

LA PROTECCIÓN PENAL DEL CONSUMIDOR

Miguel Díaz y García Conledo
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León

Curso: “El Ministerio Fiscal y la protección de consumidores y usuarios”

Fecha: 19 -20 de febrero de 2018

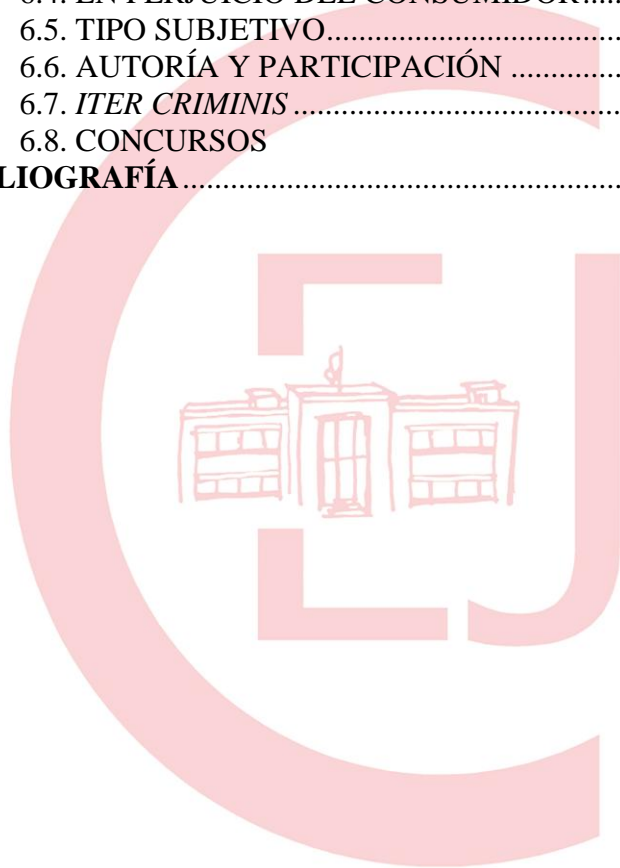


Centro de
Estudios
Jurídicos

SUMARIO

RESUMEN	4
1. INTRO DUCCIÓN	5
2. DELITOS ESPECÍFICAMENTE REFERIDOS A LOS CONSUMIDORES EN EL CÓDIGO PENAL	
2.1.. EL DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA RELATIVO A ALIMENTOS Y SIMILARES DEL ART. 363 CP	17
2.2. LOS DELITOS CONTRA EL MERCADO Y LOS CONSUMIDORES	
2.3. LOS “GENUINOS” DELITOS CONTRA LOS CONSUMIDORES	
2.3.1. El delito de detracción de materias primas o productos de primera necesidad del art. 281 CP	¡Error! Marcador no definido.
2.3.2. El delito publicitario del art. 282 CP	
2.3.3. El delito de facturación indebida del art. 283 CP	
2.3.4. El delito de fraude de inversiones del art. 282 bis CP	
3. ALGUNAS OBSERVACIONES GENERALES	
3.1. ¿UN ÚNICO BIEN JURÍDICO?	
3.2. EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR O USUARIO	
3.3. IMPUNIDAD DE LA IMPRUDENCIA	
3.4. IMPUNIDAD DE LOS ACTOS PREPARATORIOS	
3.5. LAS EMPRESAS.....	
3.5.1. Estructuras complejas, problemas complejos	
3.5.2. Las decisiones de órganos colegiados	
3.5.3. La llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas	
3.6. (APARENTE) PERSEGUIBILIDAD A INSTANCIA DE PARTE	
3.7. PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA	
3.8. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN	
3.9. LOS RIESGOS PARA LOS PRINCIPIOS LIMITADORES DEL IUS PUNIENDI.....	
4. EL DELITO DE DETRACCIÓN DE MATERIAS PRIMAS O PRODUCTOS DE PRIMERA NECESIDAD DEL ART. 281 CP	
4.1. BIEN JURÍDICO, NATURALEZA Y REGULACIÓN EXTRAPENAL	
4.2. OBJETO MATERIAL	
4.3. CONDUCTA TÍPICA.....	
4.4. TIPO SUBJETIVO.....	
4.5. AUTORÍA	
4.6. ITER CRIMINIS	
4.7. CONCURSOS.....	
4.8. TIPO CUALIFICADO O AGRAVADO	
5. EL DELITO PUBLICITARIO DEL ART. 282 CP	
5.1. CUESTIONES GENERALES	
5.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	
5.3. NATURALEZA	
5.4. AUTOR DEL DELITO. EL PROBLEMA DE LOS AGENTES PUBLICITARIOS (Y OTROS)	
5.5. EL CONTEXTO DE LAS “OFERTAS O PUBLICIDAD” DE PRODUCTOS O SERVICIOS	
5.6.PRODUCTOS O SERVICIOS	

5.7. CONDUCTA TÍPICA.....	
5.8. LA IDONEIDAD PARA CAUSAR PERJUICIO GRAVE Y MANIFIESTO A LOS CONSUMIDORES.....	
5.9. TIPO SUBJETIVO.....	
5.10. ITER CRIMINIS.....	
5.11. CONCURSOS.....	
5.12. RESPONSABILIDAD CIVIL.....	
6. EL DELITO DE FACTURACIÓN INDEBIDA DEL ART. 283 CP	
6.1. INTRODUCCIÓN Y BIEN JURÍDICO.....	
6.2. OBJETO MATERIAL: PRODUCTOS O SERVICIOS CUYO COSTO O PRECIO SE MIDA POR APARATOS AUTÓMATICOS.....	
6.3. (DOBLE) CONDUCTA TÍPICA.....	
6.4. EN PERJUICIO DEL CONSUMIDOR.....	
6.5. TIPO SUBJETIVO.....	
6.6. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	
6.7. <i>ITER CRIMINIS</i>	
6.8. CONCURSOS.....	
BIBLIOGRAFÍA.....	36



Centro de
Estudios
Jurídicos

RESUMEN

En el trabajo se exponen los diferentes delitos que atacan de una u otra forma a los consumidores, destacando aquellos que más directamente procuran su protección como tales y muy en particular aquellos de los encuadrados en la Sección 3ª (De los delitos relativos al mercado y a los consumidores”) del Capítulo XI del Título XIII del Código Penal (CP) que más directamente protegen a los consumidores con carácter general, esto es, los de los arts. 281, 282 y 283 CP (se menciona de modo más breve los del art. 282 bis, por relacionarse con quienes operan en un mercado particular como es el de valores, y el delito contra la salud pública del art. 363 CP). Se realiza un repaso de algunas cuestiones generales (bien jurídico, concepto de consumidor o usuario, impunidad de la imprudencia, impunidad de los actos preparatorios, problemas relacionados con la comisión del delito dentro de una empresa, principio de precaución, riesgos para principios limitadores del ius puniendi) para proceder a continuación a un análisis más detallado de los tres delitos mencionados.



Centro de
Estudios
Jurídicos

1.INTRODUCCIÓN¹

Como en los demás ámbitos, en el de la protección de los consumidores el papel del Derecho penal debe respetar su carácter subsidiario y de *ultima ratio* (y el resto de los principios limitadores del *iuspuniendi*,² como es natural). Por ello, me parece correcto que en un curso como el presente, sobre el Fiscal y la protección de consumidores y usuarios, la mayor parte del contenido se ocupe por ponencias de otras ramas del Derecho, dado que es a ellas a las que tal protección (en su faceta jurídica) debe estar encomendada en primer y preeminente lugar, y solo cuando ellas no sea suficiente y se trate además de conductas especialmente graves deberá operar el Derecho penal.

La Constitución española (CE) establece en su art. 51 la obligación de los poderes públicos de proteger ciertos bienes de los consumidores y usuarios:

“1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.”

Además de centrarse en ciertos intereses o bienes jurídicos, podemos observar que el texto constitucional exige “procedimientos eficaces”, pero no indica de qué clase, extrajurídicos o jurídicos (hay que entender que ambos) ni de qué orden en el caso de estos últimos. No hay un mandato expreso de penalización de conductas (que, en todo caso, no podría entenderse referido a cualquiera que atentara contra intereses de los consumidores y usuarios.

Ya en el ámbito penal, los preceptos y tipos que pueden proteger a los consumidores son muy diversos y tratar aquí de mencionar y tratar todos ellos sería tarea prácticamente imposible. Piénsese que delitos como el homicidio (y sus formas) o las lesiones protegen sin duda al consumidor (piénsese en la comercialización de productos defectuosos que, sea por imprudencia o incluso con dolo eventual, causa daños en la vida o la integridad o salud de los consumidores). No digamos en los delitos contra la salud pública, excluidos los de tráfico de drogas, o incluso en estos, si incluimos entre los consumidores a los de sustancias ilícitas. Una falsedad puede servir engañar al consumidor (y ser medio también de una estafa). Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, aunque afectan primariamente bienes jurídicos de los titulares de estos derechos, pueden perjudicar al consumidor de obras o productos y tener trascendencia colectiva. Un delito urbanístico puede tener repercusiones, por ejemplo, en los

¹El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación DER2016-76715-R (MINECO/AEI), de los que soy Investigador Principal y en las tareas de la Unidad de Investigación Consolidada (UIC) 166 de Castilla y León, que dirijo. No es posible un análisis en profundidad de las muchas cuestiones que se tratan aquí. Mucho menos una cita de los innumerables trabajos doctrinales (la cita no es exhaustiva ni siquiera en obras generales y se limita a algunas referencias para poder ampliar desde ellas las lecturas) y jurisprudencia al respecto. Ello no significa desconocer el valor no solo de trabajos concretos sobre delitos y temas que se mencionan en este trabajo, sino tampoco el de muchas obras generales de alto interés y calidad.

² Sobre estos, por todos, Luzón Peña, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 2/7 ss. (19 ss.).

compradores de viviendas, uno ambiental, por ejemplo, en quienes adquieren paquetes turísticos (ciertamente de modo indirecto), hasta los delitos de corrupción pública o los delitos contra la Hacienda Pública pueden acabar repercutiendo en el ciudadano como usuario de bienes y servicios públicos. La corrupción en los negocios igualmente y hasta el delito de corrupción en el deporte puede repercutir en el consumidor de espectáculos deportivos o en el usuario de apuestas deportivas. Y así un seguramente largo etcétera.³ Aunque en lo que sigue pueden encontrarse referencias a algunos de estos delitos, la atención se centrará en otros más específicos.⁴

Tradicionalmente, se ha centrado la protección del consumidor en el ámbito económico y, cuando de su patrimonio se trata, principalmente a través del delito de estafa. Pero este delito no es específico para proteger a los consumidores, sino a cualquier persona, por lo que no es de él del que aquí se tratará, al margen de que se pueda mencionar. Igual sucede con otros delitos contra el patrimonio. Por lo demás, especialmente en lo que atañe al delito de estafa, su complicada mecánica causal y la necesidad de un resultado complica su aplicación generalizada como mecanismo de protección de los intereses más generales de los consumidores, resultando a menudo poco operativo en la práctica.

Sin embargo, el Código Penal (CP) hace referencias expresas a los consumidores en algunos tipos, lo que indica que busca su protección en cuanto tales.

2.DELITOS ESPECÍFICAMENTE REFERIDOS A LOS CONSUMIDORES EN EL CÓDIGO PENAL

Si no me equivoco, los lugares del CP que mencionan a los consumidores son los siguientes:

2.1. EL DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA RELATIVO A ALIMENTOS Y SIMILARES DEL ART. 363 CP

Este precepto, ubicado entre los delitos contra la salud pública, reza:

“Serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por tiempo de tres a seis años los productores, distribuidores o comerciantes que pongan en peligro la salud de los consumidores:

1. Ofreciendo en el mercado productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición.

2. Fabricando o vendiendo bebidas o comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud.

³ Así, por ejemplo, Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: Revista del Ministerio Fiscal 4 (2017), 126, menciona el delito de acoso del art. 172 ter CP, introducido por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁴ Interesante también es el análisis de casos reales y conocidos que, sin ceñirse a los delitos que aquí analizaremos, se relacionan de uno u otro modo con intereses de los consumidores. Como ejemplos relevantes de análisis de estos, citaré los que realizan varios autores dentro de dos libros colectivos como son: CorcoyBidasolo, Mirentxu/Gómez Martín, Víctor (dirs.)/Valiente Ivañez, Vicente (coord.), *Fraude a consumidores y Derecho penal. Fundamentos y talleres de leading cases*, Edisofer/B de F, Madrid/Buenos Aires/Montevideo, 2016; y Puente Aba, Luz María (dir.)/Souto García, Eva María, *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales*, Comares, Granada, 2016. Desgraciadamente, no es posible entrar aquí en el análisis de los casos no citar los concretos e interesantes estudios al respecto contenidos en estos dos libros.

3. Traficando con géneros corrompidos.
4. Elaborando productos cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud, o comerciando con ellos.
5. Ocultando o sustrayendo efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados, para comerciar con ellos.”

Como no me ocuparé de este delito para centrarme en los que el propio CP denomina “relativos a los consumidores”, baste señalar aquí algunas notas:

Debe notarse que la mención de los consumidores no parece casual, pues no aparece en los relativamente similares dos artículos siguientes (si bien si alguna referencia al consumo), y denota una preocupación del legislador precisamente por los consumidores o usuarios de alimentos y sustancias similares en el mercado (que se menciona expresamente en el número 1), lo que se ratifica claramente en el hecho de que se configure el delito como especial, pudiendo ser autores de él solo “los productores, distribuidores o comerciantes”, restricción de sujetos que no se produce en los siguientes artículos. Conocido es que ello genera cuestiones de autoría y participación. No es posible detenerse aquí en ellas ni en lo más amplio o menos amplio de la interpretación de los términos típicos que describen a los autores (lo que conducirá a un carácter “menos o más especial” del propio tipo). Ni tampoco en lo acertado o desacertado de la técnica legislativa en este aspecto.

Por otro lado, señalaré que nos hallamos ante un delito de peligro que creo es precisamente uno de peligro concreto (aunque el texto legal no cierra drásticamente otras interpretaciones más anticipatorias de la protección penal, sí apunta a esta, que, además, parece teleológicamente la más correcta). Ello, recuérdese, significa que estamos ante un delito de resultado (este viene constituido por una puesta en peligro real de la salud de los consumidores, entiendo que al menos de un consumidor) y, por lo tanto, debe quedar probada la doble relación de causalidad e imputación objetiva entre delito y acción y resultado para la consumación del delito.

Si se llegara a producir daño en la salud (o la vida) de algún consumidor concreto, se plantea un problema de relación concursal entre este tipo de peligro y el de lesión, podría parecer lógico que para los concretos consumidores dañados en su salud o en su vida, el delito de lesión consumiera ya el de peligro. Sin embargo, esto dista de estar claro al menos para los delitos de lesión que con más frecuencia se cometerían, los de homicidio o lesiones imprudentes, si comparamos las penas: así, la privativa de libertad del delito del art. 363 que nos ocupa, es de prisión de uno a cuatro años, la misma que el homicidio por imprudencia grave del art. 142 CP, resultando castigados con pena inferior cualquier otro delito de homicidio o lesión por imprudencia. Por lo tanto, aunque no puedo profundizar aquí en la cuestión, creo que no debe descartarse, al menos para los hechos lesivos cometidos por imprudencia y tal vez incluso para los de lesiones dolosas del art. 147 CP (cuya pena privativa de libertad es igualmente inferior a la del delito de peligro), la solución del concurso (ideal) de delitos.

Al margen de esto, se produce en esos casos la posibilidad de daño a unos consumidores y peligro, sin que llegue a producirse daño, para otros. Aunque la solución en este caso tampoco es clarísima, me parece que existe un concurso ideal de delitos. Más precisiones son aquí imposibles.

2.2. LOS DELITOS CONTRA EL MERCADO Y LOS CONSUMIDORES

Dentro del Título XIII (“Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico” del Libro II CP se contiene un Capítulo II, rubricado “De los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”. Ya he mencionado que los delitos contra la propiedad intelectual e industrial pueden afectar intereses de los consumidores, no es este el bien jurídico protegido en estos delitos (en mi opinión, son los derechos económico-patrimoniales de los titulares de esos derechos, por mucho que también puedan resultar indirectamente afectados intereses supraindividuales).

Más conexión parece existir entre los otros delitos mencionados en la rúbrica del Capítulo citado, dado que el CP los agrupa en su Sección 3ª, titulada “De los delitos relativos al mercado y a los consumidores”. Sin embargo, aunque presentan semejanzas entre sí (protegen bienes jurídicos supraindividuales, frente al resto de los tipos del capítulo, referidos fundamentalmente a bienes jurídicos individuales) no coinciden, aunque guarden relación, la protección del libre mercado (que, sí, podrá repercutir indirectamente en los consumidores) y la más directa de intereses de estos.⁵

Así, unos delitos de la sección se dirigen a proteger las condiciones de correcto funcionamiento del libre mercado, sea el general, sea el de valores. Es el caso de los delitos del art. 284 CP:

“Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses a los que:

1.º Empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores o instrumentos financieros, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderles por otros delitos cometidos.

2.º Difundieren noticias o rumores, por sí o a través de un medio de comunicación, sobre personas o empresas en que a sabiendas se ofrecieren datos económicos total o parcialmente falsos con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un valor o instrumento financiero, obteniendo para sí o para tercero un beneficio económico superior a los 300.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad.

3.º Utilizando información privilegiada, realizaren transacciones o dieran órdenes de operación susceptibles de proporcionar indicios engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de valores o instrumentos financieros, o se aseguraren utilizando la misma información, por sí o en concierto con otros, una posición dominante en el mercado de dichos valores o instrumentos con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales.

En todo caso se impondrá la pena de inhabilitación de uno a dos años para intervenir en el mercado financiero como actor, agente o mediador o informador.”

Y el del art. 285 CP, de abuso de información privilegiada en los mercados de valores:

“1. Quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministrare obteniendo para sí o

⁵ Así, por ejemplo, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 260.

para un tercero un beneficio económico superior a 600.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años.

2. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a seis años, la multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años, cuando en las conductas descritas en el apartado anterior concurre alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.^a Que los sujetos se dediquen de forma habitual a tales prácticas abusivas.
- 2.^a Que el beneficio obtenido sea de notoria importancia.
- 3.^a Que se cause grave daño a los intereses generales.”

Aunque se refiere expresamente a los consumidores (por lo que lo trataremos entre los que serán principal de objeto de atención), también comparte esta naturaleza el delito de detracción de materias primas o productos de primera necesidad del art. 281 CP.

Un cuerpo extraño en la sección lo constituyen los delitos que recogen conductas que vulneran secretos industriales o empresariales. Ciertamente serán delitos que atenten a la leal competencia (en sentido amplio), la cual es una condición importante del libre mercado, y, en definitiva, de manera indirecta, también a los consumidores (por lo que la inclusión en la Sección 3^a tampoco es un despropósito), pero su propia configuración indica que en primera línea se protegen bienes individuales de los empresarios afectados por las violaciones de secretos, lo que los distingue del resto de delitos de la sección y, según algunos autores, los aproximan a los delitos contra la propiedad industrial.⁶

Se trata de los delitos siguientes, que no analizaré:

Art. 278 CP:

“1. El que, para descubrir un secreto de empresa se apoderare por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo, o empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del artículo 197, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses si se difundieren, revelaren o cedieren a terceros los secretos descubiertos.

3. Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el apoderamiento o destrucción de los soportes informáticos.”

Del art. 279 CP:

“La difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva, se castigará con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Si el secreto se utilizara en provecho propio, las penas se impondrán en su mitad inferior.”

⁶ En este sentido, con ulteriores referencias, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 261 s.

Y del art. 280 CP:

“El que, con conocimiento de su origen ilícito, y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare alguna de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses.”

2.3. LOS “GENUINOS” DELITOS CONTRA LOS CONSUMIDORES

Precisamente el CP menciona a los consumidores en tres artículos de la Sección y, aparte de lo dicho para el art. 281 CP, parece que son estos tres preceptos los que recogen delitos que atentan de manera más directa a intereses colectivos de los consumidores como tales. Ya matizaremos la cuestión del bien jurídico. A ellos se une un artículo introducido por la Ley Orgánica (LO) 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, el del art. 282 bis CP, que no menciona a los consumidores, pero que puede emparentarse con los otros, entendiéndose que protege intereses generales de sus usuarios, en un sector más específico, el del mercado de valores y financiero, aunque también muestra parentesco con otros delitos y diferencias con los tres citados. A continuación, transcribo los delitos mencionados, aunque el último citado (que será el último que transcriba) no será objeto de mi análisis posterior:

2.3.1. El delito de detrajación de materias primas o productos de primera necesidad del art. 281 CP

“1. El que detrajere del mercado materias primas o productos de primera necesidad con la intención de desabastecer un sector del mismo, de forzar una alteración de precios, o de perjudicar gravemente a los consumidores, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Se impondrá la pena superior en grado si el hecho se realiza en situaciones de grave necesidad o catastróficas.”

2.3.2. El delito publicitario del art. 282 CP

“Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos.”

2.3.3. El delito de facturación indebida del art. 283 CP

“Se impondrán las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a dieciocho meses a los que, en perjuicio del consumidor, facturen cantidades superiores por productos o servicios cuyo costo o precio se mida por aparatos automáticos, mediante la alteración o manipulación de éstos.”

2.3.4. El delito de estafa (intento de estafa) de inversión de capital y de crédito del art. 282 bis CP

“Los que, como administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, falsearan la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros, con el propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener

financiación por cualquier medio, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 308 de este Código.

En el supuesto de que se llegue a obtener la inversión, el depósito, la colocación del activo o la financiación, con perjuicio para el inversor, depositante, adquirente de los activos financieros o acreedor, se impondrá la pena en la mitad superior. Si el perjuicio causado fuera de notoria gravedad, la pena a imponer será de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses.”

Pero antes de entrar en el análisis particularizado de los tres delitos mencionados, me gustaría exponer brevemente y sin afán de exhaustividad, algunas cuestiones generales que les afectan o, en algún caso, afectan a otros delitos también relacionados con los consumidores.

3.ALGUNAS OBSERVACIONES GENERALES

Las que se señalan a continuación no son las únicas características de los delitos contra los consumidores (especialmente de los delitos de la Sección 3ª del Capítulo XI del Título XIII del Libro II CP), pues podrían destacarse otros rasgos comunes, como que todos son delitos de peligro⁷, pero, como ese peligro no siempre es de igual naturaleza en los distintos delitos, prefiero tratar el tema en cada uno de ellos.

3.1. ¿UN ÚNICO BIEN JURÍDICO?

Es evidente que entre los delitos que de un modo u otro sirven a la protección de los consumidores en el CP no existe identidad de bien jurídico, como se desprende sin necesidad de mayor explicación de los ejemplos que hemos mencionado al comienzo del presente trabajo.

Pero incluso dentro de la Sección 3ª del Capítulo XI del Título XIII del Libro II CP hemos visto ya que los delitos contenidos en ella se pueden agrupar al menos en dos: los que tutelan “la existencia de una libre, ordenada y leal competencia en el mercado”⁸, frente a otros que afectarían a intereses patrimoniales de los consumidores, lo que aquí más nos ocupan, que protegerían “intereses difusos” de esos consumidores, bienes jurídicos “colectivos” o “espiritualizados” (como ocurre también con la seguridad del tráfico, la salud pública, etc.).⁹ Parecería entonces que una característica común al bien jurídico de los delitos contenidos en la Sección 3ª sería el que se trata de la tutela de intereses colectivos de índole económico-patrimonial. Sin embargo, ya se ha señalado que la inclusión en la mencionada sección de los delitos relativos a los secretos de empresa viene a romper esa característica común, al proteger primariamente bienes jurídicos individuales,¹⁰

⁷ Para Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: Revista del Ministerio Fiscal 4 (2017), 127, el dolo eventual quedaría excluido en el art. 282 bis, por la exigencia de un propósito especial, pero creo que algo similar ocurre al menos con el delito del art. 281 CP.

⁸ Así (en coincidencia con otros muchos), Galán Muñoz, Alfonso, *Tema IV. Delitos contra el mercado y los consumidores*, en: Galán Muñoz, Alfonso/Núñez Castaño, Elena, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 2017, 133.

⁹ Así, por ejemplo, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 260 s., con ulteriores referencias.

¹⁰ Por muchos, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 261 s., con ulteriores referencias; Galán Muñoz, Alfonso, *Tema IV. Delitos contra el mercado y los consumidores*, en: Galán Muñoz, Alfonso/Núñez Castaño, Elena, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 2017, 133.

Pero incluso dentro de los más específicos delitos contra los consumidores o usuarios encontramos diferentes matices en cuanto al bien jurídico protegido, que solo pueden ser abordados al hilo del estudio de cada delito.¹¹

3.2. EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR O USUARIO

Un cierto carácter difuso posee también el propio concepto de consumidor o usuario, a veces condicionado por el contexto en que se use. En todo caso, no debemos dejar de mencionar el que ofrece el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (reformado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), en su art. 3¹²:

“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.”

El Preámbulo de la misma norma señala:

“Así, el concepto de consumidor y usuario se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las «personas jurídicas».

El consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.”

Las definiciones doctrinales no varían en definitiva mucho, girando en torno a la posición de demandante o destinatario final en el mercado.¹³

¹¹ Más allá del estudio del bien jurídico, puede encontrarse una perspectiva amplia sobre diversos aspectos de la protección penal de los intereses económicos de los consumidores en el libro de igual título de Portero Henares, Manuel, *La protección penal de los intereses económicos de los consumidores*, Iustel, Madrid, 2013.

¹² Especial trascendencia a este concepto legal atribuye Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: Revista del Ministerio Fiscal 4 (2017), 125: “Es importante conocer quién es el consumidor o usuario para determinar la tipicidad de los delitos que pretenden su defensa, ya que si el sujeto pasivo o incluso el objeto de protección no se identifica con el concepto civil de aquellos, la aplicación del tipo delictivo sería imposible, debiéndose en su caso acudir a otros delitos del mismo o diferente título del CP para conocer si la conducta que tenemos ante sí motiva responsabilidad penal o por el contrario se queda en la civil o administrativa.”

¹³ Ampliamente, con múltiples matices y no solo para los delitos relativos al mercado y los consumidores, sino también para los delitos contra la salud pública, v., por ejemplo, Palma Herrera, José Manuel, *Los consumidores y usuarios como sujetos de la tutela penal*, en: Cubillo López, Ignacio José (coord.), *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral*, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, 37 ss.

3.3. IMPUNIDAD DE LA IMPRUDENCIA

Es obvio que en una concepción muy amplia de los delitos que protegen a los consumidores existen tipos imprudentes, como el homicidio y las lesiones imprudentes sin ir más lejos. Sin embargo, en los delitos de los que principalmente nos ocupamos (no así en el mencionado delito contra la salud pública del art. 363 CP, que admite comisión por imprudencia grave a través del art. 367 CP: por ejemplo, un distribuidor ofrece en el mercado productos que incumplen los requisitos legales o reglamentarios sobre caducidad y pone en peligro la salud de los consumidores, pero, por su descuido grave, no se da cuenta de este peligro) no cabe comisión imprudente, pues (de manera razonable) esta no se encuentra tipificada (art. 12 CP).¹⁴

Ello posee consecuencias inmediatas también en materia de error, puesto que cualquier error de tipo (art. 14.1 CP), sea objetivamente vencible (exclusión del dolo) o invencible (exclusión también de la imprudencia), conducirá a la impunidad de la conducta, como suele suceder en la mayoría de los tipos del Derecho penal económico precisamente porque apenas contemplan figuras imprudentes. Aunque en general en el Derecho penal económico la cuestión es discutida, personalmente creo que sí caben los errores de prohibición y que estos han de tratarse como tales, es decir, conforme a las reglas del art. 14.3: impunidad (por exclusión de la culpabilidad, según contemplación mayoritaria) si resulta invencible y pena atenuada del delito doloso (por disminución de la culpabilidad) si es vencible. Creo incluso que el error sobre el carácter delictivo del hecho (el confusamente llamado error de punibilidad) puede poseer también efectos atenuantes, sin que pueda detenerme aquí a explicar mi posición al respecto, que se sitúa en una posición intermedia entre la doctrina dominante (irrelevancia –o casi- de ese error) y la minoritaria (consideración de que solo el conocimiento del carácter delictivo del hecho se puede considerar conocimiento de la antijuridicidad y que su ausencia supondrá ya un error de prohibición del art. 14.3 CP, incluso si el sujeto es consciente de la prohibición general –en otras ramas del Derecho- del hecho que realiza).¹⁵ Así, por ejemplo, estaríamos ante un error sobre el carácter delictivo del hecho si un sujeto detrae materias primas del mercado para forzar una alteración de precios y es consciente de que son materias primas (no hay error de tipo) y de que su detracción está prohibida (no hay, en mi opinión, coincidente con la mayoritaria, un auténtico error de prohibición), pero cree que no es delito, sino solo un ilícito de otro orden.

Los delitos de la mencionada Sección 3ª son todos dolosos y ya veremos si excluyen la comisión doloso-eventual.¹⁶

3.4. IMPUNIDAD DE LOS ACTOS PREPARATORIOS

No se contempla expresamente en el CP el castigo de actos preparatorios de conspiración, proposición y provocación para estos delitos, por lo que son impunes (arts. 17.3

¹⁴ Este rasgo, evidente, es destacado por la mayoría de autores que se ocupan del tema. Por todos, Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: Revista del Ministerio Fiscal 4 (2017), 127.

¹⁵ Sobre el error en Derecho penal económico, v. Díaz y García Conlledo, Miguel, *Imputación subjetiva y problemas de error en el Derecho penal económico y empresarial*, en: CorcoyBidasolo, Mirentxu/Gómez Martín, Víctor (dirs.)/Valiente Ivañez, Vicente (coord.), *Fraude a consumidores y Derecho penal. Fundamentos y talleres de leading cases*, Edisofer/B de F, Madrid/Buenos Aires/Montevideo, 2016, 199 ss., con ulteriores referencias.

¹⁶ En este sentido, por muchos, Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: Revista del Ministerio Fiscal 4 (2017), 127.

y 18.2 CP). Ello parece una decisión acertada por cuanto estos delitos suponen en general una anticipación punitiva respecto de conductas lesivas.

3.5. LAS EMPRESAS

Podrá suceder con cierta frecuencia que los hechos constitutivos de estos delitos se cometan en el seno de una empresa.

3.5.1. Estructuras complejas, problemas complejos

Ello conduce en primer lugar a los problemas habituales de distinción de responsabilidades entre las diversas personas físicas que pueden estar implicadas, tratándose de estructuras organizadas, que operan con frecuencia bajo los principios de jerarquía y división del trabajo (imputación a título comisivo u omisivo, dolosos o imprudente, como autor o como partícipe, etc.). Baste decir aquí que eventual la responsabilidad penal de la propia persona jurídica, a la que enseguida aludiré, no simplifica estas dificultades, pues en el régimen establecido por los arts. 31 bis ss. y correspondientes CP, aunque la responsabilidad de la persona física y la jurídica mantienen cierta autonomía, la segunda en ningún caso excluye la primera.

3.5.2. Las decisiones de órganos colegiados

Decisiones empresariales que puedan conducir a delitos como los que aquí tratamos pueden ser tomadas en el ámbito de órganos colegiados, lo que supone dificultades añadidas en el establecimiento de la responsabilidad penal que aquí no pueden ser siquiera apuntadas. Baste decir que las normas mercantiles al respecto, aunque deban ser consideradas, no deciden automáticamente la responsabilidad penal de los intervinientes en esas decisiones.¹⁷

3.5.3. La llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas

A los delitos que nos ocupan les alcanza lo dispuesto en cuanto a responsabilidad penal de las personas jurídicas por el segundo párrafo del art. 288 CP:

“Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

1.º En el caso de los delitos previstos en los artículos 270, 271, 273, 274, 275, 276, 283, 285 y 286:

a) Multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido, o que se hubiera podido obtener, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años.

b) Multa del doble al triple del beneficio obtenido, favorecido, o que se hubiera podido obtener, en el resto de los casos.

En el caso de los delitos previstos en los artículos 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 284 y 286 bis al 286 quater:

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.

¹⁷ Por todos, Rodríguez Montañés, Teresa, *Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados*, en: Revista de Derecho Penal y Criminología 1 (extra) (2000), 171 ss.

b) Multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

2.º Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.”

Esta clase de responsabilidad se introdujo en el CP por la LO 5/2010, que, a su vez y como es lógico, modificó el artículo acabado de citar. Posteriormente, la LO 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, incluyó en el precepto el delito del art. 284 CP, que había olvidado en la redacción anterior, y la LO 1/2015 añadió la expresión “o que se hubiere podido obtener”.

Como se puede apreciar, la pena para personas jurídicas prevista para el delito del art. 283 es diferente de la establecida para el resto de los que nos ocupan.

No es este el lugar adecuado para exponer mi opinión, bastante crítica, con el establecimiento de esa supuesta responsabilidad penal de las personas jurídicas como se ha hecho en nuestro CP. Baste decir aquí que creo que no es una responsabilidad estrictamente penal (aunque sí criminal en sentido más amplio), que la propia persona jurídica no delinque, que las que el CP llama penas no lo son en realidad y que los efectos pretendidos y loables del sistema (prevenir las facilidades de comisión de delitos que puede ofrecer la persona jurídica y establecer un régimen de buenas prácticas o *compliance* para la prevención de la comisión de delitos en las personas jurídicas, principalmente en las empresas, podría haberse realizado de otro modo y sin los inconvenientes que acarrea el sistema implantado en 2010 (y ya dos veces reformado).¹⁸

3.6. (APARENTE) PERSEGUIBILIDAD A INSTANCIA DE PARTE

El art. 287 CP alcanza a la mayoría de los de la Sección 3ª mencionada:

“1. Para proceder por los delitos previstos en la Sección 3ª de este Capítulo, excepto los previstos en los artículos 284 y 285, será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquella sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.”

La limitación a la Sección 3ª (salvo los dos artículos que se excluyen) se produjo por la reforma introducida en la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, puesto que, en la redacción anterior a esa reforma, el precepto abarcaba todos los delitos del Capítulo XI.

Se ha señalado lo sorprendente de que los delitos de la Sección 3ª mantengan el carácter de semipúblicos, pues, salvo algunas excepciones (violación de secretos de empresa y

¹⁸ Mi opinión sintetizada puede verse en Díaz y García Conlledo, Miguel, *¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas tesis*, en: Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales 5 (2016), 31 ss. Al respecto, es importante la Circular 1/2016, de 22 de enero, de la Fiscalía General del Estado, y las diversas sentencias que el Tribunal Supremo español ha dictado desde febrero de 2016. Tratando precisamente el tema de la protección penal de los consumidores, Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: Revista del Ministerio Fiscal 4 (2017), 141, se muestra partidario del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

delito del art. 286 CP), protegen bienes jurídicos colectivos (mientras que otros que protegen bienes jurídicos individuales, como los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, pasaron a ser perseguibles de oficio). Tal es el caso de los delitos que aquí nos ocupan principalmente. Por ello, van a caer en la excepción del número 2 del precepto, con lo que la perseguibilidad a instancia de parte es en ellos solo aparente.¹⁹

3.7. PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA

Los delitos que nos ocupan son alcanzados también por lo preceptuado en el primer párrafo del art. 288 CP:

“En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el Juez o Tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado.”

Se ha señalado, entre otras cosas, que el precepto no deja claro si debe tratarse de una sentencia firme (parece que no, lo cual resulta demasiado amplio) y que sigue sin incluirse esta medida en la parte general del CP (sea cual sea su naturaleza).²⁰

3.8. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

El llamado principio de precaución tiene su origen en la legislación medioambiental alemana de la década de los setenta del pasado siglo y se ha ido expandiendo, especialmente en el Derecho administrativo. En materia medioambiental se trataba de que la legislación y los encargados de aplicarla no debían postergar la intervención cuando se sospeche la existencia de un peligro grave o irrevocable en el caso de ausencia de certeza científica absoluta o importante de ese riesgo. Aun sin esa certeza, deberían tomarse medidas eficaces de prevención. En definitiva, se trata de no esperar a la certeza científica de un riesgo medioambiental para tomar medidas que lo atajen en caso de que se produzca. Dada la “sociedad del riesgo” (Beck) en que vivimos, no es de extrañar que el principio de precaución se haya extendido a otros ámbitos, como, por ejemplo, el de la seguridad alimentaria.

Y tanto se ha extendido que ha llegado al Derecho penal, especialmente desde la jurisprudencia relativa al llamado delito alimentario. Sin juzgar la procedencia de ese principio en su ámbito original, ya resulta cuestionable su traslado al Derecho penal aunque solo sea por los distintos principios que deben regir en este frente al Derecho administrativo, en que cabe la actuación discrecional de la Administración en la prevención de riesgos en muy buena medida, prevalecen a menudo intereses colectivos sobre los individuales, caben medidas provisionales, etc. No parece conveniente trasladar el “no se sabe, se sospecha, pero, por si acaso ...” al Derecho penal.

Pero es que, además, como consecuencia en buena parte del principio de precaución, se puede apreciar una tendencia en la práctica a convertir delitos que se consideraban de peligro concreto en delitos de peligro abstracto, si no en meros delitos formales o de desobediencia, a veces con apelación a “peligros razonablemente sospechados” por la Administración, poniendo al Derecho penal (especialmente en materia de salud pública) en la

¹⁹ Al respecto, entre otros, LibanoBeristain, Arantza, *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, J. M. Bosch, Barcelona, 2011, 294 ss.; Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 401, 402.

²⁰ Así, con ulteriores referencias bibliográficas, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 403.

vía de una indeseable e incluso intolerable administrativización, poniendo en cuestión no sólo ya el principio comentado de intervención mínima o carácter de *ultima ratio* del Derecho penal, sino incluso el de lesividad u ofensividad²¹.

3.9. LOS RIESGOS PARA LOS PRINCIPIOS LIMITADORES DEL *IUS PUNIENDI*

En la orientación de la interpretación y aplicación de delitos que afectan de modo especialmente directo a consumidores y usuarios, deberemos tener en cuenta que la configuración de algunos de ellos encierra riesgos para parte de los principios limitadores del *iuspuniendi*, por lo que conviene prestar especial atención a su evitación en la medida de lo posible, acudiendo a mecanismos normalmente restrictivos que han ido elaborando la doctrina y los tribunales y otros operadores jurídicos, incluso en ocasiones el Tribunal Constitucional.

A modo de mero ejemplo, se ha de tener en cuenta la presencia de múltiples elementos normativos en sentido amplio, incluyendo leyes penales en blanco y con elementos en blanco en distintos delitos contra la salud pública, los problemas que plantean los llamados intereses difusos en cuanto a su conexión con bienes jurídicos claros e individualizables, las fronteras entre el ilícito penal y otros ilícitos (en relación con el principio de intervención mínima y subsidiariedad), los problemas de anticipación punitiva que supone el recurso frecuente a la técnica de los delitos de peligro, sobre todo si son abstractos, los ya citados de traslación del principio de precaución al Derecho penal, la tentación del uso meramente simbólico del Derecho penal en la materia, el eventual rebasamiento del principio de proporcionalidad en aras de una supuesta mayor eficacia, los que comporta el modelo de la llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas establecido en España, etc.²²

4. EL DELITO DE DETRACCIÓN DE MATERIAS PRIMAS O PRODUCTOS DE PRIMERA NECESIDAD DEL ART. 281 CP

Ya conocemos el tenor del precepto, por lo que pasamos sin más a señalar algunos rasgos del delito:

4.1. BIEN JURÍDICO, NATURALEZA Y REGULACIÓN EXTRAPENAL

Ya se ha apuntado que este delito parece proteger tanto intereses de los consumidores como la libre competencia en el mercado (o el normal desarrollo o la libertad del mercado). En cuanto a la primera faceta, se trataría más en concreto del interés de los consumidores en

²¹ Sobre el principio de precaución y su eventual traslado al Derecho penal, v., entre otros, críticamente y con ulteriores referencias, Escobar Vélez, Susana, *El traslado del principio de precaución al Derecho penal en España*, en: Nuevo Foro Penal 75 (2010), 15 ss.; *La responsabilidad penal por productos defectuosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, 54 ss.; Palma Herrera, José Manuel, *Los consumidores y usuarios como sujetos de la tutela penal*, en: Cubillo López, Ignacio José (coord.), *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral*, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, 53 ss.; Castronuovo, Donato, *Política criminal, generaciones futuras y principio de precaución*, en: CorcoyBidasolo, Mirentxu/Gómez Martín, Víctor (dirs.)/Valiente Ivañez, Vicente (coord.), *Fraude a consumidores y Derecho penal. Fundamentos y talleres de leading cases*, Edisofer/B de F, Madrid/Buenos Aires/Montevideo, 2016, 77 ss.; CorcoyBidasolo, Mirentxu, *Delitos alimentarios y protección penal de la salud pública*, en: Revista de Bioética y Derecho. Perspectivas Bioética 42 (2018), 9 n. 4, 12 s.

²² Sobre estas cuestiones, v. Suárez López, José María, *La proyección penal de los principios limitadores del iuspuniendi en un Estado social y democrático de Derecho en la protección penal del consumidor*, en: Morillas Cueva, Lorenzo (dir.)/Suárez López, José María (coord.), *Derecho y consumo. Aspectos, penales, civiles y administrativos*, Dykinson, Madrid, 2013, 79 ss.

la existencia de un abastecimiento normal del mercado de materias y productos especialmente relevantes, las materias primas y los productos de primera necesidad²³

Torío López²⁴ sostiene aisladamente que estaríamos ante un auténtico delito socioeconómico que protegería intereses generales, el propio orden socioeconómico, especialmente en situaciones de crisis en que se operaría con intereses especulativos. No me parece descartable ese interés de que habla Torío, pero su afectación resultaría un eventual efecto secundario, que no siempre se puede apreciar en las conductas de tipo básico del artículo, aunque seguramente sí es más plausible en las del tipo agravado del número 2 del precepto, que exige que la conducta se realice “en situaciones de grave necesidad o catastróficas”.²⁵

Nos hallaríamos ante un tipo de resultado cortado o cortado de resultado²⁶, pues se exige una acción (la de detraer los productos o materias) con la intención (elemento subjetivo) de obtener un ulterior resultado (desabastecer un sector, forzar una alteración de precios perjudicar gravemente a los consumidores), sin que sea preciso para la consumación del delito que este se produzca.²⁷

A su vez, se trata de un delito de peligro, que no exige la efectiva producción del resultado lesivo. Podría discutirse de qué clase de peligro se trata, cabiendo en la literalidad del precepto todas las opiniones. Sin embargo, por razones de dotar al delito de la suficiente lesividad, creo que, como mínimo, hay que considerarlo de peligro hipotético o de idoneidad: más allá de la intención del autor, el hecho objetivamente debe ser idóneo para producir los resultados mencionados en el precepto²⁸. E incluso me decanto en favor de una interpretación más restrictiva, exigiendo un real y concreto peligro.²⁹

Aunque no existe una coincidencia de los ilícitos, las conductas constitutivas de delito coinciden parcialmente con alguno de los ilícitos contenidos en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Así, su art. 1 establece:

²³ Por todos, más ampliamente y con ulteriores referencias, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 319 s.

²⁴ Torío López, Ángel, *Reflexión sobre la protección penal de los consumidores*, en: Varios autores, *Estudios sobre el Derecho de consumo*, 2ª ed., Fundación Iberdrola, Bilbao, 1994, 163.

²⁵ Lo admite también Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 320.

²⁶ Al respecto, por todos, Luzón Peña, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 12/34 ss. (159 s.).

²⁷ Por muchos y con ulteriores referencias, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 320 s.

²⁸ Algún autor defiende esta naturaleza, pero otros, aun creyendo que debería ser así *de lege ferenda*, creen que no es posible considerarlo de ese modo *de lege lata* al no exigirlo la ley (v. al respecto, con ulteriores referencias, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 324 s.). Sin embargo, entiendo que la interpretación restrictiva en ese sentido al menos, ante la falta de claridad legal, es perfectamente posible.

²⁹ No parece llegar a exigir que sea de peligro concreto, puesto que lo califica como delito de peligro de mera actividad, Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: *Revista del Ministerio Fiscal* 4 (2017), 127, si bien sí parece apuntar al peligro concreto cuando señala (129) que no basta la intención del sujeto, sino que “debería crear un peligro constatado de causar un perjuicio grave para los consumidores, sin que fuera necesario que éste se materializase.”

“1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.

c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

2. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.

3. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.

b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y

c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

4. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE.

5. Asimismo, el Gobierno podrá declarar mediante Real Decreto la aplicación del apartado 3 del presente artículo a determinadas categorías de conductas, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia.”

Y su art. 2 dispone:

“1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.

b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.

c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.

d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

3. La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal.”

Como es lógico, estos ilícitos son más amplios, abarcan más conductas que el penal, y este exige elementos específicos que aportan gravedad a la conducta, sin los cuales la intervención penal no podría justificarse. Con todo, la necesaria gravedad del atentado al bien jurídico que debe reunir la conducta para ser delito no debe olvidarse en la interpretación de los elementos del tipo.

4.2. OBJETO MATERIAL

El objeto material lo constituyen las materias primas y los productos de primera necesidad a que alude el precepto.

El significado de “materias primas” y “productos de primera necesidad”, si no nos quedamos en una mera aproximación, no es evidente.

Materia prima, según el Diccionario de la Lengua Española, es: “materia que una industria o fabricación necesita para transformarla en un producto”. Pero esta definición parece demasiado amplia dentro de la necesaria taxatividad que deben reunir los tipos legales y la necesaria gravedad de la conducta que justifique su tipificación. Por ello, se suele restringir su alcance, atendiendo al significado que normalmente se da en la economía a ese concepto, restringiéndolo así a productos primarios o básicos que se utilizan en los procesos industriales para elaborar alimentos, ropa, etc.”, a lo que a menudo se añade que debe tratarse de bienes esenciales, básicos, sin los cuales se hace muy difícil o imposible el proceso de producción.³⁰

Algo similar sucede con la expresión “productos de primera necesidad”. En cuanto a producto, se trataría de algo producido (Diccionario de la Lengua Española), pero resulta complicado precisar qué significa “de primera necesidad”. Se acude al significado de la expresión o de otras similares en distintos tipos penales y a lo que la doctrina y la jurisprudencia han ido perfilando en ellos, acabando ofreciendo un listado de productos de primera necesidad: alimentos, vestido, calzado, vivienda, higiene, energías, comunicaciones

³⁰ En uno u otro de estos sentidos, con ulteriores referencias, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 321; Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: *Revista del Ministerio Fiscal* 4 (2017), 128.

fundamentales, etc. Como ello sigue siendo aún demasiado genérico (por ejemplo, no cualquier alimento es de primera necesidad), se suele completar lo anterior con apelación a que se trate de productos de esa clase que sean imprescindibles, que dificulten la vida ordinaria y digna de la generalidad de los ciudadanos, conceptos que, con todo, dejan bastante margen de apreciación y dependen en buena medida de los estándares de bienestar de un momento y país, por lo que algunos apuntan que sería mejor una mayor precisión en la propia ley.³¹

4.3. CONDUCTA TÍPICA

Las conductas típicas consisten en “detraer del mercado” las mencionadas materias primas o productos de primera necesidad. Detraer, según el Diccionario de la Lengua Española, es “Restar o sustraer algo, especialmente dinero”. No obstante, dadas las finalidades que debe perseguir el sujeto y la necesaria restricción y mayor gravedad del ilícito penal frente a otros, existe consenso en requerir que se produzca una conducta de acaparamiento o acopio en su sentido mercantil.³²

Se discute si es posible abarcar conductas omisivas, como, por ejemplo, la de reducir la producción drásticamente para que se produzca el desabastecimiento total y parcial. La expresión legal parece clara e impediría el castigo de conductas omisivas. Sin embargo, no parece descartable incluir dentro de la comisión activa conductas de acaparamiento sobre todo si van acompañadas de otros actos como el desvío a mercados extranjeros³³. Personalmente, no me parece imposible incluir en el tipo conductas aparentemente omisivas, dado que “restar” (uno de los significados de sustraer) incluye “Disminuir, rebajar, cercenar” y “sustraer” (el otro) tiene acepciones lo suficientemente amplias (así “apartar”) para admitir los supuestos aludidos.

4.4. TIPO SUBJETIVO

Ya he señalado que este tipo es exclusivamente doloso, no siendo posible su comisión imprudente. La finalidad que debe guiar al sujeto en este delito de consumación anticipada (en concreto, cortado de resultado, como ya he señalado) hace en este caso imposible la comisión doloso-eventual, siendo preciso el dolo directo, como ya he apuntado también anteriormente.³⁴

La intención de desabastecer un sector del mercado, forzar una alteración de precios o perjudicar gravemente a los consumidores constituye un específico elemento subjetivo del injusto añadido al dolo. Se trata de anticipar la protección penal a un momento anterior a la producción del efectivo perjuicio.

³¹ Sobre todo esto, por muchos y con ulteriores referencias, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 322 s.; Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: Revista del Ministerio Fiscal 4 (2017), 128.

³² Por muchos y con ulteriores referencias, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 323.; Muñoz Cuesta, Javier, Revista del Ministerio Fiscal 4 (2017), 128.

³³ En este sentido, con ulteriores referencias, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 323 s.; más proclive a la admisión de conductas omisivas con ulteriores referencias, Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: Revista del Ministerio Fiscal 4 (2017), 128.

³⁴ En este sentido, por muchos y con ulteriores referencias, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 324.

Como señala la doctrina, la descripción legal de la intención del sujeto es cuando menos poco meditada: la intención de desabastecer parece implicar la de perjudicar (probablemente de modo grave) a los consumidores y la de perjudicar gravemente a los consumidores raramente se dará como finalidad exclusiva en la práctica, si no se piensa en supuestos patológicos.³⁵ Además, parece claro que la intención de alterar precios deberá ser la de que suban.³⁶

Por lo acabado de decir, aunque parece claro que en el tenor del tipo las distintas finalidades son alternativas,³⁷ cabe exigir, según algunas voces, si no *de lege lata*, al menos *de lege ferenda* que las dos primeras intenciones solo tengan relevancia típica si se orientan a producir el grave perjuicio a los consumidores, pues, en otro caso, bastaría la sanción administrativa.³⁸ En mi opinión, ello puede conseguirse probablemente *de lege lata* si se exige como mínimo una idoneidad objetiva de la conducta para que se produzca uno de los resultados pretendidos y, además, se exige una antijuridicidad material (lesividad) suficiente, que exija el hipotético perjuicio grave, dejando fuera de la tipicidad otros supuestos, por ejemplo a través del principio de insignificancia.³⁹ No obstante, hay que reconocer que una mejor configuración legal facilitaría la adecuación a esta idea.

4.5. AUTORÍA

Nos hallamos ante un delito común, que no exige especiales cualidades en el autor, que puede serlo cualquiera.⁴⁰ Evidentemente, aunque no sea exigido por el tipo, lo normal será esperar que la conducta sea realizada por profesionales de la industria o el comercio que se encuentran en situación más idónea para realizar las conductas típicas que los particulares.

4.6. ITER CRIMINIS

La consumación del delito no requiere un resultado lesivo, aunque sí, si se atiende a la propuesta más restrictiva realizada, un resultado de peligro concreto derivado de la detracción con una de las intenciones típicas.⁴¹

En todo caso, al menos idealmente es concebible la tentativa cuando el sujeto se dispone inmediatamente a realizar el acto de detracción con una de las intenciones típicas o,

³⁵ Por muchos, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 324 s.; Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: *Revista del Ministerio Fiscal* 4 (2017), 129 s.

³⁶ Así, con ulteriores referencias, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 325.

³⁷ Por muchos, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 325; Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: *Revista del Ministerio Fiscal* 4 (2017), 129.

³⁸ Así, por ejemplo, Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: *Revista del Ministerio Fiscal* 4 (2017), 129.

³⁹ Sobre este, por todos, Luzón Peña, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 20/40 ss. (329 s.).

⁴⁰ Por todos, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 326; Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: *Revista del Ministerio Fiscal* 4 (2017), 129.

⁴¹ Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 326.

de forma más general, cuando dé comienzo a la ejecución sin que se llegue a conseguir la detracción.⁴²

4.7. CONCURSOS

La cuestión concursal que la doctrina plantea con mayor frecuencia es la de la relación de este delito con el del 284 CP, de maquinaciones para alterar los precios que deberían resultar de la libre competencia. En general, se estima que ambos preceptos se hallan en situación de concurso de leyes o normas y, aunque se discute qué principio del art. 8 CP resulta de aplicación, se resuelve que prevalece el delito del art. 281 CP, que ahora analizamos, más grave, pues incluye la exigencia de que la conducta se refiera a materias primas o productos de primera necesidad y exige la detracción efectiva de estos del mercado.⁴³

Cabe el concurso de delitos con infracciones penales de otro tipo, como son los delitos contra las personas o contra el patrimonio individual.⁴⁴

4.8. TIPO CUALIFICADO O AGRAVADO

La conducta se castiga con la pena superior en grado a la del tipo analizado cuando “el hecho se realiza en situaciones de grave necesidad o catastróficas”. En un país como España, cabe pensar que las acciones de detracción de materias primas o productos de primera necesidad con las finalidades típicas, se producirán más bien en todo caso en estas situaciones.⁴⁵

Lo más interesante que plantea el tipo cualificado es si debe atenderse a una declaración formal de catástrofe (que se prevé para ciertas circunstancias en la ley) o basta una situación material de tal, debiendo preferirse esta segunda opción, porque las declaraciones que la ley prevé están pensadas normalmente para fines distintos a los que informan el precepto penal y porque no existen previsiones legales de declaración de situación “de grave necesidad”.⁴⁶

5. EL DELITO PUBLICITARIO DEL ART. 282 CP

5.1. CUESTIONES GENERALES

Muy brevemente⁴⁷, puede señalarse que a menudo se considera que este es el delito prototípico contra los consumidores, que delitos similares (a los que se denomina de diferentes formas, pues existe cierta discusión sobre la mejor terminología: delito publicitario,

⁴² Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 326.

⁴³ Resume el panorama doctrinal Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 326 s., quien se decanta por la relación de consunción.

⁴⁴ Por todos, con ulteriores referencias, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 328.

⁴⁵ Así, con ulteriores referencias, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 325.

⁴⁶ Por muchos y con ulteriores referencias, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 326.

⁴⁷ Sobre los que sigue, por todos y con ulteriores referencias, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 289 s.

de publicidad falsa, engañosa, etc.) son frecuentes en el Derecho comparado, que, antes de su introducción en el CP 1995 (en cuyos textos prelegislativos aparecía siempre, aunque con diferentes configuraciones), había sido muy demandado. Pese a ello, una vez introducido en el CP 1995, hubo que esperar hasta 2002 para conocer la primera sentencia que condenó por este delito.⁴⁸

5.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido en este tipo sería nuevamente de carácter difuso y consistiría en el interés de los consumidores (como conjunto) en la veracidad de los medios publicitarios sobre productos ofertados en el mercado.⁴⁹ Ya sabemos que este interés difuso debe conectar con bienes jurídicos tangibles, pero no se trata de una mera anticipación de su protección al modo de actos preparatorios, aquí de delitos contra el patrimonio.⁵⁰

Precisamente uno de los principales problemas relacionados con el bien jurídico individual que puede verse afectado en último extremo por este delito y uno de los principales que plantea el tipo que analizamos es el de si ese bien jurídico es solo el patrimonio o es también la salud. No sería descabellado incluir este último, pero parece complicado en la configuración existente del tipo en el CP y en el propio contenido del Código. El art. 282 CP no excluye literalmente la posibilidad de riesgos para la salud, pues habla solo de conductas “que puedan causar un perjuicio manifiesto y grave a los consumidores”.

Sin embargo, existen delitos contra la salud pública, que ya se ocupan de esos riesgos: art. 362.1.3º (medicamentos), 363.1 (productos alimentarios) y 363.4.2º (comerciar con ellos), todos castigados con pena superior a la del delito publicitario. Ciertamente algunos de estos son delitos de peligro concreto y el publicitario lo es de peligro hipotético o de idoneidad o aptitud y podría pensarse que es un paso más en el adelantamiento de las barreras punitivas, también en el caso de riesgos para la salud. Pero la duda del peligro concreto en alguno de los delitos citados (362.1.3º) y la gran diferencia de marcos penales impiden esta comprensión, por lo que habrá concurso de delitos. La ubicación sistemática del delito publicitario y su parentesco con el del art. 283 CP abonan esta interpretación⁵¹.

No obstante, si los riesgos contenidos para la salud en la publicidad no encajaran en los delitos contra la salud pública mencionados (ejemplo: pastillas tranquilizantes que sí crean dependencia contra lo señalado en su publicidad⁵²), podrán reconducirse hacia el art. 282 CP, siempre que se den sus requisitos (sobre todo y más difícil: idoneidad, riesgo manifiesto y

⁴⁸ Se trata de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sala Quinta, de 21-03-2002 (CENDOJ 08019370052002100741).

⁴⁹ Entre otros y con ulteriores referencias, Luzón Peña, Diego-Manuel, *El delito publicitario en el nuevo Código Penal de 1995*, en: Cartas Cedef 1 (1996), 5; Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 290 s.

⁵⁰ Contra la concepción del delito como acto preparatorio de otros contra el patrimonio, con ulteriores referencias, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 291 s.

⁵¹ Por muchos y con múltiples referencias, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 292 ss. En un trabajo sobre el delito publicitario escrito cuando estaba a punto de entrar en vigor el nuevo CP, Luzón Peña, Diego-Manuel, *El delito publicitario en el nuevo Código Penal de 1995*, en: Cartas Cedef 1 (1996), 5 s., incluía entre los posibles riesgos referidos en el precepto los relativos a la salud.

⁵² El ejemplo es de Gómez Rivero, María del Carmen, *Hacia una nueva interpretación del delito publicitario*, en: La Ley 1997-4, n. 27.

grave también para el patrimonio).⁵³ Con todo, esa inclusión sería “de consolación” y no quedaría comprendido en realidad el desvalor del riesgo para la salud.

Aunque no podemos analizar más a fondo la cuestión en este lugar, lo mencionado puede servir para calificar al menos de discutible la opción del CP español y dejar planteada la cuestión de la posibilidad de configurar de otro modo *de legeferenda* el precepto y los otros del CP relativos a la salud pública, de manera que se responda mejor al principio de lesividad.

Parece claro que el tipo del art. 282 CP no protege los intereses de otros competidores en el mercado (como pretendía el art. 287 del Proyecto de CP de 1992)⁵⁴ o, en todo caso, lo hace de forma remota e indirecta.⁵⁵

5.3. NATURALEZA

No nos hallamos ante un delito de peligro concreto, que exija el efectivo (concreto, real, constatable como resultado de la acción) riesgo de perjuicio (grave y manifiesto) a los consumidores. Sin embargo, el tipo tampoco se conforma con el mero peligro abstracto, sino que exige que “puedan causar” el mencionado perjuicio. Ello sería indicativo de que nos hallamos ante un delito de peligro hipotético o de idoneidad o aptitud.⁵⁶

Ello comporta, entre otras cosas, que esa idoneidad debe ser abarcada por el dolo del sujeto y constatada judicialmente. Se trata de un elemento (entre otros del tipo) que separa (por más grave) el ilícito penal de otros contenidos en la normativa extrapenal (Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, con sus correspondientes modificaciones)

5.4. AUTOR DEL DELITO. EL PROBLEMA DE LOS AGENTES PUBLICITARIOS (Y OTROS)

En una decisión que no deja de ser discutible, que no se adoptó en los textos prelegislativos ni es unánime en el Derecho comparado,⁵⁷ el art. 282 CP se ha configurado, siguiendo una clasificación y una terminología tradicional, como delito especial propio, exigiendo en los autores la cualidad de fabricantes o comerciantes y sin que exista delito común correspondiente.⁵⁸

⁵³ V. Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 294.

⁵⁴ Así, por ejemplo, Luzón Peña, Diego-Manuel, *El delito publicitario en el nuevo Código Penal de 1995*, en: Cartas Cedef 1 (1996), 6.

⁵⁵ “De forma tangencial” dice Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: Revista del Ministerio Fiscal 4 (2017), 131.

⁵⁶ Se trata de una opinión común en la doctrina: v., por muchos, Luzón Peña, Diego-Manuel, *El delito publicitario en el nuevo Código Penal de 1995*, en: Cartas Cedef 1 (1996), 3 s.; Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 300 s. (con múltiples referencias doctrinales).

⁵⁷ V. ya Luzón Peña, Diego-Manuel, *El delito publicitario en el nuevo Código Penal de 1995*, en: Cartas Cedef 1 (1996), 4.

⁵⁸ Esto se desprende de la propia letra de la ley, por lo que no es preciso hacer cita alguna. En el terreno más técnico, podríamos entrar en la discusión sobre si estamos ante uno de los delitos llamados de infracción de deber; no lo haremos, aunque tiendo a pensar que tiene materialmente razón Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 302, cuando señala que estamos más bien ante un delito de dominio (prescindiendo aquí de la discusión más general sobre el criterio caracterizador de la autoría en la mayoría de los delitos).

Ello conduce, obviamente a una restricción de los sujetos que pueden ser autores y con ello a algunos problemas. No obstante, para determinar el alcance de esa restricción, previamente hay que decidir qué se entiende por fabricantes y comerciantes. Creo, con otros autores,⁵⁹ que ha de optarse por un concepto amplio, material y común (no condicionado por normativa extrapenal) de ambos, especialmente de comerciante, que, según el Diccionario de la Lengua Española, en sus dos primeras acepciones, es: “Quecomercia” o “Persona propietaria de un comercio” (no así en la tercera: “Persona a quien son aplicables las especiales leyes mercantiles”). Con ello se extiende bastante el ámbito de posibles autores del delito, pero no tanto como abarcar, por ejemplo, las asociaciones de consumidores y sus representantes.⁶⁰

Sin embargo, los autores deben llevar a cabo la conducta típica “en sus ofertas o publicidad de productos o servicios”, lo que sí parece restringir más el círculo de posibles autores, planteando sobre todo el problema de los agentes publicitarios, pues, aunque pudiera llegar a considerárseles comerciantes, no hacen sus ofertas o publicidad de productos o servicios, sino las de otros que se las encargan.⁶¹

En todo caso, para el supuesto citado y otros, la doctrina suele señalar que su responsabilidad puede ser, siguiendo las reglas generales de autoría y participación, como partícipes (cooperadores necesarios o cómplices o incluso inductores, en su caso).⁶²

No obstante y especialmente en relación con los publicistas, puede que en algunos casos la responsabilidad como partícipe no sea evidente, por ejemplo, cuando ellos realizan toda la conducta típica o cuando el anunciante no es (y en ocasiones ni puede ser) consciente de la falsedad (y el publicista sí). No es posible aludir en detalle a la variedad de supuestos y de posibles soluciones⁶³, entre las que destacaré el (en mi opinión frecuentemente posible) recurso a la figura del actuar por otro del art. 31 CP, puesto que el publicista actuará a menudo en nombre o representación del fabricante o comerciante (persona física o jurídica) anunciante.

⁵⁹ V. simplemente y con ulteriores referencias y explicaciones Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 302 s.

⁶⁰ Así, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 303, con referencias a otros autores.

⁶¹ Así, por muchos, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 303, quien defiende esa postura y cita otros autores en la misma línea, pero también algunos de otra opinión. Este mismo autor (*loc. cit.*) menciona que debe tratarse por lo tanto de un anunciante, en el sentido de la Ley General de Publicidad. Efectivamente, el art. 8 de esa Ley separa los anunciantes de las agencias de publicidad: “A los efectos de esta Ley:– Es anunciante la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad./– Son agencias de publicidad las personas naturales o jurídicas que se dediquen profesionalmente y de manera organizada a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta de un anunciante./Tendrán la consideración de medios de publicidad las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que, de manera habitual y organizada, se dediquen a la difusión de publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten”, separación que se manifiesta claramente también en otras partes de la Ley, como su art. 10.

⁶² Por muchos, Luzón Peña, Diego-Manuel, *El delito publicitario en el nuevo Código Penal de 1995*, en: Cartas Cedef 1 (1996), 4; Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 303, 305; Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: Revista del Ministerio Fiscal 4 (2017), 131.

⁶³ Al respecto, v. las referencias a las que remite Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 305.

Por fin, es común recordar que a menudo la actividad publicitaria se producirá utilizando medios o soportes de difusión mecánicos, con lo que ha de pensarse en la posible aplicación del régimen de privilegio (por restrictivo en materia de codelincuencia y encubrimiento o favorecimiento) del art. 30 CP,⁶⁴ régimen poco aplicado en la práctica y que considero con carácter general hoy en día injustificado.⁶⁵

5.5. EL CONTEXTO DE LAS “OFERTAS O PUBLICIDAD” DE PRODUCTOS O SERVICIOS

La conducta típica han de realizarla los fabricantes o comerciantes en “sus ofertas o publicidad de productos o servicios. Ello plantea que unas y otras pudieran ser algo diferente. Es más, parece que la referencia a las ofertas pretendería una ampliación a supuestos de falsedad que no encajarían claramente en la actividad publicitaria, en concreto a las manifestaciones falsas contenidas por ejemplo, en la propia etiqueta del producto o en folletos o prospectos que lo acompañan en el momento de su puesta a disposición inmediata en el mercado, o, al menos, no dejar duda al respecto. Sin embargo, es común afirmar que, en puridad, la mención de las ofertas resulta superflua, dado el amplio concepto de publicidad contenido en el art.2 de la Ley General de Publicidad: “Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.⁶⁶

En relación con la oferta se plantea también si encaja en el tipo la oferta individual a un consumidor concreto. Parece que, dado el carácter del tipo y el bien jurídico protegido, no sería posible, pero, si la oferta es sucesiva o simultánea a un buen número de consumidores concretos, podría considerarse típica como oferta colectiva.⁶⁷

5.6. PRODUCTOS O SERVICIOS

La publicidad u oferta en que se hacen alegaciones falsas o manifestaciones de características inciertas deben referirse a “productos o servicios”. Esta referencia es amplia y considerada por diversos autores demasiado vaga⁶⁸, siendo preferible la fórmula adoptada por el Proyecto de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de 1983 de CP, siguiendo modelos del

⁶⁴ Por muchos, Luzón Peña, Diego-Manuel, *El delito publicitario en el nuevo Código Penal de 1995*, en: *Cartas Cedef* 1 (1996), 4; Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 305 s., con ulteriores referencias.

⁶⁵ V. mi opinión en Díaz y García Conlledo, Miguel, *El complicado régimen privilegiado del art. 30 del Código Penal*, en: *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, 499 ss.

⁶⁶ Sobre todo lo anterior, por muchos, Luzón Peña, Diego-Manuel, *El delito publicitario en el nuevo Código Penal de 1995*, en: *Cartas Cedef* 1 (1996), 5; Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 296.

⁶⁷ Plantea esta posibilidad, aunque considera “discutible” la cuestión, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 296, con referencias al Derecho alemán y a otros autores.

⁶⁸ Encabezados por Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 296 s., donde se refiere a un trabajo suyo muy anterioren el que plantea el tema (también cita otros autores).

Derecho comparado⁶⁹, en los que se concretan las características de los productos o servicios a que deben referirse las alegaciones o manifestaciones. Así, en la Propuesta de 1983 se mencionaban “naturaleza, composición, virtudes, o cualidades sustanciales” del producto o servicio. Parece que debe adoptarse una interpretación restrictiva en este sentido (aunque puedan incluirse otras características a las mencionadas, que deben revestir la nota de relevantes).

El que las alegaciones o manifestaciones hayan de recaer sobre los productos o servicios deja en duda si encajan en el tipo alegaciones sobre los propios fabricantes o comerciantes (parece que no) o sobre el destino (por ejemplo, benéfico) de las ganancias o sobre productos o servicios inexistentes (los dos últimos casos podrían encajar, pues son cualidades o aspectos del propio producto).⁷⁰

No resulta especialmente problemático interpretar lo que sea producto, debiendo adoptarse un concepto amplio coincidente con una de las acepciones, de contenido económico, del verbo producir en el Diccionario de la Lengua Española: “Crear cosas o servicios con valor económico”. Igualmente, parece adecuada una interpretación amplia del término servicio.. La necesidad de mencionar los servicios es dudosa, si se sigue el concepto amplio de producto planteado, pero, en todo caso, despeja posibles dudas. Algo que se discutía en este contexto era si cabía en el tipo la publicidad falsa relativa a títulos valores, lo que seguramente debía recibir respuesta afirmativa, pero, en todo caso, quedó resuelto por la LO 5/2010 que introduce el correspondiente tipo en el art. 202 bis CP.⁷¹

5.7. CONDUCTA TÍPICA

La conducta típica consiste en realizar “alegaciones falsas” o manifestar “características inciertas”. Esto último se relacionaría, seguramente, con las ofertas, pero, en todo caso, permite despejar dudas sobre la amplitud de las alegaciones falsas, de modo que la doble mención permite una interpretación amplia de la conducta (escritos, imágenes, sonidos, etc.).⁷²

La falsedad de las alegaciones debe ser objetiva, es decir, implicar una contrariedad a la realidad⁷³ y, correspondientemente, las características inciertas también, es decir, acudiendo al Diccionario de la Lengua Española, debe atenderse a la primera acepción de incierto como “No cierto o no verdadero” y no a las otras (“Inconstante, no seguro, no fijo”, “Desconocido,

⁶⁹ V. Luzón Peña, Diego-Manuel, *El delito publicitario en el nuevo Código Penal de 1995*, en: *Cartas Cedef* 1 (1996), 5; Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 296 s.

⁷⁰ Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 297. V. también Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: *Revista del Ministerio Fiscal* 4 (2017), 132.

⁷¹ Sobre el concepto de producto y servicio y los problemas asociados a él, por todos, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 297 s.

⁷² Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 299.

⁷³ Así, por muchos y con ulteriores referencias, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 299; Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: *Revista del Ministerio Fiscal* 4 (2017), 132.

no sabido, ignorado”)⁷⁴, quedando así excluidas del ilícito penal las meras exageraciones publicitarias.⁷⁵

Existe consenso en que no es típica (dada la redacción del precepto y al margen de si debería serlo) la modalidad omisiva⁷⁶, que sí integrará un ilícito extrapenal cuando encaje en lo que la versión anterior a 1 de enero de 2010 del art. 4, segundo párrafo, de la Ley General de Publicidad contemplaba como una modalidad de publicidad engañosa: “Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios”, que considero sigue siendo hoy ilícita y cuyo concepto hay que deducir de la conexión del vigente art. 3 e) de la citada Ley: “Es ilícita ... e) La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal” y del art. 7 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en su versión vigente también desde el 1 de enero de 2010): “Omisiones engañosas./1. Se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto./2. Para la determinación del carácter engañoso de los actos a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al contexto fáctico en que se producen, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado./Cuando el medio de comunicación utilizado imponga limitaciones de espacio o de tiempo, para valorar la existencia de una omisión de información se tendrán en cuenta estas limitaciones y todas las medidas adoptadas por el empresario o profesional para transmitir la información necesaria por otros medios.”

No obstante, me parece acertada la observación de Luzón Peña⁷⁷ de que podría haber tipicidad cuando “en algún caso concreto la omisión de alguna circunstancia esencial, unida a la mención expresa de otras circunstancias, dé lugar a que en conjunto resulte una alegación falsa o manifestación de características inciertas”.

5.8. LA IDONEIDAD PARA CAUSAR PERJUICIO GRAVE Y MANIFIESTO A LOS CONSUMIDORES

Ya he señalado anteriormente que nos hallamos ante un delito de peligro hipotético, de aptitud o de idoneidad.

⁷⁴ Así, con ulteriores referencias, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 299 s.

⁷⁵ Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 300. Sobre otras prácticas que quedarían excluidas del ilícito penal en virtud de los elementos que ahora analizamos, v. Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: Revista del Ministerio Fiscal 4 (2017), 132.

⁷⁶ Por muchos, Luzón Peña, Diego-Manuel, *El delito publicitario en el nuevo Código Penal de 1995*, en: Cartas Cedef 1 (1996), 4 s.; Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 300, con ulteriores referencias; Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: Revista del Ministerio Fiscal 4 (2017), 132.

⁷⁷ Luzón Peña, Diego-Manuel, *El delito publicitario en el nuevo Código Penal de 1995*, en: Cartas Cedef 1 (1996), 4 s.

La exigencia de aptitud de la conducta típica para causar un perjuicio manifiesto y grave a los consumidores, aunque la fórmula ha sido tachada de imprecisa e indeterminada (por contener términos de tales características (especialmente perjuicio, grave y manifiesto) y, por ello, poco adecuada a la exigencia de certeza o determinación de los tipos penales derivada del principio de legalidad⁷⁸, debe reconocerse como la principal, aunque no la única, restricción de ilícito penal frente a otros ilícitos relacionados con la publicidad de productos y servicios.⁷⁹

Ya señalé más arriba que el perjuicio para cuya causación ha de ser idónea la conducta debe referirse *de lege lata* a intereses socioeconómico de los consumidores y no a su salud.⁸⁰

El perjuicio debe ser grave y manifiesto. La gravedad puede venir dada por aspectos cualitativos o cuantitativos⁸¹ y el carácter manifiesto (que algunos consideran superfluo por la exigencia ya de gravedad⁸², aunque podría entenderse que “denota la voluntad legal de efectuar una ulterior restricción a los casos en que el posible perjuicio sea patente o evidente para todos” que refuerza así la superior gravedad del ilícito penal frente a otros.

5.9. TIPO SUBJETIVO

Como el resto de los delitos de que tratamos y como ya se señaló anteriormente, el delito publicitario es doloso y el dolo deberá extenderse a todos los elementos del tipo objetivo, incluida la idoneidad o aptitud para causar perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin que exista obstáculo formal o material alguno para admitir la comisión con dolo eventual- El delito es doloso y cabe toda clase de dolo, incluido por tanto el eventual. El dolo debe abarcar también la idoneidad de la conducta para producir el perjuicio grave y manifiesto a los consumidores.⁸³ Lo anterior, que ofrece pocas dudas, se refuerza con el argumento histórico de que en el CP 1995 se rechazó la exigencia que aparecía en la Proyecto

⁷⁸ Así, Luzón Peña, Diego-Manuel, *El delito publicitario en el nuevo Código Penal de 1995*, en: *Cartas Cedef* 1 (1996), 5.

⁷⁹ Así, por ejemplo y entre otros muchos, el propio Luzón Peña, Diego-Manuel, *El delito publicitario en el nuevo Código Penal de 1995*, en: *Cartas Cedef* 1 (1996), 5; Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 300 s.; Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: *Revista del Ministerio Fiscal* 4 (2017), 132 s.

⁸⁰ Sin embargo, dada su posición sobre este tema, a la hora de concretar el perjuicio y su carácter de manifiesto y grave, alude también a la salud Luzón Peña, Diego-Manuel, *El delito publicitario en el nuevo Código Penal de 1995*, en: *Cartas Cedef* 1 (1996), 5 s.

⁸¹ Sobre posibles concreciones de la gravedad y carácter manifiesto del peligro, v., por ejemplo, Luzón Peña, Diego-Manuel, *El delito publicitario en el nuevo Código Penal de 1995*, en: *Cartas Cedef* 1 (1996), 6; Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: *Revista del Ministerio Fiscal* 4 (2017), 132 s., con interesante cita de sentencias.

⁸² Así, por ejemplo, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 301.

⁸³ Así, por todos, Luzón Peña, Diego-Manuel, *El delito publicitario en el nuevo Código Penal de 1995*, en: *Cartas Cedef* 1 (1996), 6; Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 303 s.; Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: *Revista del Ministerio Fiscal* 4 (2017), 133.

de CP de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto de CP de 1982 de que la conducta se realizara “intencionadamente”, es decir, con dolo directo.⁸⁴

5.10. *ITER CRIMINIS*

No es preciso un resultado lesivo y ni siquiera un resultado de peligro concreto para la consumación del delito. Al menos teóricamente, es posible la tentativa cuando el sujeto se disponga inmediatamente a realizar la conducta típica y, aunque el tipo podría estimarse consumado según su tenor literal con la realización de las alegaciones o manifestaciones idóneas para el perjuicio, seguramente cabe interpretar de modo restrictivo que el delito no se consuma y queda en fase de tentativa si, por ejemplo, aquellas no llegan a los consumidores o no llegan a ser captadas por estos,⁸⁵ aunque en estos casos (especialmente en el primero) va a ser prácticamente imposible que se dé la idoneidad para producir el perjuicio.

5.11. CONCURSOS

- La parte final del art. 282 CP contiene una referencia expresa al concurso de este delito con otros, lo cual es coherente con su carácter de delito que protege intereses difusos de los consumidores y se conforma con un peligro hipotético para la consumación. Por lo tanto, concurrirá con los correspondientes delitos contra el patrimonio (incluidos seguramente algunos contra la propiedad industrial) o la salud. Claramente se ha reconocido así para la estafa en doctrina y jurisprudencia mayoritaria, aunque con alguna excepción, que opta por el concurso de normas, entendiendo que el delito publicitario queda absorbido por el de estafa, lo cual es incorrecto.⁸⁶

5.12. RESPONSABILIDAD CIVIL

De manera muy interesante, Martínez-Buján Pérez⁸⁷ destaca una sentencia en que, pese a haber absolución por el delito de estafa y solo condena por el publicitario, que no requiere resultado lesivo ni de peligro concreto (y, por lo tanto, parece que no produce un daño civilmente indemnizable), estableció una responsabilidad civil. Se trata de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección Primera, de 28-06-2002⁸⁸, en el caso en que personas pertenecientes a una Universidad publicitan y abren matrícula en ella de una Licenciatura en Dirección y Gestión Turística Europea, anunciando que cuenta con la homologación en una prestigiosa institución universitaria extranjera, cuando el proceso de homologación aún estaba en fase preparatoria; en el caso no se apreció estafa por engaño insuficiente, pero sí delito publicitario con perjuicio por el pago de las matrículas de

⁸⁴ Por muchos, Luzón Peña, Diego-Manuel, *El delito publicitario en el nuevo Código Penal de 1995*, en: Cartas Cedef 1 (1996), 6; Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 304.

⁸⁵ Así, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 304.

⁸⁶ Por todos Luzón Peña, Diego-Manuel, *El delito publicitario en el nuevo Código Penal de 1995*, en: Cartas Cedef 1 (1996), 6 s.; Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 306 s., con cita de otros autores y jurisprudencia, muy mayoritariamente favorable a la tesis del concurso de delitos, pero citando también los discrepantes; Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: Revista del Ministerio Fiscal 4 (2017), 133 s.

⁸⁷ Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 307.

⁸⁸ CENDOJ 18087370012002100408.

estudiantes, que creyeron que la información era veraz, con la correspondiente declaración de responsabilidad civil.

6. EL DELITO DE FACTURACIÓN INDEBIDA DEL ART. 283 CP

6.1. INTRODUCCIÓN Y BIEN JURÍDICO

Hay consenso en que nos hallamos ante un claro delito contra los intereses de los consumidores, novedoso en el CP 1995 y con una peculiar estructura⁸⁹. Aunque no existe una jurisprudencia abundante sobre él, sí resultó conocido incluso en la opinión pública debido a la trascendencia en los medios de una trama relacionada con gasolineras que acabó en condena.⁹⁰

De manera general se admite que se defiende un bien jurídico supraindividual, difuso, como en el caso de los otros delitos que hemos analizado, de contenido socioeconómico. Concretándolo algo, se podría fijar en el interés de los consumidores a que el valor que se muestra en el mercado de determinados productos sea el verdadero y no se altere por manipulaciones de aparatos medidores o expendedores automáticos.⁹¹

La estructura del delito la he calificado de peculiar o podríamos decir algo complejo, en tanto que exige dos conductas conectadas, la manipulación o alteración de aparatos automáticos como medio para facturar cantidades indebidas por productos o servicios cuyo costo o precio se mida por esos aparatos, teniendo que realizarse la facturación “en perjuicio del consumidor” (expresión no demasiado clara, que intentaré interpretar enseguida).

6.2. OBJETO MATERIAL: PRODUCTOS O SERVICIOS CUYO COSTO O PRECIO SE MIDA POR APARATOS AUTÓMATICOS

No insistiré en el significado de producto o servicio, que ya ha aparecido anteriormente. Lo peculiar en el presente delito es que esos productos o servicios han de ser de aquellos cuyo costo o precio se mida por aparatos automáticos.

Aparato automático, siguiendo la definición de cada uno de los términos del Diccionario de la Lengua Española, sería el “Conjunto organizado de piezas que cumple una función determinada” y “Que funciona en todo o en parte por sí solo”. En este caso, han de servir para medir costo o precio de productos o servicios. De manera que pueden incluirse, por ejemplo, contadores de volumen o energías, máquinas pesadoras, taxímetros, contadores telefónicos, máquinas expendedoras de bebidas u otros productos, etc. Se excluyen, claro, supuestos e medición manual.⁹²

El costo o precio (la segunda expresión sería suficiente) no requiere especiales explicaciones.

⁸⁹ Por todos, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 308; Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: *Revista del Ministerio Fiscal* 4 (2017), 138.

⁹⁰ V. Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2, de 28-04-2005 (CENDOJ 28079220022005100016).

⁹¹ V., en sentido similar y con ulteriores referencias doctrinales y jurisprudenciales, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 309.

⁹² Sobre todo ello, por muchos y con ulteriores referencias, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 310; Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: *Revista del Ministerio Fiscal* 4 (2017), 138.

6.3. (DOBLE) CONDUCTA TÍPICA

La conducta típica requiere primero la alteración o manipulación (no parece tampoco precisa la mención de ambas en el texto legal, pues vienen a significar lo mismo) del aparato y después la facturación de cantidades superiores, ambos momentos conectados entre sí, el primero como medio para el segundo.

Es curioso que el precepto se refiere a facturar cantidades superiores, pero no explica términos de la comparación, es decir, no indica superiores a qué, lo que denota una mala redacción, aunque es obvio que será a las que corresponden si no hubiera existido alteración o manipulación, a las debidas.⁹³

En cuanto a facturar, aunque resulte extraño que se haya elegido ese verbo (en vez de uno más genérico, como señala especialmente Martínez-Buján Pérez, no hay más remedio que entender que exige que se emita al menos una factura, si bien no hará falta que se entregue físicamente en un documento (basta su comunicación oral) ni que el pago del producto o servicio sea anterior a ella (máquinas expendedoras).⁹⁴

Entre la manipulación y la facturación de la cantidad superior debe haber un nexo causal y valorativo, por lo que no se dará el tipo si la segunda no se debe a la primera, sino a otra circunstancia, como la introducción incorrecta (intencional o no) de los datos por el personal o por funcionamiento incorrecto del aparato no debido a manipulación.⁹⁵

6.4. EN PERJUICIO DEL CONSUMIDOR

La conducta ha de realizarse “en perjuicio del consumidor”. El alcance de esta expresión es discutible y podría ir desde una interpretación puramente subjetiva hasta la exigencia de efectivo perjuicio. La jurisprudencia suele exigir un peligro concreto de perjuicio,⁹⁶ sin llegar a la exigencia de perjuicio. Personalmente me parece más adecuada otra posición intermedia que se conforma con la aptitud o idoneidad de la conducta para producir el perjuicio (cosa que sucederá casi siempre, dada la exigencia de facturación). Estaríamos de nuevo ante un delito de peligro hipotético o de idoneidad o aptitud.⁹⁷ Como estamos ante un bien jurídico colectivo y difuso, no es óbice para apreciar el precepto que la manipulación solo conduzca a una facturación muy poco mayor a la debida que apenas afectaría a un patrimonio individual concreto, si esa facturación se destina a un número extenso o indeterminado de consumidores.⁹⁸

⁹³ Así también, con mayores precisiones y con referencia a otros autores, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 312, 313 s.

⁹⁴ Así, con ulteriores referencias, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 312 s.

⁹⁵ Con ulteriores referencias, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 314.

⁹⁶ V. las referencias jurisprudenciales que ofrece Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 315.

⁹⁷ Así también, con referencia a otros autores, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 315. También Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: *Revista del Ministerio Fiscal* 4 (2017), 138, sostiene esta posición, siguiendo precisamente otro trabajo de Martínez-Buján Pérez (aunque antes señala que se trata de un delito de peligro concreto).

⁹⁸ Así, con ulteriores referencias, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 315 s.

6.5. TIPO SUBJETIVO

No se castiga ninguna forma de comisión imprudente, de modo que el delito exige dolo. Aunque la letra del precepto no excluye ninguna clase de dolo, el mecanismo del delito con conexión entre la manipulación del aparato y la facturación en peligro de los consumidores, todo ello necesariamente abarcado por el dolo, hace muy difícil, si no imposible, imaginar supuestos dedolo eventual, por lo que parece que, en definitiva, el dolo ha de ser directo.⁹⁹

6.6. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Se trata de un delito común, que no plantea por lo tanto los problemas propios de los delitos especiales y cualquiera puede ser su autor.

Si dos personas en el marco de un plan común realizan cada uno una parte de la conducta, es decir, uno manipula y otro factura, entiendo que existe coautoría del delito, pues, aunque la primera conducta es un medio para la segunda y, por tanto, en cierto modo instrumental para esta, ambas parecen centrales o nucleares en el tipo que nos ocupa. No es posible incidir aquí en otros problemas de codelincuencia o de responsabilidad penal de las personas jurídicas.¹⁰⁰

6.7. *ITER CRIMINIS*

Con la facturación queda consumado el delito, sin que sea necesario que se produzca un perjuicio patrimonial concreto, como hemos señalado y, en mi opinión, tampoco siquiera un resultado de peligro concreto (basta la idoneidad de la conducta para producir el perjuicio).

La tentativa es posible y especialmente fácil de imaginar al existir dos actos en el delito. De modo que la manipulación de los aparatos destinada a la facturación indebida ya constituiría tentativa (y, claro, la disposición inmediata a ella también).¹⁰¹ Aunque, como certeramente apunta Muñoz Cuesta,¹⁰² la manipulación debe ser idónea para conducir a una facturación a su vez apta para producir un perjuicio al consumidor. De lo contrario, creo que estaríamos ante una tentativa inidónea, cuyo carácter punible o no excede con mucho (porque es una discusión ya general sobre un problema complicado) de lo pretendido en la presente exposición.

6.8. CONCURSOS

Algunos autores admiten el delito continuado (varios aparatos manipulados en ejecución de un plan único, etc.). No es posible el delito masa, por la propia naturaleza del

⁹⁹ Así también Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 314; Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: Revista del Ministerio Fiscal 4 (2017), 138.

¹⁰⁰ Los apunta, con ulteriores referencias, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 317.

¹⁰¹ V. más detalles y referencias en Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 316; Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: Revista del Ministerio Fiscal 4 (2017), 138 s., sigue esta línea, con cita de otros autores y alguna sentencia, pero advirtiendo que resulta difícil imaginar que con la manipulación y la facturación no se produzca ya un desplazamiento patrimonial y un perjuicio efectivo para un concreto consumidor, lo que conduciría al ámbito de la estafa.

¹⁰² Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: Revista del Ministerio Fiscal 4 (2017), 139.

delito, a la que repetidamente nos hemos referido (no es un delito contra el patrimonio individual).¹⁰³

Aunque en este delito no se contiene una regla concursal expresa como en el delito publicitario, entiendo que cabe concurso de delitos con la estafa, pues las cosas se plantean de manera muy similar a lo que sucede entre esta y el delito publicitario, pese a que en el presente delito la división doctrinal es mayor.¹⁰⁴

También cabe concurso de delitos con diversos delitos contra la salud pública e incluso, si se dan sus elementos, con el delito publicitario del art. 282 CP, que ya conocemos.¹⁰⁵



¹⁰³ En ambos sentidos y con ulteriores referencias, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 317.

¹⁰⁴ La mayoría de la doctrina está a favor de un concurso real (en su caso, real medial) de delitos: v. amplias referencias en Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 317 s., con cita también de jurisprudencia en el mismo sentido (incluida la sentencia del caso mediático más arriba mencionado). Por el contrario, Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: *Revista del Ministerio Fiscal* 4 (2017), 139, quien aboga por el concurso de leyes o normas, si bien, en su resolución, distingue el supuesto en que la estafa se haya quedado en fase de tentativa del aquel en que se haya consumado.

¹⁰⁵ V. Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 318 s., con otras referencias doctrinales.

BIBLIOGRAFÍA

- Castronuovo, Donato, *Política criminal, generaciones futuras y principio de precaución*, en: CorcoyBidasolo, Mirentxu/Gómez Martín, Víctor (dirs.)/Valiente Ivañez, Vicente (coord.), *Fraude a consumidores y Derecho penal. Fundamentos y talleres de leading cases*, Edisofer/B de F, Madrid/Buenos Aires/Montevideo, 2016, 77-107.
- CorcoyBidasolo, Mirentxu, *Delitos alimentarios y protección penal de la salud pública*, en: Revista de Bioética y Derecho. Perspectivas Bioética 42 (2018), 5-22.
- CorcoyBidasolo, Mirentxu/Gómez Martín, Víctor (dirs.)/Valiente Ivañez, Vicente (coord.), *Fraude a consumidores y Derecho penal. Fundamentos y talleres de leading cases*, Edisofer/B de F, Madrid/Buenos Aires/Montevideo, 2016.
- Díaz y García Conlledo, Miguel, *El complicado régimen privilegiado del art. 30 del Código Penal*, en: *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, 499-522.
- Díaz y García Conlledo, Miguel, *¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas tesis*, en: Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales 5 (2016), 31-43 (es traducción de: Díaz y García Conlledo, Miguel, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen? Einige Thesen*, en: Goldammer's Archiv für Strafrecht 5/2016, 238-248).
- Díaz y García Conlledo, Miguel, *Imputación subjetiva y problemas de error en el Derecho penal económico y empresarial*, en: CorcoyBidasolo, Mirentxu/Gómez Martín, Víctor (dirs.)/Valiente Ivañez, Vicente (coord.), *Fraude a consumidores y Derecho penal. Fundamentos y talleres de leading cases*, Edisofer/B de F, Madrid/Buenos Aires/Montevideo, 2016, 199-233.
- Escobar Vélez, Susana, *El traslado del principio de precaución al Derecho penal en España*, en: Nuevo Foro Penal 75 (2010), 15-40.
- Escobar Vélez, Susana, *La responsabilidad penal por productos defectuosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- Galán Muñoz, Alfonso, *Tema IV. Delitos contra el mercado y los consumidores*, en: Galán Muñoz, Alfonso/Núñez Castaño, Elena, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 2017, 133-181.
- Gómez Rivero, María del Carmen, *Hacia una nueva interpretación del delito publicitario*, en: La Ley 1997-4, 1231-1236.
- LibanoBeristain, Arantza, *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, J. M. Bosch, Barcelona, 2011.
- Luzón Peña, Diego-Manuel, *El delito publicitario en el nuevo Código Penal de 1995*, en: Cartas Cedef 1 (1996), 3-7.
- Luzón Peña, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Muñoz Cuesta, Javier, *Protección penal del consumidor*, en: Revista del Ministerio Fiscal 4 (2017), 124-142.

Palma Herrera, José Manuel, *Los consumidores y usuarios como sujetos de la tutela penal*, en: Cubillo López, Ignacio José (coord.), *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral*, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, 23-73.

Portero Henares, Manuel, *La protección penal de los intereses económicos de los consumidores*, Iustel, Madrid, 2013.

Puente Aba, Luz María (dir.)/Souto García, Eva María, *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales*, Comares, Granada, 2016.

Rodríguez Montañés, Teresa, *Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados*, en: Revista de Derecho Penal y Criminología 1 (extra) (2000), 171-198.

Suárez López, José María, *La proyección penal de los principios limitadores del ius puniendi en un Estado social y democrático de Derecho en la protección penal del consumidor*, en: Morillas Cueva, Lorenzo (dir.)/Suárez López, José María (coord.), *Derecho y consumo. Aspectos, penales, civiles y administrativos*, Dykinson, Madrid, 2013, 79-99.

Torío López, Ángel, *Reflexión sobre la protección penal de los consumidores*, en: Varios autores, *Estudios sobre el Derecho de consumo*, 2ª ed., Fundación Iberdrola, Bilbao, 1994, 140-169.



Centro de
Estudios
Jurídicos