

LA INTERVENCIÓN PENAL EN LA PROTECCIÓN
DE LOS INTERESES ECONÓMICOS
DE LOS CONSUMIDORES

AUTORES

Mercedes ALONSO ÁLAMO
M.^a Ángeles CUADRADO RUIZ
Fátima FLORES MENDOZA
Alfonso GALÁN MUÑOZ
Judit GARCÍA SANZ
José Ulises HERNÁNDEZ PLASENCIA
Andreas HOYER
Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ

Lourdes V. MELERO BOSCH
Irene NAVARRO FRÍAS
Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO
Manuel PORTERO HENARES
Luz María PUENTE ABA
Miguel RUIZ MUÑOZ
Fernando Guanarteme SÁNCHEZ LÁZARO
José Manuel SERRANO CAÑAS

JOSÉ ULISES HERNÁNDEZ PLASENCIA
(Coord.)

LA INTERVENCIÓN PENAL
EN LA PROTECCIÓN
DE LOS INTERESES
ECONÓMICOS
DE LOS CONSUMIDORES

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2020

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© José Ulises Hernández Plasencia (coord.)

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-9123-799-0

Depósito legal: M. 14.910-2020

Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: ELECE, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.

Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)

MADRID, 2020



ÍNDICE

	Pág.
NOTA PRELIMINAR	15
I. FUNDAMENTOS DE LA INTERVENCIÓN PENAL	
SOBRE LA CENSURA A LA INTERVENCIÓN PENAL Y LOS PROCEDIMIENTOS EFICACES EN LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES ECONÓMICOS DE LOS CONSUMIDORES, por José Ulises HERNÁNDEZ PLASENCIA.....	
1. Introducción	19
2. El supuesto descarrío de la función del Derecho penal	21
3. El obstáculo de los principios limitadores de la intervención penal.....	25
4. La insuficiente delimitación del bien jurídico a proteger	31
5. El inconveniente de los delitos de peligro abstracto	35
6. Recapitulación	40
7. Puntos de partida de la protección penal de los intereses económicos de los consumidores.....	40
8. Algunas evidencias prácticas de la ineficacia de los procedimientos administrativos sancionadores.....	45
9. Qué puede aportar el Derecho penal.....	49
10. Consideraciones finales	52
LOS CONSUMIDORES COMO PORTADORES DE BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS, por Mercedes ALONSO ÁLAMO.....	
1. Introducción	55
2. Protección penal y/o administrativa de los intereses de los consumidores	56
3. Protección penal de los intereses colectivos de los consumidores: perspectiva <i>de lege lata</i>	59
3.1. Protección penal de los intereses económicos de los consumidores	60
3.1.1. Delito de publicidad falsa	60
3.1.2. Delito de detracción del mercado de materias primas o productos de primera necesidad	64
3.1.3. Delito de facturación ilícita	65

	Pág.
3.1.4. Fraude de inversores	65
3.2. Protección penal de la salud pública del colectivo de los consumidores (o de cómo un bien colectivo general deviene difuso).....	67
3.2.1. Sustancias nocivas para la salud o productos químicos que pueden causar estragos	68
3.2.2. Delitos farmacológicos. Medicamentos y productos sanitarios...	68
3.2.3. Delitos alimentarios. Bebidas, comestibles y géneros corrompidos	69
4. Protección penal de los intereses colectivos de los consumidores: perspectiva <i>de lege ferenda</i>	72
4.1. Intereses colectivos de los consumidores	73
4.2. Técnicas de incriminación.....	78
5. Recapitulación.....	79
LEGITIMIDAD DE LOS GENUINOS DELITOS SOCIOECONÓMICOS DE CONSUMIDORES Y TÉCNICAS DE TIPIFICACIÓN PENAL, por Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ.....	81
1. La constatación de la existencia de genuinos delitos socioeconómicos de consumidores en el CP español y en la Propuesta de Eurodelitos	81
2. La pertenencia de estos delitos al denominado «moderno» Derecho penal y las peculiaridades que presentan. Las críticas desde la perspectiva del «discurso de resistencia» a la modernización	84
3. Valoración de las críticas	88
3.1. Aspectos que (con matices) se comparten.....	88
3.1.1. La constatación del fenómeno de la expansión y la crítica del Derecho penal simbólico.....	88
3.1.2. Las causas de la expansión	90
3.2. Aspectos que no se comparten: la deslegitimación global de los delitos económicos y, en particular, la de los delitos relativos a los consumidores.....	91
3.2.1. La inadecuada proyección del diagnóstico y de las causas de la expansión	92
3.2.2. La inadecuada comprensión del bien jurídico en los delitos socioeconómicos de consumidores: matizaciones a la teoría personalista del bien jurídico referida a estos delitos	93
4. Los delitos socioeconómicos de consumidores como portadores de un bien jurídico supraindividual (o colectivo) individualizable difuso (o sectorial)	96
5. Legitimidad de los delitos socioeconómicos de consumidores. Especial referencia a la tesis de Tiedemann sobre los bienes jurídicos intermedios.....	100
6. Técnicas de tipificación penal. Especial referencia a los tipos de peligro de «aptitud para la producción de un daño»	108
7. Bibliografía	120

	Pág.
CRITERIOS POLÍTICO-CRIMINALES ORIENTADORES DE LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS INTERESES ECONÓMICOS DE LOS CONSUMIDORES, por M. ^a Ángeles CUADRADO RUIZ	125
1. Introducción	125
2. Política europea en la protección de los consumidores	126
2.1. La protección de los intereses económicos de los consumidores	127
2.1.1. Los servicios de la sociedad de la información, el comercio electrónico y los pagos electrónicos y transfronterizos	127
2.1.2. La televisión sin fronteras	127
2.1.3. Los contratos de venta a distancia y los contratos negociados fuera de establecimientos mercantiles, la venta de bienes y garantías, y las cláusulas abusivas en los contratos	128
2.1.4. Las prácticas comerciales desleales, la publicidad engañosa y la publicidad comparativa	128
2.1.5. La responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y la indicación de precios	128
2.1.6. El crédito al consumo	129
2.1.7. Los viajes combinados y los inmuebles en régimen de tiempo compartido	129
2.1.8. El transporte aéreo	129
2.1.9. Los mercados de la energía	130
2.2. La protección de los intereses jurídicos de los consumidores	130
2.2.1. Procedimientos de resolución alternativa de litigios y resolución de litigios en línea	130
2.2.2. La Red Judicial Europea en materia civil y mercantil y la obligación de cooperación de las autoridades nacionales	131
3. ¿Políticas de consumo en España?	131
4. Protección administrativa	132
5. ¿Protege el Derecho penal los intereses económicos de los consumidores?	133
6. La Política criminal y los criterios orientadores en la protección de los intereses económicos de los consumidores	136
6.1. La Política criminal	136
6.2. Redefinir los criterios de racionalidad penal en la protección de los intereses económicos de los consumidores	137
6.2.1. Principio de justicia e indicadores de proporcionalidad	139
6.2.2. Principio de utilidad y los indicadores de efectividad	139
7. Papel del Parlamento Europeo	141
8. Protección penal efectiva	142
9. Conclusiones	145
10. Bibliografía	146

II. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES ANTE LOS FRAUDES

CONCEPTO DE CONSUMIDOR Y POSIBLES DESEQUILIBRIOS EN SU PROTECCIÓN JURÍDICA, por Miguel RUIZ MUÑOZ	151
1. Introducción: consumidor civil y consumidor penal. Una cierta desarmonía conceptual	151

	Pág.
2. La persona jurídica como consumidor: ¿profesionalidad y ánimo de lucro?....	154
3. Actos fuera de mercado: elemento clave en la conceptualización jurídica del consumidor.....	155
4. Caso problemático I: operaciones con finalidad de ahorro o de inversión doméstica.....	158
5. Caso problemático II: los contratos con doble finalidad.....	160
6. Ampliación del concepto o extensión de los efectos jurídicos: los microempresarios, los minoristas y el empresario individual.....	164
LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN EL DERECHO PRIVADO: BALANCE DE LO CONSEGUIDO Y NUEVOS DESAFÍOS, por José Manuel SERRANO CAÑAS.....	167
1. Introducción.....	167
2. Balance de situación: luces y sombras.....	168
2.1. Luces.....	169
2.2. La protección del consumidor en el contrato.....	171
2.2.1. Fase precontractual.....	172
2.2.2. Fase contractual.....	175
2.2.3. Fase postcontractual.....	178
2.3. Sombras.....	179
2.3.1. La devenida complejidad del Derecho de consumidores y usuarios.....	179
2.3.2. La falta de construcción de un verdadero Código de consumidores.....	180
2.3.3. Las lagunas de la tutela colectiva de los intereses de los consumidores a través de las acciones colectivas.....	180
3. Desafíos.....	181
3.1. Extensión del principio de la integración publicitaria del contrato más allá de las estrictas relaciones de consumo.....	181
3.2. Conexiones normativas entre el Derecho de contratos y el Derecho de la competencia desleal.....	183
3.3. Los nuevos modelos de negocio, la economía colaborativa y la protección de los consumidores.....	184
4. Conclusiones.....	191
5. Bibliografía.....	192
LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LA UNIÓN EUROPEA, EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS DE FUTURO, por Manuel PORTERO HENARES.....	195
1. Globalización y protección del consumidor.....	195
2. El embrión de la conciencia jurídica occidental sobre la protección del consumidor.....	198
3. La consolidación del «consumerismo» en el Tratado de Maastricht.....	200
4. La frustración de la Constitución Europea y de la Carta de Derechos Fundamentales.....	203
5. Ecléctico en la protección del consumidor en el siglo XXI.....	207
6. La Comisión «Juncker» y el «Nuevo marco para los consumidores».....	211
7. La optimización de los recursos sancionadores en materia de consumo y los retos futuros en la Unión Europea.....	213
8. Bibliografía.....	215

	Pág.
DE LA BUENA FE (COMO DEBER <i>DE MÍNIMOS</i>) AL DEBER DE LEALTAD (COMO DEBER <i>DE MÁXIMOS</i>): LA POSICIÓN DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INVERSIÓN TRAS MiFID II, por Irene NAVARRO FRÍAS	219
1. Introducción	219
2. La protección a través de la información: la concreción de la buena fe en la imposición al prestador de servicios de inversión de especiales obligaciones de informar	220
3. Del <i>paradigma de la información</i> al <i>paradigma conductual</i>	222
4. La especial posición del prestador de servicios de inversión: el deber de lealtad como <i>deber de máximos</i>	224
4.1. Prestadores de servicios de inversión y deber de lealtad.....	224
4.2. La última reforma de la Ley del Mercado de Valores: de «cuidar los intereses del cliente como si fueran propios» a «actuar en el mejor interés del cliente».....	226
4.3. ¿Todos los prestadores de servicios de inversión son fiduciarios?.....	231
5. Algunas consecuencias derivadas del cambio de paradigma.....	235
UNA SEGUNDA OPORTUNIDAD PARA EL CONSUMIDOR INSOLVENTE. La aplicación judicial del beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho, por Lourdes V. MELERO BOSCH	243
1. Planteamiento.....	243
2. El consumidor de buena fe como deudor merecedor del beneficio	244
2.1. Consideraciones generales.....	244
2.2. Requisitos comunes que han de concurrir en el deudor. En particular, el intento de un acuerdo extrajudicial de pagos.....	246
2.3. Primera modalidad: núm. 4 del apartado 3 del art. 178 bis LC	249
2.4. Segunda modalidad: la opción del plan de pagos (núm. 5 del apdo. 3 del art. 178 bis LC).....	251
2.5. Tercera (y última) posibilidad de concesión del beneficio.....	254
3. La revocación del beneficio si el deudor deja de ser merecedor del mismo	256
4. Cuestiones procesales.....	257
4.1. Momento procesal en el que presentar la solicitud	257
4.2. Oposición a la solicitud	258
4.3. Presentación del plan de pagos	259
5. Conclusiones.....	259
PROBLEMAS (REALES Y FICTICIOS) Y NECESIDAD DE PROTECCIÓN PENAL DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA: EL CASO DE LA FIJACIÓN DE PRECIOS, por Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO.....	263
1. La competencia como bien jurídico penal y la fijación de precios.....	263
2. La persecución de la fijación de precios en Estados Unidos: la Sherman Act y su progenie.....	266
3. El argumento preventivo: ¿es necesario imponer penas de prisión a las personas físicas que intervienen en las conductas de fijación de precios?	268
4. La situación en España: la fijación de precios como ilícito penal sancionado administrativamente	270
4.1. La preeminencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.....	270

	Pág.
4.2. Régimen de la persecución penal de la fijación de precios en España	272
4.2.1. Alteración de precios en concursos y subastas públicas	274
4.2.2. Detracción de materias primas y productos de primera necesidad	278
4.2.3. Alteración o manipulación de precios.....	279
5. Bibliografía	283
 EL DELITO DE FRAUDE DE INVERSORES, por Judit GARCÍA SANZ	 287
1. Introducción	287
2. El delito de fraude de inversores	294
3. Conclusiones y propuestas de <i>lege ferenda</i>	310
 III. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS CONSUMIDORES 	
FRAUDES A LOS CONSUMIDORES Y DERECHO PENAL: ¿PROBLEMAS Y SOLUCIONES?, por Alfonso GALÁN MUÑOZ	315
1. Consumidores, riesgos y Derecho penal	315
2. Grandes fraudes y grandes defraudadores. Una primera aproximación al problema.....	316
3. Principales instrumentos penales frente a los grandes fraudes a los consumidores	318
4. Fraudes sin engaño dirigido a consumidores e instrumentos penales de protección de valores sistémicos	323
5. Unión Europea y la nueva regulación penal de las manipulaciones de precios. ¿Un nuevo y adecuado instrumento protector de los consumidores ante grandes fraudes?	326
6. Los problemas de las soluciones penales para la protección de los consumidores	330
 LOS GENUINOS DELITOS SOCIOECONÓMICOS CONTRA LOS CONSUMIDORES: BALANCE DE LAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS SURGIDAS EN SU APLICACIÓN JUDICIAL, por Luz María PUENTE ABA	 333
1. Introducción	333
2. El delito de publicidad falsa (art. 282 CP)	334
2.1. El concepto de ofertas o publicidad, y el sujeto que las realiza	335
2.2. La falsedad publicitaria	337
2.3. El elemento de aptitud: la posibilidad de causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores.....	344
2.4. La situación concursal entre el delito publicitario y el delito de estafa...	349
3. El delito de falsedad en la inversión en los mercados de valores (art. 282 bis CP)	355
4. El delito de facturación ilícita (art. 283 CP)	360
4.1. La configuración típica del delito de facturación ilícita	360
4.2. La situación concursal entre el delito de facturación ilícita y el delito de estafa.....	364
5. Bibliografía	365

	Pág.
ALCANCE Y LÍMITES DE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR A TRAVÉS DEL TIPO DE ESTAFA, por Andreas HOYER.....	367
1. Estado tradicional de la cuestión, hacia una interpretación victimodogmática del tipo de estafa	367
2. Influencia de la directiva sobre prácticas comerciales desleales en la interpretación del tipo de estafa	368
2.1. Finalidad y ámbito de validez de esta directiva	368
2.2. La comprensión del BGH sobre la restricción conforme a la directiva del tipo de estafa	369
3. Interpretación del contenido de la Directiva-PCD.....	370
3.1. Engaño expreso y concluyente.....	370
3.2. Relevancia del error para la disposición patrimonial afectada.....	371
3.3. El concepto de consumidor medio	371
4. Resumen	372
APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS INTERMEDIARIOS DE INTERNET EN LA COMISIÓN DELITOS DE CONTENIDO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL DELITO DE PUBLICIDAD FALSA DEL ART. 282 CP, por Fátima FLORES MENDOZA.....	375
1. Delimitación de los delitos de contenido	376
2. Alcance del régimen especial de responsabilidad penal del art. 30 CP	379
3. Responsabilidad penal de los intermediarios de Internet.....	386
DETERMINACIÓN, PROPORCIONALIDAD Y PENA: SOBRE EL EJEMPLO DEL DELITO DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA (ART. 282 CP), por Fernando Guanarteme SÁNCHEZ LÁZARO.....	395

NOTA PRELIMINAR

La presente obra colectiva recoge diversos trabajos de investigación que conectan con el desarrollo del Proyecto de Investigación DER2016-76367-P, sobre *Protección de los intereses económicos de los consumidores: ¿hacia un Derecho penal del consumo?*, financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, de los cuales, los elaborados por quien suscribe (*Sobre la censura a la intervención penal y los procedimientos eficaces en la protección de los intereses económicos de los consumidores*), y los de los/as profesores/as Dña. Irene Navarro Frías [*De la buena fe (como deber de mínimos) al deber de lealtad (como deber de máximos): la posición de los prestadores de servicios de inversión tras MiFID II*], Dña. Judit García Sanz (*El delito de fraude de inversores*), D. Andreas Hoyer (*Alcance y límites de la protección del consumidor a través del tipo de estafa*), Dña. Fátima Flores Mendoza (*Aproximación a la responsabilidad penal de los intermediarios de Internet en la comisión de delitos de contenido. Especial consideración de la publicidad falsa del art. 282 CP*) y D. Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro (*Determinación, proporcionalidad y pena: sobre el ejemplo del delito de publicidad engañosa, art. 282 CP*) se corresponden con algunos de los resultados de investigación del citado Proyecto. Los restantes trabajos conciernen a destacados juristas, especialistas en la materia que participaron en las distintas jornadas organizadas y celebradas durante la ejecución del proyecto de investigación, y cuyas aportaciones enriquecieron los puntos de vista de su equipo investigador, por lo que doble y profundamente les estamos muy agradecidos.

Que siga siendo discutida la intervención del Derecho penal en la protección de los intereses colectivos, también los económicos pertenecientes a los consumidores, no es novedad alguna. La pluralidad de normas protectoras de los consumidores existente, la creación de otras nuevas y la constante modificación de las mismas, al fin y al cabo, la ágil acción y reacción normativas parecen albergar generalizadamente la idea de que, en el caso de los consumidores, sus intereses económicos están preservados del modo adecuado hasta el punto de poderseles considerar sobreprotegidos, por lo que se mostraría dudoso un ulterior y más tenaz blindaje jurídico de sus derechos. Sin embargo, en las últimas décadas ha podido comprobarse cómo la transformación del mercado en uno globalizado con sus nuevas técnicas comerciales desemboca precisamente en una agitación continua de los medios y mecanismos, los institucionalizados y los particulares, predispuestos para combatir la indefensión en la que están sumidos los consumidores. En tal escenario, barajar la opción político-criminal de mantener como delictivas unas conductas y criminalizar nuevas no debería descartarse por el simple y equívoco

ideal de que un buen Derecho penal es el que procura más libertad que seguridad, ni porque las categorías dogmáticas con las que este opera encuentren dificultades que no están ausentes en otros ámbitos. La respuesta a la demanda de protección jurídica frente a los fraudes económicos no debería ofrecerse exclusivamente en clave económica, pues en ella tienen ventaja precisamente los infractores porque se manejan profesionalmente.

El contenido de los trabajos pretende transitar por la mayoría de los problemas que plantea la actividad comercial beligerante con la indemnidad de los intereses económicos de los consumidores, desde el análisis general y particular que a tal fin brinda a estos el Derecho privado, teniendo en cuenta el escenario de la libre competencia en el que se supone se generan las conductas abusivas, hasta evaluar la idoneidad y prestancia del Derecho penal como un instrumento jurídico protector eficaz, proyectándose sobre el Derecho positivo y sometiendo a prueba cómo podrían ser sus consecuencias.

En San Cristóbal de La Laguna, octubre de 2019

José Ulises HERNÁNDEZ PLASENCIA

I. FUNDAMENTOS DE LA INTERVENCIÓN PENAL

SOBRE LA CENSURA A LA INTERVENCIÓN PENAL Y LOS PROCEDIMIENTOS EFICACES EN LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES ECONÓMICOS DE LOS CONSUMIDORES

José Ulises HERNÁNDEZ PLASENCIA

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de La Laguna

1. INTRODUCCIÓN

El CP español regula, entre los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (Título XIII, Libro II), los relativos al mercado y a los consumidores (Sección 3.^a del Capítulo XI). Por vez primera, el CP de 1995 español creaba de forma expresa unos delitos *relativos* a los consumidores¹. Cabe primeramente observar que los mismos no se intitulan como delitos *contra* los consumidores (o sus derechos o intereses concretos que fueran), sino concernientes a ellos, al contrario de lo que, por ejemplo, sucede con los delitos *contra* los derechos de los trabajadores (arts. 311 y ss.) o *contra* los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis). Ello podría ser indicativo del punto de partida del legislador, que parece no pretender proporcionar una tutela penal autónoma al colectivo de los consumidores, ni tampoco decantarse por atribuirles en exclusiva la pertenencia de los intereses de naturaleza socioeconómica en conflicto y que se escenifican en el mercado. Y a la vez, nada se especifica en dicha regulación respecto del objeto de protección (intereses económicos u otros), aunque por su ubicación sistemática cabe deducir la naturaleza económica del mismo. Asimismo, no se puntualiza cuáles de los delitos que se tipifican en dicha sección son los (relativos) que protegerían a los consumidores y cuáles al mercado porque, quizá, partiría el legislador de que todas las figuras delictivas protegen a ambos, si bien cabría constatar que los diferentes tipos penales salvaguardan también diversos bienes jurídicos con distintos sujetos pasivos².

¹ No obstante, como es sabido, no son los únicos delitos referidos a los consumidores; también se encuentran en el CP, esencialmente, los delitos contra la salud pública regulados en el Capítulo III del Título XVII e incluidos en los delitos contra la seguridad colectiva.

² Sobre la crítica general a la rúbrica del Título XIII del Libro II del CP, *vid.* F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 22.^a ed., Tirant lo Blanch, 2019, pp. 443 y s.; C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *De-*

Que la protección penal de los intereses de los consumidores no resulte sorprendente puede fácilmente explicarse, aunque seguramente no lo predetermine, desde el momento en que nuestra Constitución española, en su art. 51.1, establece que 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. Sin embargo, ante una protección jurídico-penal de dichos intereses, que pudiera establecerse con una mayor o menor intensidad y que vendría a suponer una más amplia intervención punitiva en el área de la criminalidad socioeconómica, en la literatura científica puede advertirse³, en primer lugar, cierto reparo a ello con base en la incompatibilidad de tal injerencia con la que debiera ser función del sistema penal; pero también, en segundo lugar, se ha aducido que tal eventualidad intervencionista se mostraría contradictoria con los principios limitadores del *ius puniendi*. E incluso llega a estimarse improcedente la utilización de determinados instrumentos técnico-jurídicos y dogmáticos de la Ciencia del Derecho penal para realizar tal tarea y alcanzar con ellos su finalidad⁴.

Frente a ello, no obstante, se pone de relieve que el control de la actividad económica con incidencia en los derechos económicos de los consumidores requiere de una adecuada protección penal, que vendría justificada por la indudable existencia de auténticos e importantes bienes jurídicos colectivos a proteger⁵ en contraste con la insuficiencia de la protección jurídica extrapenal⁶, aducándose que la intervención penal constituiría una expresión del mandato constitucional⁷, por la naturaleza precisamente difusa de bien jurídico a proteger y por el desequilibrio que provocan en el mercado ciertas prácticas empresariales⁸ que, frecuentemente, derivan en situaciones de riesgo y lesiones patrimoniales⁹. Y también porque los otros mecanismos de protección jurídica ya existentes resultarían insuficientes, tanto los de naturaleza jurídico-penal (esencialmente los tradicionales delitos patrimoniales)¹⁰, como los dispuestos por la Administración pública¹¹ o los

recho penal económico y de la empresa. Parte Especial, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, 2019, pp. 199 y ss.; J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, *Lecciones de Derecho penal, Parte Especial*, en E. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (dir.) y P. ESQUINAS VALVERDE (coord.), Tirant lo Blanch, 2018, p. 195.

³ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5.ª ed., Trotta, 2001, pp. 474 y ss.

⁴ En el ámbito del Derecho privado también ya se habían puesto de relieve algunos inconvenientes a la tutela jurídica de los consumidores, cifrados, fundamentalmente, en la dificultad de comprensión de los derechos para sus destinatarios, la inflación normativa, la incapacitación *formal* del propio consumidor, así como otros efectos contraproducentes provenientes de la sobreprotección, *vid.* C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el derecho de obligaciones», *Anuario de Derecho Civil*, I, 1994, pp. 51 y ss.

⁵ K. TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico. Parte general y especial*, Tirant lo Blanch, 2010, p. 70.

⁶ L. M.ª PUENTE ABA, *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 130 y ss.

⁷ La exigencia constitucional de existencia del Derecho penal económico la eleva G. CASTRO MARQUINA, *La necesidad del Derecho penal económico y su legitimidad en el Estado social y democrático de derecho*, Edisofer, 2016, p. 2.

⁸ M. PORTERO HENARES, *La protección penal de los intereses económicos de los consumidores*, Iustel, 2013, pp. 37 y s., 90 y ss.

⁹ Varios de todos esos argumentos los maneja L. M.ª PUENTE ABA, *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, *op. cit.*, pp. 130 y ss. *Vid.* también G. QUINTERO OLIVARES, «Sobre los delitos económicos como subsistema penal», en J. R. SERRANO-PIEDRECASAS y E. DEMETRIO CRESPO (dirs.), *Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Colex, 2010, p. 116.

¹⁰ *Vid.* F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, parte especial*, *op. cit.*, p. 464.

¹¹ *Vid.* J. M.ª SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed., Civitas, 2001, pp. 64 y s.

disponibles en el Derecho privado¹². La cuestión, no obstante, es que, de aceptarse el protagonismo del Derecho penal en la protección de tales intereses socioeconómicos, traería como consecuencia la demanda de utilizar categorías y técnicas jurídicas no muy generalizadas, provocando cierto escepticismo respecto de la idoneidad y eficacia del instrumento jurídico-penal.

En lo que sigue, en una primera parte, se examinarán estos posibles obstáculos a la intervención penal en la protección de los intereses económicos de los consumidores para intentar determinar cuál debiera ser el ámbito de los intereses económicos sobre el que pudiera proyectarse la protección jurídica de los mismos mediante la intervención penal. En una segunda parte, se tratará de evaluar si la intervención penal puede constituir un procedimiento eficaz para la protección de los intereses económicos de los consumidores.

2. EL SUPUESTO DESCARRÍO DE LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL

Desde hace tiempo parece admitirse mayoritariamente que al Derecho penal moderno se le ha imprimado la característica de ser expansivo¹³, continuamente abarcando un mayor ámbito punible por el creciente objeto de su tutela, si bien también ha podido advertirse que el fenómeno expansivo no es tan nuevo o moderno como a veces se ha podido pensar o expresar¹⁴, o incluso, en el propio ámbito económico, podría no haber sido tan significativo¹⁵, o también se ha sostenido que la expansión se ha producido mayormente en los tipos penales ya existentes y no tanto en la creación de nuevos tipos¹⁶. Tal expansión del Derecho penal, como señalara PRITWITZ¹⁷, se plasmaría en un triple campo: 1.º creándose nuevos bienes jurídicos antes inexistentes, sobre todo colectivos o supraindividuales (medio ambiente, salud pública, el mercado de capital, etc.); 2.º adelantando las barreras de punición, de tal modo que el Derecho penal le ha recortado terreno a comportamientos antes impunes, y 3.º reduciendo las exigencias para reprochar al autor su hecho antijurídico. Y ello habría dado como resultado la configuración de un Derecho penal moderno basado en la nueva sociedad del riesgo¹⁸.

¹² Vid. B. SCHÜNEMANN, «Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?», *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, 2002, p. 64, quien manifiesta que los costes civiles de las infracciones en el ámbito económico compensan a los autores con los beneficios de su actividad.

¹³ Elocuente J. M.ª SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, op. cit., pp. 20 y ss. Crítico con las causas de la expansión J. M.ª TERRADILLOS BASOCO, «Globalización, administrativización y expansión del Derecho penal económico», en J. M.ª TERRADILLOS BASOCO y M.ª ACALE SÁNCHEZ (coords.), *Temas de Derecho penal económico*, Trotta, 2004, pp. 225 y ss.

¹⁴ Cfr. M. DONINI, «¿Una nueva Edad Media penal? Lo viejo y lo nuevo en la expansión del Derecho penal económico», en J. M.ª TERRADILLOS BASOCO y M.ª ACALE SÁNCHEZ (coords.), *Temas de Derecho penal económico*, Trotta, 2004, pp. 203 y s., relativizando el carácter moderno de la expansión del Derecho penal.

¹⁵ Así J. G. FERNÁNDEZ TERUELO, *Instituciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Thomson Reuters, 2013, p. 54.

¹⁶ Así N. J. DE LA MATA BARRANCO, «Las reformas penales de 2003: consideraciones generales sobre la quebra de algunos principios que deben definir toda intervención penal», en P. FARALDO CABANA (dir.), y L. M.ª PUENTE ABA y J. A. RAMOS VÁZQUEZ (coords.), *Política criminal y reformas penales*, Tirant lo Blanch, 2007, p. 20.

¹⁷ C. PRITWITZ, «Sociedad del riesgo y Derecho penal», en L. ARROYO ZAPATERO, A. NIETO MARTÍN y U. NEUMANN (coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 262.

¹⁸ Puede verse una exposición detallada y la discusión de la penetración de la denominada sociedad del riesgo en el ámbito del Derecho penal en B. MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, 2001, *passim*.

Tales consecuencias, que desde diversas perspectivas funcionales podrían presentar aspectos tanto negativos como positivos, pues en sí mismas consideradas no se tendrían que catalogar en uno u otro polo, cabría trasladarlas particularmente a los delitos socioeconómicos entre los que se incluirían aquellos que atentan contra los intereses económicos de los consumidores. Como es sabido, un sector doctrinal¹⁹, conforme a la que denomina una concepción clásica del Derecho penal, veda en general la intervención de este sector del ordenamiento jurídico en la protección de esos intereses que afectarían al colectivo de los consumidores. Concretamente, que el Derecho penal no deba ocuparse de conflictos de naturaleza sistémica²⁰, inherentes al modo de organización social²¹, evita que este se convierta en meramente alegórico; es decir, que la utilización del Derecho penal en nada removería la delincuencia adherida a ese contexto²², y que sería otro tipo de intervención (no penal) la que cabría realizar, pues no se trataría tanto de una política criminal, más o menos acertada, sino de otra clase de política y más amplia, la social²³. Además, se estarían invadiendo por el Derecho penal áreas propias del Derecho administrativo sancionador²⁴. Su existencia, en el ámbito que tratamos, casi obedece o es producto de la presión de asociaciones de consumidores y usuarios (lo mismo, se arguye, pasaría con sindicatos en el caso de los delitos contra los derechos de los trabajadores; de las asociaciones de ecologistas en los delitos contra el medio ambiente, o de aquellas protectoras de animales para los delitos relativos a los animales domésticos)²⁵.

De no ser así, se aduce, estaríamos ante un Derecho penal que atiende ahora a algo más que a conflictos individuales, a grandes problemas sociales, que son propiciados por el sistema social organizativo en vez de por la desviación individual de la conducta²⁶. En realidad, se correría el peligro de que el Derecho penal moderno no fuera sino una muestra de Derecho penal simbólico²⁷, bien en un sentido de falta de eficacia²⁸, de paño caliente para calmar la conciencia ciudadana o como arma

¹⁹ Vid. W. HASSEMER, «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno», trad. de Elena Larrauri y Monika Maïnecke, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1992, I, pp. 235 y ss.

²⁰ Vid. F. HERZOG, «Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo y regulación del riesgo», trad. de Eduardo Demetrio Crespo, *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, op. cit., pp. 254 y s.

²¹ Vid. A. BARAITA, «Principios de Derecho penal mínimo», *Criminología y Sistema Penal, Compilación in memoriam*, B. de F., 2004, pp. 326 y ss.; HASSEMER, «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno», op. cit., p. 243.

²² Mantener, sin embargo, ese ideal de un Derecho penal nuclear impidiendo que se adentre en la protección de intereses que no sean individuales porque no puede combatir el carácter sistémico de la criminalidad socioeconómica, como señala B. SCHÜNEMANN, *Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta*, op. cit., pp. 62 y s., podría constituir un engañoso argumento, poniendo como ejemplo el delito de robo frente al factor social estructural que implica el desigual reparto o posesión del patrimonio.

²³ Vid. W. HASSEMER, «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos», *Nuevo Foro Penal*, núm. 51, 1991, p. 28.

²⁴ Vid. M. BAJO FERNÁNDEZ y S. BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico*, 2.^a ed., Ramón Areces, 2010, p. 36.

²⁵ Vid., por ejemplo, F. HERZOG, *Límites al control penal de los riesgos (Una perspectiva crítica frente al Derecho penal en peligro)*, trad. de Elena Larrauri Pijoan y Fernando Pérez Álvarez, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVI, I, p. 320.

²⁶ Vid. B. SCHÜNEMANN, *Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta*, op. cit., p. 62.

²⁷ Vid. W. HASSEMER, «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno», op. cit., pp. 243 y s.; J. J. QUE-RALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, parte especial*, 7.^a ed., Tirant lo Blanch, 2015, p. 780.

²⁸ Así por ejemplo E. MUSCO, «El nuevo Derecho penal económico entre el poder legislativo y poder ejecutivo», en *Temas de Derecho penal económico*, op. cit., pp. 171 y s., refiriéndose al Derecho penal económico italiano.

política²⁹. Por ello, en tales casos parece que la incriminación de algunas conductas atentatorias contra los intereses colectivos provocaría un desahogo o calmaría la frustración o la impotencia del legislador por no poder impedir la ejecución de una variedad de comportamientos socialmente dañosos, conformándose con la persecución de variadas y antisociales actuaciones económicas a las que puedan encadenarse luego una infracción penal con un potencial resultado de perjuicio patrimonial, lo cual no significaría necesariamente que, a la vez, el bien jurídico cuestionado realmente estuviera mejor y más protegido.

Ahora bien, la cuestión a plantearse es la de si podríamos permitirnos ese lujoso Derecho penal que casi ni se despeña cuando ante sus ojos emerge una conflictividad repetida y masiva: ¿de verdad, constituidos en un Estado social y democrático de Derecho, podemos aspirar, sin comprometer intereses sociales dignos de protección, a diseñar y operar con un sistema penal liberal frente a uno más intervencionista?³⁰, ¿el escenario socioeconómico vigente durante el surgimiento y desarrollo del Derecho penal *clásico*³¹ se parece en algo al actual?³². Probablemente muchos responderían a estas cuestiones de forma negativa³³, y se diría que la sociedad decimonónica y la de principios del siglo pasado nada tienen que ver con la actual, como tampoco aquella con la medieval, pues fijándonos en los factores de producción económica se ha pasado de la manufactura a la maquinaria, de esta a la informática y ahora a la inteligencia artificial. Y yo añadiría que tampoco la actual sociedad seguramente se parezca con la que existirá en otros treinta años. La inmutabilidad histórica podría justificar la inmutabilidad jurídica, pero lo impide el acelerado desarrollo científico y tecnológico que va transformando a pasos agigantados las interconexiones sociales, propiciando mayor bienestar social, generando nuevos intereses sociales, pero, y a la vez, forjando también riesgos para la integridad de los mismos cuya relevancia no se diluye por remitirlos a otros sectores del ordenamiento jurídico³⁴. La velocidad de la transformación social, pasando de una producción artesanal a una serial, desembocando en una masiva comercialización y distribución que hace florecer una sociedad de consumo, con el agigantado tráfico de bienes y de capitales, es tal que ni siquiera podemos estar seguros de cómo afrontar los problemas presentes; implementar medidas sociales

²⁹ Así ALBRECHT, «El Derecho penal en la intervención de la política populista», *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, 2000, p. 472.

³⁰ Cfr. W. HASSEMER, «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno», *op. cit.*, p. 239, quien, por el contrario, parte de que clásicamente la tendencia era limitar al legislador para impedir la criminalización de conductas sin bien jurídico a proteger, mientras que ahora lo que se exige es precisamente la criminalización de conductas.

³¹ Críticamente sobre tal expresión L. GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 49-51, estimando más apropiada la de Derecho penal liberal.

³² G. STRATENWERTH, «La criminalización de los delitos contra bienes jurídicos colectivos», *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, 2016, p. 363; M. CORCOY BIDASOLO, «Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y garantías penales», *Derecho penal económico y de la empresa*, Olejnik, 2018, pp. 105 y s., y 119.

³³ Así, por ejemplo, B. SCHÜNEMANN, *Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta*, *op. cit.*, pp. 68 y s.; G. MARINUCCI y E. DOLCINI, «Derecho penal mínimo y nuevas formas de criminalidad», *Revista de Derecho penal y Criminología* (2.ª época), núm. 9, 2002, p. 160; J. M. PAREDES CASTAÑÓN, «Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, núm. 11, 2003, pp. 129 y s.; J. VALLS PRIETO, «Delimitación conceptual y legitimidad de la intervención penal», en L. MORILLAS CUEVA (dir.), y J. M.ª SUÁREZ LÓPEZ (coord.), *Derecho y Consumo. Aspectos penales, civiles y administrativos*, Dykinson, 2013, p. 75; M.ª J. JIMÉNEZ DÍAZ, «Sociedad del riesgo e intervención penal», *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 16-08 (2014), 08-20.

³⁴ Vid. C. M.ª ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*, Comares, 2005, pp. 89 y s.

de reestructuración que eviten conflictos sociales o canalizar uno de ellos a un orden jurídico extrapenal no garantiza, *per se*, que el ya producido o los que puedan producirse en el futuro estén o sean convenientemente contenidos o resueltos. El proveedor de los bienes y servicios no solo decide lo que se produce, sino lo que se comercializa y cómo se comercializa y, por ende, qué se consume; contrasta todo esto con el papel casi pasivo del consumidor, al que con la menor información posible se le convence para que consuma en unas condiciones ya predeterminadas y creadas al margen de su voluntad. La indemnidad de los intereses a proteger y que se hallen comprometidos en la parte más débil —la de los consumidores—, no solo ha provocado una radical transformación del Derecho privado en sus pilares más básicos de la contratación, sino que hace necesario no descartar una firme respuesta disuasoria que pueda desincentivar la ejecución de acciones dañosas contra los intereses patrimoniales de los consumidores. Y ello es comprobable constatando la frecuencia y gravedad de esas acciones, su impacto en la sociedad³⁵ y la capacidad de neutralización de las mismas evidenciada hasta ahora a través de las intervenciones no penales. Todo ello contribuye a proyectar el papel que debe desempeñar el Derecho penal y su oportunidad en la resolución de conflictos sociales que terminan socavando intereses importantes de la colectividad.

Parece que la cuestión, cuando se trata de confrontar intereses —privados o públicos— entre los operadores en el mercado a través de la oferta y la demanda, es la de dejar que los probables conflictos queden resueltos preferentemente en el orden jurídico-privado y en el jurídico-administrativo. Pero debe tenerse en cuenta que van surgiendo nuevos mecanismos de lesión a los bienes jurídicos, con mayor dificultad para enervarse por parte de los potenciales perjudicados, porque el escenario en el que opera la realización de conductas fraudulentas no está ya ubicado en unos parámetros necesariamente pactados y conocidos, dado que es muy cambiante. Siempre podría resultar más beneficioso, cuando existen dudas, dejar de intervenir que hacerlo, confiando en que las compensaciones a las lesiones de los intereses económicos de los consumidores se efectuarán tarde o temprano, o que el Derecho penal tampoco va a poder resolver el conflicto suscitado en relaciones jurídicas privadas, siendo que aquellas, aisladamente, no son muy relevantes y siempre reparables. Pero si se ha planteado la intervención penal o su aumento es porque desde esos órdenes jurídicos no se articulan respuestas disuasorias a los quebrantos de los bienes jurídicos que van surgiendo, ni son tan poco relevantes las lesiones a los mismos. Tampoco se acierta a explicar cómo debieran emplearse esos otros sectores del ordenamiento jurídico, sino que se da por hecho que con regulación, prohibición o autorización, inspección, infracción y sanción ya suman una cadena teóricamente idónea para proteger los intereses colectivos económicos, pero por algún motivo —se supone que por desidia, falta de medios, regulación deficitaria, etc.— los mecanismos jurídicos de protección no despliegan la eficacia que se les supone para combatir el quebranto de los intereses de los consumidores. No se trata de que el Derecho penal regule la economía, ni de que la respuesta al conflicto se pase al Derecho penal, como si fuera natural de otro orden jurídico. En realidad, parece algo más simple cuál deba ser la función del Derecho penal, que no es otra sino la de proteger los bienes fundamentales del individuo y la comunidad³⁶, sean cuales sean, poniendo bajo su lupa los atentados más graves.

³⁵ M.^a I. SÁNCHEZ GARCÍA, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, 1999, p. 103, compara la entidad de los riesgos colectivos ligados a la moderna sociedad industrial y tecnológica con origen en actuaciones humanas con la de las catástrofes naturales.

³⁶ J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General, I, Introducción*, 6.^a ed., Tecnos, 2004, p. 13.

El planteamiento intervencionista parece no partir de la finalidad de alcanzar el objetivo de reducir la libertad, sin apenas atestiguar el principio *in dubio pro libertate*, pues en tal caso implicaría la de ampliar la libertad de unos para reducir la de otros, sino el de proteger específicamente los derechos o intereses ya existentes de un colectivo frente a conductas individuales —a veces también colectivas— que los puedan atropellar. Aunque no se trate de delitos especiales³⁷, cualquiera no está en disposición de ejecutar esos ilícitos de tanta relevancia. Más bien cabe colegir que la propuesta de un Derecho penal mínimo, que renuncie a la tutela de intereses colectivos, es cuestión de preferencia, de opción de modelo³⁸, sin atender a sus consecuencias para unos y otros. Pero quizá no se estaría ante una opción si, para cumplir con la función del Derecho penal, se ponen obstáculos jurídicos que tienden a preservar derechos económicos reconocidos a un colectivo para evitar que otros, a su antojo, puedan moldearlos, al ejercer su libertad empresarial mucho más vigorosa, con la finalidad de obtener beneficios económicos casi sin más coste que el esfuerzo empleado en la elaboración de argucias³⁹.

3. EL OBSTÁCULO DE LOS PRINCIPIOS LIMITADORES DE LA INTERVENCIÓN PENAL

Si contamos con que también el Derecho penal puede ocuparse de la protección de los intereses económicos de los consumidores y, por tanto, no solo de los que tengan naturaleza individual, se ha cuestionado, sin embargo, que la intervención punitiva no estaría respetando una serie de principios limitativos que disciplinan la correcta injerencia del Derecho penal en la vida social y del individuo, como podrían ser, particularmente, los de intervención mínima, legalidad o lesividad.

En efecto, en primer lugar, se señala, críticamente, que la protección penal de los intereses económicos de los consumidores implicaría con carácter general una vulneración del principio de intervención mínima, en sus diversas manifestaciones o caracterizaciones de fragmentariedad, subsidiariedad o *ultima ratio*. Y ello, no obstante, partiendo de la base de que los poderes públicos están *obligados* a proteger jurídicamente los intereses económicos de los consumidores, pues así lo establece el art. 51.1 CE, como lo han venido haciendo tanto el Derecho privado como el administrativo. Pero resulta llamativo que cuando el legislador español ha introducido específicamente algunas figuras delictivas para cumplir con esa finalidad, sin casi aditamento alguno, se concluya que las mismas suponen una vulneración del principio de intervención mínima⁴⁰, de forma que si no se especifica el

³⁷ Cfr. K. TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico*, op. cit., p. 65.

³⁸ J. M. PAREDES CASTAÑÓN, «Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico», op. cit., p. 131, lo califica como cuestión política o ideológica. Vid., asimismo, A. I. PÉREZ CEPEDA, *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*, Iustel, 2007, p. 63; E. DEMETRIO CRESPO, «El significado político del Derecho penal económico», en E. DEMETRIO CRESPO (dir.) y M. MAROTO CALATAYUD (coord.), *Crisis financiera y Derecho penal económico*, Edisofer, 2014, p. 10.

³⁹ Precisamente el discurso favorable a la modernización del Derecho penal trasciende, según L. GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal*, op. cit., pp. 163 y s., la distribución de los conflictos entre los diversos sectores jurídicos (penal, civil, administrativo), para adentrarse en la criminalidad material que ha sido impuesta con *legalidad* por las clases sociales dominantes.

⁴⁰ Por ejemplo, J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, Parte Especial*, op. cit., p. 780, caracterizándolo como Derecho penal simbólico. Cfr. K. TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico*, op. cit., p. 70, que estima menos invasivo el Derecho penal económico cuando tipifica como delitos determinados comportamientos aislados que el Derecho administrativo con la instalación de toda una red de control omnicompreensivo.

modo en que se ha llegado a tal conclusión, es decir, que, por ejemplo, el resto del ordenamiento jurídico resulta suficiente o es más eficaz que el Derecho penal para proteger a los intereses económicos de los consumidores⁴¹, lo cual resultaría nada convincente, pues, por ejemplo, no habría razón explícita alguna que justificara por qué la salud pública de los consumidores sí debe protegerla el Derecho penal a pesar de las innumerables disposiciones normativas que disciplinan las actividades relacionadas con el consumo alimentario humano. Y la razón no vendría a hallarse en la jerarquía de los bienes jurídicos, al tener mayor entidad la salud pública que el interés patrimonial de un colectivo, pues si fuera así tampoco se explicaría por qué existen entonces tanto delitos contra la salud individual como también delitos contra el patrimonio individual⁴².

Por otro lado, debe tenerse presente que el principio de intervención mínima posee naturaleza político-criminal, y es por ello algo ciertamente intangible, condicionado por la situación que en cada momento se presenta, donde no solo tiene importancia la regulación jurídica del mercado, de los agentes que intervienen en el mismo prestando bienes y servicios, del adecuado equilibrio entre los intereses de los consumidores y los empresarios, además, por supuesto, del componente político dominante en la sociedad⁴³. Pero debe subrayarse que el propio legislador no se ha prodigado, al menos en apariencia, en preservar tal principio de actuación. Solo hay que echar un vistazo al CP de 1973 y compararlo con el vigente de 1995, o a cómo era cuando se aprobó este y cómo lo es en la actualidad, tras las sucesivas reformas de gran calado (desde introducir en el sistema penal una pena más severa que las existentes hasta entonces —prisión permanente revisable— hasta suprimir un libro completo del CP —el de las faltas— y crear una nueva categoría de delitos —leves—, o la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas) para darse uno cuenta de que el recurso al Derecho penal no es excepcional. Tal situación no faculta para prescindir de este principio ni, sin argumentación alguna, sustraer a la protección penal un determinado interés social con la exclusiva finalidad de mantener formalmente al Derecho penal en unas dimensiones alejadas de sus funciones tuteladoras. Es decir, la exclusión de la intervención penal en la

⁴¹ Así J. CEREZO MIR, «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, núm. 10, 2010, p. 58; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, *op. cit.*, pp. 466 y 469; o en relación con el delito de publicidad abusiva el propio J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, Parte Especial*, *op. cit.*, p. 797.

⁴² Apuntaba J. CEREZO MIR, *Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo*, *op. cit.*, p. 56, la contradicción que supondría mantener la regulación de los delitos contra la propiedad y no incluir la de los delitos contra el orden socioeconómico (delitos relativos al mercado y los consumidores). A pesar de ello, estima que se vulnera el principio de subsidiariedad o *ultima ratio* del Derecho penal al considerar más eficaz la protección jurídica que pueden dispensar el Derecho civil o mercantil y especialmente el administrativo sancionador (p. 58).

⁴³ La última gran reforma del CP derogado de 1973, obra de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del CP, en su Preámbulo establecía que «entre los principios en que descansa el Derecho penal moderno destaca el de intervención mínima. En mérito suyo el aparato punitivo reserva su actuación para aquellos comportamientos o conflictos cuya importancia o trascendencia no puede ser tratada adecuadamente más que con el recurso a la pena; tan grave decisión se funda a su vez en la importancia de los bienes jurídicos en juego y en la entidad objetiva y subjetiva de las conductas que los ofenden». Por su parte, seis años más tarde, el CP de 1995, vigente, en su Exposición de Motivos señala que «el CP ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambian, debe también cambiar. En nuestro país, sin embargo, pese a las profundas modificaciones de orden social, económico y político, el texto vigente data, en lo que pudiera considerarse su núcleo básico, del pasado siglo. La necesidad de su reforma no puede, pues, discutirse». Y más adelante se indica: «Se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser».

protección de los consumidores no puede basarse en que la intervención del legislador, en la práctica, es o debe ser mínima.

Debe matizarse, por otro lado, que no es contrario al principio de intervención mínima el que el Derecho penal intervenga de forma parcial o complementaria en la protección de los bienes jurídicos, pues intervención mínima no equivale a nula intervención en determinados ámbitos⁴⁴; pero tampoco significa dicho principio una menor intervención, pues no se trata de algo exclusivamente cuantitativo⁴⁵, es decir, intervenir poco o lo menos posible, sino lo estrictamente necesario, porque de otro modo no resultaría posible tratar de asegurar una convivencia pacífica⁴⁶. La intervención del Derecho penal no se proyecta siempre sobre el mismo escenario, pues dado que las concepciones ético-sociales van cambiando los intereses objeto de protección por el Derecho penal también, lo que puede propiciar, como ha sucedido en el último medio siglo, que surjan nuevos intereses y/o se deje de proteger penalmente otros o la protección se modifique. De hecho, la tendencia intervencionista —expansiva— del Estado no es propia de los delitos socioeconómicos o sobre bienes jurídicos colectivos, sino que también alcanza a los delitos contra bienes jurídicos personales (libertad sexual, intimidación, etc.). Por consiguiente, la ardua cuestión es la de identificar los parámetros que permitan calificar como mínima la intervención penal sobre una determinada materia, lo cual suele hacerse por vía negativa: el Derecho penal interviene si se considera, con arreglo a esos parámetros, necesaria su actuación. El punto de partida lo será la ausencia de un marco normativo que precisamente equilibre posibles conflictos de intereses evitando una grave alteración de la convivencia ciudadana; no se trata, pues, de una sola cuestión formal, que exista un marco normativo que regule cierta materia, sino que este obtenga como resultado la neutralización de las conductas que atentan gravemente contra los intereses protegidos, estabilizando el funcionamiento de un determinado ámbito o sector social en el que se insertan intereses individuales y colectivos. Cabe apelar entonces a una previa valoración fuera del ámbito jurídico penal y a otra dentro de este, cuyo resultado decantará o no la oportunidad de la intervención penal.

Precisamente se ha señalado que la escasa aplicación de los hasta ahora delitos protectores de los intereses económicos de los consumidores abonaría las razones para replantear la intervención penal en esta materia⁴⁷; antes, sin embargo, habría que adentrarse en el examen del modelo de intervención para evaluar la idoneidad

⁴⁴ J. M.^a TERRADILLOS BASOCO, «Concepto y método del Derecho penal económico», en J. R. SERRANO-PIEDRASAS y E. DEMETRIO CRESPO (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Colex, 2008, p. 24.

⁴⁵ Cfr. C. PRITZWITZ, «El Derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal», *La insostenible situación del Derecho penal*, op. cit., p. 430, que caracteriza la fragmentariedad del Derecho penal señalando como punibles solo «algunos fragmentos —más bien pocos, pero seleccionados no con criterios sistemáticos— del grupo de conductas merecedoras de pena».

⁴⁶ Y no cabe duda de la congruencia de este principio con un Estado intervencionista, vid. S. MIR PUIG, «Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la reforma penal», *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, 1994, p. 152.

⁴⁷ Así J. M.^a SUÁREZ LÓPEZ, «La proyección penal de los principios limitadores del *ius puniendi* en un Estado Social y Democrático de Derecho en la protección penal del consumidor», *Derecho y Consumo*, op. cit., 2013, p. 90. P. FARALDO CABANA y L. M.^a PUENTE ABA, «Límites y posibilidades del delito publicitario en relación con la publicidad comercial de productos destinados a la obtención de crédito y/o a la captación de inversión», *Crisis financiera y Derecho penal económico*, op. cit., p. 751, aun constatando la escasa aplicación del delito publicitario, lo enmarcan en el fenómeno de relativa impunidad de los delitos socioeconómicos. Apunta como consecuencia de esa falta de aplicación la aparición de un movimiento deslegitimador de la intervención penal y como causa a su vez, J. G. FERNÁNDEZ TERUELO, *Instituciones de Derecho penal económico y de la empresa*, op. cit., pp. 62 y ss.

del mismo, al tiempo que se verificara si tales intereses están convenientemente protegidos. De todas formas, en la actualidad no hay que decidir si debe o no producirse la intervención penal en la protección del consumidor⁴⁸, sino, si acaso, criticarla por excesiva o reducida, pues tal decisión ya está tomada por el legislador español de 1995. Lo que se cuestiona ahora es, en realidad, la intensidad de esa protección: concretamente, si debe mantenerse, reducirse o ampliarse⁴⁹. Por ejemplo, recientemente en la UE se ha dejado una puerta abierta para dictar normas de naturaleza penal en materia de protección de los consumidores⁵⁰ y, en general, a una potenciación de la presencia del Derecho penal en determinados ámbitos⁵¹.

Es constatable, pues, que en los últimos años las prácticas abusivas a los consumidores han emergido de modo más palpable frente a la timidez que parece ofrecer el ordenamiento sancionador. La exigencia constitucional de que se articulen procedimientos eficaces para proteger a los consumidores, si nos centramos en las concretas reacciones del ordenamiento jurídico, advertimos que las sanciones administrativas, generalmente de carácter pecuniario, suelen ser escasamente intimidatorias, componente que, por el contrario, sí podrían presentar las sanciones penales. Esta idea de la falta de eficiencia de la sanción administrativa por carecer de contramotivación en los potenciales infractores para que se abstengan de realizar conductas fraudulentas en sus negocios con los consumidores, constituye una de las bases sobre las que se asienta la presencia del Derecho penal en la criminalidad socioeconómica; pues, de otro lado, las sanciones del orden jurídico-civil tampoco suelen tener eficacia preventiva, como la puede tener la sanción penal, ya que su finalidad es eminentemente indemnizatoria por los daños y perjuicios.

A ello, sin embargo, ha de añadirse la percepción de cierta incapacidad material de la Administración pública para en algunos ámbitos perseguir y sancionar la infracción de sus propias normas, exigir su reparación y velar por el cumplimiento

⁴⁸ Llamativo resulta, sin embargo, que la persecución de los delitos que protegen a los consumidores se sujete, con excepciones, a la denuncia de la persona agraviada (art. 287 CP). Así ya J. U. HERNÁNDEZ PLASENCIA, «El delito publicitario», en *Estudio y aplicación práctica del Código penal de 1995*, t. II, Colex, 1997, p. 250; J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, Parte Especial*, op. cit., p. 780. Cfr. P. FARALDO CABANA y L. M.^a PUENTE ABA, «Límites y posibilidades del delito publicitario en relación con la publicidad comercial de productos destinados a la obtención de crédito y/o a la captación de inversión», op. cit., pp. 742 y ss.

⁴⁹ J. BUSTOS RAMÍREZ, «Los bienes jurídicos colectivos», *Obras completas*, t. II (*Control social y otros estudios*), Ara, 2004, pp. 192 y ss., estimaba que, según la naturaleza del bien jurídico, se imponía una limitación mayor o menor a la intervención penal, según se tratara de bienes jurídicos referidos a las bases y condiciones de subsistencia del sistema y otros relativos al funcionamiento del sistema. Dentro de estos últimos se encontrarían los bienes jurídicos colectivos que, referidos a las bases y condiciones del sistema —bienes jurídicos individuales— tendrían una menor restricción a la intervención punitiva.

⁵⁰ Ello tras el Tratado de Lisboa (2007) que reforma el Derecho originario de la UE, otorgando a esta competencia normativa penal (art. 83 TFUE) en determinados ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes. Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. Pero teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos, y por ello alcanzar a la protección de los consumidores, que respondan a los criterios previstos, que se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo. Vid. M. PORTERO HENARES, *La protección penal de los intereses económicos de los consumidores*, op. cit., pp. 76 y ss. Sobre la crítica al proceso de armonización del Derecho penal en la UE con efecto expansivo vid. A. NIETO MARTÍN, «El Derecho penal europeo: una aproximación a sus problemas actuales», *Cuestiones actuales del Derecho penal empresarial*, op. cit., 2010, pp. 357 y ss.

⁵¹ Vid. C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Crisis financiera de la deuda soberana europea y Derecho penal europeo: ¿una forma de recuperar la confianza de los inversores internacionales?», *Crisis financiera y Derecho penal*, Edisofer, 2014, pp. 257 y ss.

de las normas⁵². Y si bien, como señala MIR PUIG, el principio de intervención mínima no legitima al Derecho penal porque este sea más eficaz⁵³, pues un sector del ordenamiento jurídico puede resultar ineficaz debido a diversos motivos, entre ellos, la adecuada regulación de la actividad, la falta de inspección y control, la tolerancia de la Administración, debida en ocasiones a cuestiones estructurales, aunque en otras tiene como referente su propia pasividad, sin que se deriven exigencias de responsabilidad jurídica que solo aparece con la realidad de que generalmente puedan atribuírseles a los funcionarios públicos comportamientos concretos (prevaricación funcional urbanística, cohecho, etc.), lo que, en definitiva, supone que se suela cargar a los ciudadanos con el perjuicio de la falta de vigilancia⁵⁴. Pero no solo la presencia de esta función, porque entonces sí que estaríamos ante un Derecho administrativo sancionador *simbólico*, sino que la protección adecuada de los intereses colectivos requiere de una presión más intensa y cercana a las fuentes de peligro, que no solo consista en declarar ilícitas determinadas actividades y sancionarlas pues, sin exigir la infalibilidad de la Administración pública para contener peligros, quizá sea posible alcanzar mejores logros. Es decir, es oportuno que la conjura de peligros no se encuentre solo en la previsión de infracciones y sanciones⁵⁵, en la rutinaria fiscalización de actividades de riesgo, sino también en la capacidad para descubrir tales ilícitos y hacer cumplir las sanciones que se impongan mediante su ejecución, lo que parece más factible en el poder judicial que en el ejecutivo, sobre todo teniendo en cuenta la posición y relación de muchos agentes económicos en la esfera de las diversas administraciones públicas o sus organismos⁵⁶.

Naturalmente, para averiguar la viabilidad del posible adentramiento del Derecho penal en la esfera de protección de los derechos económicos de los consumidores, debe apreciarse que en el núcleo del marco de libertades en el mercado, como la libertad de empresa y la libertad de consumo, su interacción pueda producir graves quebrantos para el mantenimiento y cohabitación pacífica de tales libertades. Y no parece aconsejable decidir en abstracto o en la teoría si la intervención penal resulta conveniente o no, sino que tal decisión debe una inicial vinculación a la praxis, donde se desempeñarán como factores condicionantes de aquella cómo se valoren en sí los derechos o intereses económicos de los consumidores que se ponen en tela de juicio, la intensidad, frecuencia y extensión con que son afectados a pesar de los mecanismos institucionalizados de defensa y protección, que no operarán solo para regular el funcionamiento del sistema socioeconómico en el que interactúan los consumidores y proveedores, sino que posibilitarán en su caso al orden penal desplegarse cuando sea necesario para sustentarlo, una vez haya sido externamente configurado y para evitar que se desvanezca la esencia de los más elementales intereses económicos de los consumidores.

Pero, al margen del principio de intervención mínima, se señala también, por otro lado, que cuando el legislador penal ya ha decidido proteger los intereses a los

⁵² J. G. TERUELO FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho penal económico y de la empresa*, op. cit., pp. 46 y s. Cfr., sin embargo, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, op. cit., pp. 466 y 469.

⁵³ S. MIR PUIG, «Sobre el principio de intervención mínima», op. cit., p. 157.

⁵⁴ Todavía incluso en el ámbito jurídico-público podrían hacerse más esfuerzos, clarificando las parcelas competenciales, creando por ejemplo la figura del Defensor del Consumidor, como existe en otros países, o también instaurando una especialización en Ministerio Fiscal.

⁵⁵ De hecho, como señala J. M.^a TERRADILLOS BASOCO, *El delito de publicidad falsa*, op. cit., p. 73, que exista normativa e inspección laboral o fiscal nunca ha servido como fundamento para derogar el delito contra la seguridad e higiene en el trabajo o el delito fiscal.

⁵⁶ Destacan G. MARINUCCI y E. DOLCINI, «Derecho penal mínimo y nuevas formas de criminalidad», op. cit., p. 149, como estrechamente ligados al origen de la criminalidad económica, los acuerdos entre el mundo político y el mundo de los negocios.