia cuando los afectados sean una pluralidad de personas o se incida en los intereses generales. Sobre esto *vid.* únicamente Bajo Fernández, Silvina Bacigalupo, (2001, p. 554) y Del Moral García (2001, p. 130 ss.).

27. 2000/29875, AP Madrid, sec. 7.^a, Auto 27-04-2000, núm. 206/2000, rec. 90/1998. Pte: Aparicio Carril: «El precepto penal indicado trata de proteger a los consumidores, mas concretamente, el derecho de información de los consumidores de acuerdo con lo previsto en la Ley sobre defensa de los consumidores y usuarios, que proclama como uno de los derechos básicos de los mismos el derecho a “la información correcta sobre los diferentes productos o servicios” y todo ello en cumplimiento de lo previsto en el art. 51 CE que establece que “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, al seguridad, la salud y los legítimos intereses de los mismos”. Parece, por lo tanto, que no cabe entender como posible sujeto pasivo de este delito a los competidores de aquel fabricante o comerciante que efectúa una publicidad engañosa, al menos, como tales competidores sin perjuicio de que, como bien afirma el apelante, los consumidores no necesariamente han de ser personas físicas puesto que también las personas jurídicas lo son. Ahora bien, el art. 287 CP establece que “para proceder por los delitos previstos en los artículos anteriores del presente capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales”, añadiendo el núm. 2 de dicho precepto que no será precisa denuncia cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas. En este caso, en principio, cabría pensar que nos encontramos en uno de los supuestos en que los hechos afectan a una pluralidad de personas, desde el momento en que la querrela alude a anuncios publicitarios insertados en periódicos de difusión nacional, pero no a los intereses generales; pero lo cierto es que la querrela no se hace eco de ninguna persona que se haya podido ver afectada por esa publicidad que los querellantes reputan engañosa ni siquiera propone como diligencias de instrucción que se tome declaración a alguna persona que haya podido acudir a las empresas que se anunciaban en los diferentes medios de comunicación. De esta

Lo expuesto hasta este momento permitiría afirmar, provisionalmente, que este delito sólo se aplicará cuando existan puestas en peligro de patrimonios individualizados, y siempre que el que haga la oferta sea comerciante o fabricante, existiendo una enconada discusión sobre en qué medida tiene que responder por la publicidad engañosa quien verdaderamente la lleva a cabo, esto es, los publicistas o las agencias de publicidad.²⁸

Sistematizando las escasas sentencias que existen en las diversas bases de datos y que hacen referencia al art. 282 CP,²⁹ podríamos obtener los siguientes criterios interpretativos:

- a) La referencia del art. 282 CP al «perjuicio manifiesto y grave» revela el carácter supletorio o subsidiario del precepto penal respecto de las disposiciones civiles o administrativas, de tal modo que sólo en supuestos realmente graves será de aplicación el precepto penal.³⁰
- b) La tipicidad exige acreditar «la capacidad lesiva para los consumidores globalmente considerados» lo que requiere que el delito vaya referido a un colectivo indeterminado.³¹
- c) No hay delito si se acredita que el eventual acusado ha suministrado una información veraz sobre el producto o servicio ofertado, sin que se hubiese efectuado alegación falsa o manifestación de característica incierta sobre los mismos.³²

forma nos encontraríamos con la posibilidad de incoar un procedimiento por un posible delito de publicidad engañosa que trata de proteger el derecho de información de los consumidores, prescindiendo de éstos y teniendo en cuenta además que en este caso el Ministerio Fiscal ha solicitado la confirmación de la resolución recurrida, que pone fin al procedimiento; por ello, es necesario para poder incoar el procedimiento penal por este delito que medie denuncia de la persona agraviada, tal y como establece el art. 287 CP de tal forma que estaríamos en presencia de un delito semiprivado o, si se quiere, semipúblico. Y ello supone necesariamente que el procedimiento no puede iniciarse mediante el ejercicio de la acción popular que como tal supone que quien la ejercita no se ha visto perjudicado por el delito; en este caso esa conclusión se ve acentuada cuando quien pretende el ejercicio de la acción popular, el querellante y ahora recurrente, no persigue con su querrela directamente la protección de los posibles consumidores que se podrían ver afectados por la publicidad que reputa engañosa, sino que trata de proteger sus propios intereses económicos, como se comprueba de la lectura de la querrela en la que ejercita, junto con la penal, la acción civil solicitando una indemnización de daños y perjuicios cuya cuantía se determinaría «en trámite de ejecución de sentencia». En un sentido parcialmente similar, la Sentencia del Juzgado de lo Penal 23 de Madrid, de 29 enero 2001 (ARP 2001\10, Aranzadi) afirma que la legitimación para proceder por este delito parece reservada a las asociaciones de consumidores y usuarios.

28. Sobre esta problemática, con ulteriores referencias *vid.* Santana Vega, Estupiñán Cáceres (2002, p. 396 ss.); Cugat Mauri (2001, p. 1184 ss.) y Del Moral García (2001, p. 112 ss.).

29. Todas las referencias marginales que se hacen en el presente trabajo, si no se indica lo contrario, se corresponden con la base de datos «El Derecho».

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

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

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

La única sentencia condenatoria que hemos podido localizar, dictada de conformidad al amparo de lo dispuesto en el art. 723.3.^a LECRIM, por lo que en su fundamentación jurídica nada se dice acerca del ámbito de aplicación de la figura típica ahora analizada, es la Sentencia de 21 marzo 2002 de la sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona (2002/17965),³³ que condena también por un delito de estafa.³⁴ Los hechos probados que hacen referencia al delito de publicidad engañosa son los siguientes:

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.*

Quienes respondían a estos anuncios eran citados para una entrevista de trabajo en las oficinas antedichas, momento en que descubrían que la oferta de trabajo no era tal, sino un «asesoramiento» en materia laboral, indicándose a cada persona que el perfil resultante de su *curriculum vitae* era perfecto para concurrir a determinada oposición (Agente Judicial, Auxiliar de Justicia, Agente Rural, Mosso d'esquadra, etc.), y recomendando a cada persona una academia donde preparar la oposición, que en todos los casos era precisamente el segundo de los establecimientos mercantiles fundado por la acusada, esto es, el denominado "Centre de Formació per al Empresa Pública i Privada", sito en la Rambla ..., núm. ..., de Barcelona, donde los interesados contrataban la realización de un curso de preparación de la oposición que habían escogido, cuyo precio global era de unas 150.000 ptas. que eran pagadas por adelantado por cada alumno (...).

Lo expuesto permite concluir que el art. 282 CP sólo se aplicará en los supuestos extremadamente graves,³⁵ cuando al menos nos encontremos ante una tentativa de estafa agravada (art. 250 CP). Ello es así porque el delito sólo existe cuando la conducta de publicidad engañosa tiene una idoneidad para provocar un perjuicio económico, entiendo —con la doctrina mayoritaria— que sólo de esta manera se puede entender el elemento de tendencia «que puedan causar un per-

33. Recurso 77/2001, pte: Assalit Vives.

34. Junto a la referencia que se contiene en el texto, la SAP Granada, sec. 1.^a, 28 junio 2002 (ARP 2002\528, Aranzadi), da cuenta de la apelación de una Sentencia condenatoria en la instancia por el delito del art. 282. En la apelación se desestima el recurso y se confirma la resolución condenatoria por este delito.

35. Dicha gravedad permite, como afirmó Valle Muñiz (1996, p. 1281), diferenciar entre publicidad engañosa y delito publicitario.

juicio grave y manifiesto a los consumidores». ³⁶ En esta misma línea, la jurisprudencia viene equiparando la falsedad en la información del art. 282 con el engaño típico en la estafa. ³⁷ En suma, por la actual configuración que tiene el art. 282 CP es muy difícil que se pueda aplicar aisladamente. De este modo, ¿qué sentido político-criminal tiene una figura delictiva que, por su configuración, va a ser de difícil aplicación autónoma?, ³⁸ ¿garantiza este precepto realmente los intereses de los consumidores ante los fenómenos de publicidad fraudulenta?, ¿está justificada la restricción de libertad que significa un delito conforme a criterios de eficacia del sistema? En mi opinión no, al menos en la forma en que se ha configurado este delito. ³⁹

Frente a esta situación de una más que limitada operatividad del precepto en cuestión, nuestro Legislador parece únicamente preocupado por las reformas legales que suponen un aumento de la penalidad. Así, en el Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la LO 10/1995, en su art. 89 se contempla la reforma del art. 282 CP en el sentido de aumentar la pena alternativa de multa, de tal modo que la reforma prevé un marco que oscila entre los doce y los veinticuatro meses.

5. SEGURIDAD Y EFICACIA

A la vista de la prácticamente inexistente aplicación práctica del art. 282 CP, hay que destacar su ineficacia, ya que prácticamente nunca se ha aplicado dicho precepto, afirmándose incluso que sólo se viene apreciando cuando se constata el perjuicio, de tal modo que se aplica la estafa como mecanismo de defensa efectiva del consumidor y el delito de publicidad engañosa queda como «previsión hipotética». ⁴⁰ Por estos problemas de ineficacia del modelo penal, un importante sector se ha pronunciado en el sentido de entender que bastaría la intervención administrativa para sancionar estas conductas de publicidad engañosa o fraudulenta. ⁴¹

De este modo podemos concluir que la aplicación práctica no permite justificar, en términos de eficacia, el modelo de protección penal contenido en el art. 282 CP. Y ello aunque en términos de legitimidad, no se pueda cuestionar abstractamente que el Derecho penal deba proteger conductas de publicidad engañosa y fraudulenta. El recurso al Derecho penal en este ámbito, siempre que se acoja el modelo de incriminación español, es únicamente simbólico, ya que este delito

36. Cfr. por todos Martínez-Buján Pérez (2002, p. 86 *in fine* y s.).

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

38. Cfr. la jurisprudencia contenida en Martínez-Buján Pérez (2002, p. 87 s.), constatándose que muchos supuestos que podrían tener encaje en el art. 282 CP se acaban castigando únicamente como estafas (o como tentativas de estafa).

39. Premonitoriamente, Valle Muñiz (1996, p. 1278), mostraba su escepticismo frente a la idoneidad de este precepto para regular el mercado referido a las normas de publicidad.

40. Cfr. Muñoz Conde (2001, p. 485); en sentido similar Cuerda Riezu (1995, p. 79).

41. Muñoz Conde (2001, p. 484).

parece quedar «más como una previsión hipotética que como una defensa efectiva del consumidor».⁴² Tal vez una solución haya que encontrarla en otros modelos de Derecho comparado.

Entiendo que el legislador sólo puede intervenir limitado la genérica libertad de obrar del ciudadano, si con ello pretende evitar conductas que suponen una perturbación para los elementos básicos de funcionamiento de un sistema determinado (bienes jurídico-penales). Aun cuando es cierto que el concepto de bien jurídico-penal surgió originariamente como instrumento válido para ampliar el ámbito de lo punible, como elemento que va a permitir al Legislador justificar formalmente su intervención,⁴³ no puede aceptarse una intervención meramente simbólica: el Legislador debería tomar conciencia de que el Código penal debe recoger las conductas lesivas sobre las que exista una generalizada convicción social acerca de su necesidad, pero ponderando criterios político-criminales. El Derecho penal no puede recurrir al *barato* recurso de crear una Ley penal con finalidad político-promocional, eximiéndose de este modo de la adopción de políticas sociales, económicas..., que son las que realmente pueden atajar los problemas en cuestión.⁴⁴

En mi opinión los déficits puestos de relieve tienen que ver con un fenómeno bastante generalizado en la legislación penal de los últimos tiempos: mientras que el Legislador recurre a la idea de un bien jurídico supraindividual (derechos de los consumidores), con arraigo constitucional expreso, la concreta configuración del delito se construye a partir de la estructura de los delitos patrimoniales *tradicionales*. Creo que eso es precisamente lo que hace que existan serios problemas para la aplicación autónoma de este delito. En mi opinión el delito contenido en el art. 282 CP se puede entender como un «tipo con referente patrimonial individual mediatizado»,⁴⁵ de tal modo un elemento típico es la afectación a concretos elementos patrimoniales, y sin perjuicio de que el verdadero bien jurídico-penal tenga una dimensión supraindividual,⁴⁶ lo que permite su configuración como delito de peligro.⁴⁷

La ineficacia del «modelo español» debería hacernos reflexionar sobre lo siguiente: parece existir un cierto consenso europeo acerca de la necesidad de que un eventual Derecho penal europeo castigue determinadas conductas referidas a consumidores y que tienen que ver con la protección de la información y la

42. Muñoz Conde (2001, p. 485); cfr. también Hassemer, Muñoz Conde (1995, p. 33).

43. Crítica Hassemer (1991a, p. 97), que el recurso al bien jurídico-penal sirve hoy para legitimar la actuación política, y no para limitarla.

44. En general, sobre la cuestión simbólica, *vid.* Baratta (1991, p. 52 ss.); Hassemer (1991b, p. 29 ss.); Silva Sánchez (1992, p. 304); Terradillos Basoco (1991, p. 10 ss.); Morales Prats (1998, p. 58 ss.). Últimamente *vid.* Díez Ripollés, (2001), precisando la existencia de unos efectos legítimos y de otros ilegítimos del Derecho penal simbólico, de tal modo que no se pueden desdeñar los efectos por él autodenominados «expresivo-integradores» que se producen en la reacción penal. Sobre las diferencias entre función simbólica y función promocional del Derecho penal cfr. Santana Vega (2001).

45. Sobre esta conceptualización, y la diferencia existente con otras calificaciones aparentemente similares en lo formal, Gallego Soler (2002, pp. 68, 77 s.). Esta categoría tiene hondas similitudes con la postura de Martínez-Buján Pérez (2002, p. 81).

46. Como afirma, por ejemplo, Cugat Mauri (2001, p. 1180).

47. Como, por otra parte, se acepta casi unánimemente por la doctrina. Por todos *vid.* Muñoz Conde (2001, p. 485).

protección ante el engaño. Así, en un foro particularmente cualificado Dannecker ha puesto de relieve cómo la protección de los consumidores ante el engaño es la segunda columna del «Derecho penal del consumo» —la primera sería la protección de su salud—. ⁴⁸ Este autor ha destacado cómo la protección de los consumidores ante el engaño también sirve para proteger a los competidores, y en qué medida este delito no puede entenderse en clave de delito patrimonial.

Con la limitada experiencia de nuestro tipo, y ante estas propuestas, creo que es el momento para optar por una reforma del art. 282 CP que permita una protección eficaz del consumidor, que verdaderamente proteja sus derechos en tanto que miembro de un colectivo y no como víctima individualizable, lo que implica indefectiblemente aplicar coherentemente la doctrina de los delitos de peligro ⁴⁹ y desvincular la aplicación de este precepto de la estafa. Si se considera que ello no es posible, creo que la única solución conforme con un Derecho penal garantista es, todo lo más, introducir una agravación en el ámbito de la estafa (art. 250 CP) cuando el engaño se articule mediante ofertas publicitarias, sin perjuicio de la operatividad que debe seguir teniendo el Derecho administrativo en este ámbito.

BIBLIOGRAFÍA

- ACHENBACH (2000), «Anotaciones sobre la evolución del Derecho penal económico en Alemania», *Revista de Ciencias Penales*, vol. 3, núms. 1 y 2.
- BAJO FERNÁNDEZ (1973), «El Derecho penal económico. Un estudio de Derecho positivo español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*.
- BAJO FERNÁNDEZ / SILVINA BACIGALUPO (2001), *Derecho Penal Económico*, Madrid.
- BARATTA (1991), «Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica», en *Pena y Estado*.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE / ARROYO ZAPATERO (1994), *Manual de Derecho penal, PG I (Instrumentos y principios básicos del Derecho Penal)*, Barcelona.
- CARBONELL MATEU (1999), en *Derecho Penal Parte Especial* (Vives Antón y otros), 3.^a ed, Valencia.
- CARBONELL MATEU (1995), *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, 1995.
- CARRASCO ANDRINO (2000), *La publicidad engañosa y el Derecho Penal (una aproximación al tipo del artículo 282 CP)*, Valencia.
- CORCOY BIDASOLO (1999), *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia.

48. Sobre esto y lo que sigue *vid.* Dannecker (2002, p. 244). El foro cualificado al que hago referencia en el texto es el Symposium llevado a cabo bajo la supervisión del Prof. Dr. Klaus Tiedemann sobre el Derecho penal económico en la unión europea y que concluyó con una propuesta de «Europa-Delikte», entre los que se cuenta en su art. 30 un precepto que protege a los consumidores ante el engaño y garantiza su información.

49. Es decir, que aplique las estructuras dogmáticas creadas para la imputación de los delitos de peligro. Sobre ello por todos Corcoy Bidasolo (1999, p. 253 ss.).

- CUADRADO RUIZ (1999), «¿Protege el derecho penal a los consumidores?», *Actualidad Penal*, 1999, XVIII.
- CUERDA RIEZU (1995), «Contribución a la polémica sobre el delito publicitario», en *Estudios sobre Consumo - Ministerio de Sanidad y Consumo*, Madrid.
- CUGAT MAURI (2001), «La protección de intereses colectivos: el caso del delito publicitario», en QUINTERO OLIVARES; MORALES PRATS (Coords.), *LH-Valle Muñiz*, Navarra.
- DANNECKER (2002), «Europäisches Lebensmittelstrafrecht», en *Freiburg-Symposium*, Köln y otras.
- DÍEZ RIPOLLÉS (2001), «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», *Actualidad Penal* (I).
- DINTILHAC (2001), «La pénalisation de l'activité économique et financière», en FRISON-ROCHE; MARIN; NOCQUET (Dirs.), *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, Paris.
- FELIP SABORIT, *El delito de publicidad engañosa*, original inédito.
- GALLEGU SOLER (2002), *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Valencia.
- GARCÍA RIVAS (1996), *El poder punitivo en el Estado Democrático*, Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca.
- GASCÓN INCHAUSTI (2001), «La tutela de los consumidores y usuarios a través del proceso penal», en *Protección penal de consumidores y usuarios*, Manuales de Formación Continuada 15, CGPJ, Madrid.
- HASSEMER (1991a), «Derecho Penal y Filosofía del Derecho en la RFA», *Doctrina Penal*, 1991-A.
- HASSEMER (1991b), «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos», en *Pena y Estado*, 1991.
- HASSEMER; MUÑOZ CONDE (1995), *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA (1998), «El delito publicitario», *Actualidad Penal*.
- LÓPEZ GARRIDO; GARCÍA ARÁN (1996), *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid.
- MARTÍNEZ PÉREZ (1995), «El delito de publicidad engañosa en el Anteproyecto de Código Penal español de 1992», *LH-Tiedemann*, Madrid.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2002), *Derecho Penal Económico*, Valencia.
- DEL MORAL GARCÍA (2001), «La protección del consumidor frente a la actividad publicitaria: perspectiva penal», en *Protección penal de consumidores y usuarios*, Manuales de Formación Continuada 15, CGPJ, Madrid.
- MORALES PRATS (1998), «Funciones del Derecho penal y sociedad civil», en Canestrari (a cura di), *Il Diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino.
- MUÑOZ CONDE (2001), *Derecho Penal Parte Especial*, 13.ª ed., Valencia.
- QUERALT JIMÉNEZ (2002), *Derecho Penal Español Parte Especial*, 4.ª ed., Barcelona, 2002.
- QUINTERO OLIVARES (Dir.) (1996) *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Navarra.
- SANTANA VEGA (2001), «Funciones del derecho penal y bienes jurídico-penales colectivos», *Actualidad Penal* (IX) 2001.
- SANTANA VEGA; ESTUPIÑÁN CÁCERES (2002), «La publicidad engañosa: delimitación de ilícitos», en CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Derecho Penal de la Empresa*, Universidad Pública de Navarra.

- SILVA SÁNCHEZ (1992), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona.
- SILVA SÁNCHEZ (1999), *La expansión del Derecho penal*, Madrid.
- SUÁREZ GONZÁLEZ (1998), en Bajo Fernández (Dir.), *Compendio de Derecho Penal Parte Especial, vol. II*, Madrid.
- TERRADILLOS BASOCO (1995), *Derecho penal de la empresa*, Madrid.
- TIEDEMANN (1976), *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, vol. 2, Besonderer Teil*, Hamburg.
- VALLE MUÑIZ (1996), en QUINTERO OLIVARES (Dir.) *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Navarra.
- WERNER (1991), *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht im Nationalsozialismus*, Frankfurt.