



Doctorado en
DERECHO

**LA PROTECCIÓN PENAL AL CONSUMIDOR
FRENTE A LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA Y ESTAFA**

Artículo de investigación elaborado bajo tutoría académica
para promocionar al Segundo año de los Estudios de Doctorado

Autor:

Msc. Alex Barrera Carrión

Tutor Académico:

Prof. Dr. Reynaldo Balladares S

Managua, Noviembre, 2011



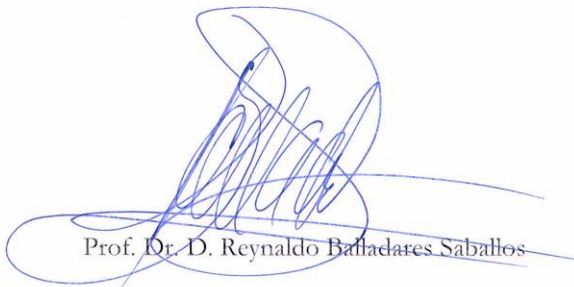
Facultad de Ciencias Jurídicas



Acta de Aprobación

El suscrito, Tutor Académico designado en el marco del Programa de Doctorado “Cuestiones Actuales del Derecho” de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana, visto en el fondo y forma el trabajo de investigación realizado por el MSc. Dn. Álex Barrera Carrión, con carné número 11CJ901001, titulado “La protección penal al consumidor frente a la publicidad engañosa y estafa”, por la presente acta APRUEBA el mismo a los efectos pertinentes en el marco de la Normativa de Estudios de Doctorado de esta casa de estudios.

Dado en la ciudad de Managua, a los nueve días del mes de noviembre de 2011.



Prof. Dr. D. Reynaldo Balladares Saballos

LA PROTECCIÓN PENAL AL CONSUMIDOR FRENTE A LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA Y ESTAFA

Resumen: En el presente trabajo de investigación, se realiza un recorrido sobre los antecedentes del derecho de los consumidores, un análisis de los aspectos dogmáticos del delito de publicidad engañosa y estafa, previsto tanto en los artículos 272, 229 y 230 del Código Penal Nicaragüense. Se estudia así mismo la posibilidad de existencia de concurso delictivo entre ambas figuras penales.

Palabras Claves: Derechos del consumidor. Publicidad engañosa. Estafa. Engaño. Error.

Abstract: The following paper analyses the background of consumer law related to main criminal law scientific lines, in particular reference to false advertising and fraud crimes as provided by articles 272, 229 and 230 of the Nicaraguan criminal law. Additionally we study the possibility of concurrence in the penalties established for both of the crimes determined by law.

Key words: Consumer rights. Deceitful advertising. Swindle. Deception. Mistake.

SUMARIO: Introducción. **I. EL CONSUMIDOR: ANTECEDENTES** 1.1. Carta Europea de Protección de los Consumidores. 1.2. Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea: Políticas. 2.3. Directriz para la Protección al consumidor de la Organización de Naciones Unidas. 1.4. La Ley de Defensa del Consumidor de Nicaragua de 1994. **II. EL CONSUMIDOR EN LA LEGISLACIÓN NICARAGÜENSE** 2.1. Derechos de los consumidores. 2.1.1. El derecho a la información y educación. 2.2. Órganos extrapenales de protección al consumidor. 2.2.1. Jurisdicción Administrativa. 2.2.2. Jurisdicción civil. 2.3. Tipos Penales de protección al Consumidor. Publicidad Engañosa y Estafa: Consideraciones. 2.3.1. La publicidad engañosa. 2.3.1.1. La conducta típica. 2.3.1.2. El bien jurídico protegido. 2.3.1.3. Sujetos activos. 2.3.1.4. Sujetos pasivos. 2.3.1.5. Tipo subjetivo. 2.3.2. La estafa: Tipo penal de protección penal al consumidor. 2.3.2.1. La conducta típica.- 2.3.2.2. El bien jurídico protegido. 2.3.2.3. Sujetos activos. 2.3.2.4.- Sujetos pasivos. 2.3.2.5. Tipo subjetivo. 2.4. Concurso de delitos: Publicidad Engañosa y Estafa. 2.5. Jurisdicción penal. 2.5.1. Ejercicio de la acción penal. **III. LÍMITES INMEDIATOS A LA POTESTAD PUNITIVA DE PROTECCION AL CONSUMIDOR.** 3.1.- Principio de Legalidad. 3.2. Justificación de protección del bien jurídico: Pretensión de ofensividad. 3.3.- Principio de intervención mínima o ultima ratio. 3.3.1.- La fragmentariedad. 3.3.2.- La Subsidiaridad. Toma de posición. Lista de referencias bibliográficas.

Introducción

La protección de los derechos de los consumidores se ha ampliado, en los últimos tiempos, al grado que el Derecho Penal interviene en aquellos supuestos en los que la tutela de los mismos se hace precisa debido a la infracción de bienes jurídicos individuales, colectivos o supraindividuales que ponen en peligro de manera directa e indirecta bienes jurídicos de naturaleza fundamental, como la vida, salud, información, seguridad y otros.

El tema es de importancia debido a la incursión del Derecho Penal en un campo propio hasta hace unos años del derecho civil y del derecho administrativo. Se concebían los hechos relacionados contra el consumidor como daños y se solucionaban en ambas jurisdicciones. Sin embargo, después de numerosas luchas en defensa de los derechos de los consumidores, y casos emblemáticos como el del “aceite de colza”, ocurrido en España, la protección al consumidor tiene, actualmente, una gran relevancia en la ciencia jurídico penal, por lo que se hace necesario profundizar en el debate, tanto en su dimensión teórica y sus eventuales consecuencias prácticas.

Se debe identificar si el Derecho Penal debe proteger o tutelar de manera previa algunos peligros a bienes jurídicos ante acciones que el legislador ha identificado o tipificado como publicidad engañosa que constituye una eventual lesión a bienes jurídicos socios económicos o patrimoniales. Si éste tipo delictivo, publicidad engañosa, debe considerarse un delito específico dirigido a la protección penal previa de los derechos de los consumidores, y si éste es o no un elemento desencadenante, real, ideal o medial, en supuestos concretos para la configuración del tipo penal de estafa cuando ocurre una lesión concreta a bienes jurídicos patrimoniales.

El objeto de la investigación consisten en identificar y determinar los mecanismos de protección penal que ostentan los consumidores en sus relaciones de consumo, específicamente de los delitos de publicidad engañosa y estafa; conocer las nuevas tendencias del Derecho Penal y como éste ejerce influencia sobre el Derecho penal económico que regula las conductas delictivas de protección al consumidor; e identificar las características individualizantes de los tipos penales de publicidad engañosa y estafa.

La presente investigación se justifica en la medida que pretende realizar y proponer una visión actual de los delitos de publicidad engañosa y estafa, como categorías penales distintas y conjuntas que poseen la finalidad de brindar protección penal a los consumidores. Así mismo se pretende realizar un análisis de los presupuestos teóricos de estos tipos penales, introduciendo restricciones teleológicas al delito de publicidad engañosa y de estafa. Así mismo se pretende exponer y plantear si con la tipificación del tipo penal de publicidad engañosa, de una u otra forma se lesiona el muy afirmado – en lo teórico - principio de intervención mínima o *ultima ratio* del Derecho Penal.

Se identifica al delito de publicidad engañosa como el primer delito que protege al consumidor en Nicaragua ante la afectación o puesta en peligro de bienes jurídicos colectivos, sus elementos típicos y su tratamiento en la dogmática penal contemporánea, considerándose un

tipo penal de peligro abstracto o de mera actividad. En el caso del delito de estafa se le identifica como mecanismo de protección penal a bienes jurídicos individuales de naturaleza concreta o de lesividad concreta, redirigida al campo de protección de los derechos del consumidor dentro del derecho penal económico.

Los problemas investigativos planteados consisten en determinar si con la introducción del tipo penal de publicidad engañosa en la legislación penal nicaragüense se está en presencia de un adelantamiento de barreras punitivas propio de un modelo de política criminal orientada a un expansionismo penal o Derecho penal simbólico.

De aceptarse o no esa tesis se plantea si se transgreden los principios de lesividad, intervención mínima o *ultima ratio* del derecho penal y se identifican a la vez la existencia de problemas concursales que ésta figura delictiva pudiese tener con el clásico tipo penal de estafa, así mismo la eventual transgresión del principio *Non bis in ídem*.

En tal sentido para un mejor desarrollo de la presente investigación he adoptado por una estructura básica dividida en tres capítulos. En el capítulo primero expondré de manera sucinta los antecedentes externos de los derechos de los consumidores hasta concluir con la Ley de defensa del consumidor de Nicaragua; en un segundo capítulo abordaré todo lo relacionado sobre el consumidor en la legislación nicaragüense, sus derechos, los órganos extrapenales de protección al consumidor, el estudio de los tipos penales de protección al consumidor especialmente los tipos penales de publicidad engañosa y estafa, los problemas concursales, los órganos jurisdiccionales y el ejercicio de la acción penal.

El tercero y último capítulo lo dedico al estudio de los límites inmediatos de la protección penal al consumidor, partiendo del principio de legalidad, ofensividad o lesividad, intervención mínima y sus características principales, concluyendo con un análisis o toma de postura de las cuestiones abordadas.

El método utilizado para la realización de la presente investigación es inductivo. Consiste en el análisis de lo particular a lo general, es decir, del estudio de un área especializada del Derecho, el Derecho de los consumidores, al estudio de cuestiones más complejas, el de las figuras delictivas de publicidad engañosa y estafa hasta el abordaje de manera sistemática de algunos principios orientadores de la potestad punitiva del Estado considerándolo en la presente investigación límites inmediatos de la potestad punitiva en los supuestos conductuales de las figuras delictivas estudiadas.

I. EL CONSUMIDOR: ANTECEDENTES

Los derechos del consumidor, como conjunto de derechos que se confieren específicamente a los consumidores en sus relaciones de consumo con los proveedores de bienes y servicios, han sido reconocidos sólo a partir de la segunda mitad del siglo XX. (Ovalle Favela, 2000).

Con anterioridad, esos “derechos” se derivaban de los contratos que los consumidores celebraban con sus proveedores de bienes y servicios, con fundamento en la legislación Mercantil o el Código Civil los que, en términos generales, no otorgaban una protección específica a los consumidores, se basaban en los principios de autonomía de la voluntad o de libertad de estipulaciones entre las partes. (Corcoy Bidasolo, 2010)

Ha quedado al descubierto que el fundamento utilizado anteriormente, en considerar en condiciones de igualdad al fabricante o comerciante con el consumidor en sus relaciones contractuales al amparo de la autonomía de la voluntad es lo que ha generado la “crisis del contrato” en tanto que la realidad económica ha demostrado que no todos los consumidores están en la capacidad de negociar el contenido y alcance de los contratos encontrándose “a merced” de los mismos y necesitados, entonces, de protección.

El primer movimiento de los consumidores nace en los Estados Unidos de América. Éste movimiento se llevó a cabo en el primer decenio de los años mil novecientos, culminó con la aprobación de dos leyes la de *Inspección de carnes* de 1904 y la de *Genuidad de Sustancias Alimenticias y Farmacéuticas* de 1906, sin embargo, no reconocían un catálogo de derechos del consumidor.

El segundo movimiento se da entre los años treinta y cuarenta, respectivamente, durante la gran depresión económica, culminando con la reforma a la Ley de *Genuidad de Sustancias Alimenticias y Farmacéuticas* de 1906 donde se procuró su fortalecimiento debido a los aumentos excesivos en los precios de los medicamentos.

Producto del tercer movimiento de promoción de los derechos de los consumidores, en 1962, el Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica John F. Kennedy anunció como principios básicos el “*derecho a la protección y seguridad, derecho a ser informado, el derecho de elección y el derecho de ser escuchado*” como derechos fundamentales de los consumidores. (Ovalle Favela, 2000), considerándose, entonces, éste momento como la etiología de los derechos formales de los consumidores.

En tal sentido, según Fernández Fredes (2003, p. 4), el quince de marzo de 1962 en reunión del Congreso Federal Estadounidense, el Presidente Kennedy dijo “*Los consumidores son el único grupo económico importante que no está eficazmente organizado, es una necesidad reconocer y promover los derechos de los consumidores que constituyen la dimensión social más amplia y universal*”.

Tiempo más tarde, esa fecha, quince de marzo de 1962, fué consagrada por la organización Internacional de los Consumidores (Consumers International), como el día mundial del consumidor.

El reconocimiento obtenido por los movimientos de consumidores de Norteamérica constituyó un referente para que se profundizara la lucha en defensa de ese sector y se extendió a otros países, entre ellos, Francia, Inglaterra, Suecia y Holanda. En ésta fase, se da origen a la constitución de asociaciones privadas de defensa del consumidor que se dedican exclusivamente a la promoción y divulgación de los incipientes “*derechos de los consumidores*” realizando debates sobre la posición del consumidor y sus derechos, creándose, en los citados países, organismos administrativos para la tutela de los intereses de los consumidores. (Ovalle Favela, 2000).

1.1. Carta Europea de Protección de los Consumidores

En el año 1973 se aprueba por primera vez en la historia un texto definitivo, en el seno del Consejo de Europa, mediante Resolución 543/07 denominado *Carta Europea de Protección de los Consumidores*. Según Ovalle Favela (2000, p. 6), ésta Carta reconoció cuatro derechos básicos de los consumidores:

1.- El derecho a la protección y a la asistencia de los consumidores. Que se debe de manifestar, según las Directivas del Consejo de Europa, en un fácil acceso a la justicia, en una racional administración de la misma. Además, los consumidores deben ser protegidos de todo daño, económico o material, provocado por bienes de consumo. **2.- El derecho a la reparación del daño** que soporte el consumidor por la circulación de productos defectuosos, o por la difusión de mensajes engañosos o erróneos. (...) En la carta se invita a cada país miembro a una revisión periódica de la legislación en materia de prácticas comerciales desleales, y en general, de todas las prácticas que resulten abusivas, incorrectas o y poco deseables desde la perspectiva de la protección al consumidor. **3.- El derecho a la información y a la educación** que la Carta prevé no sólo para la obtención, por parte del consumidor, de informaciones correctas sobre la calidad de los productos, sino también para verificar la identidad de los proveedores y para cualquier otro aspecto del producto, el cual deberá poder ser usado “con toda seguridad y plena satisfacción” por el consumidor”. **4.- El derecho de los consumidores a organizarse en asociaciones y a ser representados en diversos organismos,** para expresar opiniones sobre decisiones políticas y económicas inherentes a la disciplina del consumo. (Resaltado no es del original)

1.2. Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea: Políticas

Sin menoscabo de los derechos consignados en la Carta Europea de Protección de los consumidores de 1973, en 1975 la Asamblea consultiva del Consejo de Europa aprobó el Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea y en la sección correspondiente a la *Política de Protección e información a los consumidores* reconoce cinco derechos fundamentales, que es necesario recapitular, a efectos de constatar su permanencia y evolución, siendo

estos: Derecho a la protección de la salud y la seguridad de los consumidores; Derecho a la protección de los intereses económicos de los consumidores; Derecho a la reparación de los daños; Derecho a la información y a la educación del consumidor; y Derecho a la representación (Ovalle Favela, 2000).

1.3. Directriz para la protección al consumidor de la Organización de Naciones Unidas

El dieciséis de abril del 1985, la Organización de Naciones Unidas (ONU), mediante gestiones de la Organización Internacional de Uniones de Consumidores, aprobó mediante Resolución 39/248 la *Directriz para la Protección al consumidor*, que constituyó un conjunto de bases sobre las cuales los Estados miembros, entre ellos Nicaragua, debían desarrollar sus políticas y leyes de protección al consumidor. Sin duda alguna, la Directriz de la ONU constituye un reconocimiento universal a los derechos de los consumidores, superior a las resoluciones del Consejo de Europa de 1973 y 1975, respectivamente.

La *Directriz para la Protección al Consumidor* reconoce seis derechos fundamentales, uno más que la resolución de 1975 del Consejo de Europa. Sin embargo, es necesario precisar para efectos de verdad histórica que la Directriz de las Naciones Unidas no reconoce otro derecho, sino que le da una rúbrica diferente al derecho a la información y al derecho a la Educación, que tradicionalmente se consideraban un solo derecho por estar contenido en un mismo apartado (Ovalle Favela, 2000).

1.4. La Ley de Defensa del Consumidor de Nicaragua de 1994

La Ley 182, Ley de Defensa del Consumidor de Nicaragua es publicada el catorce de Noviembre de mil novecientos noventa y cuatro. Constituye el primer instrumento jurídico interno que protege los derechos de los consumidores, instrumento jurídico que, sin duda, tuvo su influencia por la Directriz para la Protección al Consumidor de la Organización de las Naciones Unidas.

La referida Ley 182, introduce y desarrolla dentro su articulado los seis derechos fundamentales adoptados en la Directriz de la Organización de Naciones Unidas. Es necesario señalar que los derechos que reconoce al consumidor la precitada ley, desde antes de la reforma constitucional de 1987, *el derecho a la información veraz, a la educación, salud, organización y medio ambiente saludable*, constituían derechos fundamentales consignados en los artículos 66, 58, 59, 49 y 60, respectivamente.

II. EL CONSUMIDOR EN LA LEGISLACIÓN NICARAGÜENSE

La Ley 182, Ley de defensa del consumidor, en su artículo 4 define al consumidor, como un sujeto de derechos, de la siguiente manera: *“Toda persona natural o jurídica que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final bienes, productos o servicios de cualquier naturaleza”*.

Del concepto anterior se desprende que son sujetos de derechos tanto las personas naturales y jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten como destinatarios finales ya sean bienes, productos o servicios, que bien pueden ser de distinta naturaleza. Nuestra legislación utiliza conceptos terminológicos generales que, aunque son incluyentes, podrían causar indeterminación a la hora de identificar al verdadero sujeto pasivo de una infracción penal al derecho del consumidor.

Otro cuestionamiento a la definición precitada es lo relativo a la indeterminación práctica, en algunos supuestos, del destinatario final del bien, producto o servicio en aquellos casos en donde el que adquiere no es el que utiliza o disfruta el bien o servicio adquirido, sino que es un tercero. Indeterminación que puede en supuestos concretos constituir problemas al momento de identificar al sujeto pasivo de la infracción penal.

No sólo desde las perspectivas señalada la definición es cuestionable, en tanto que, se infiere de la misma, se puede ser consumidor con el hecho de adquirir por cualquier medio, pudiendo ser onerosa, premio, título gratuito o donación y estar comprendido dentro de la categoría de consumidor y ser sujeto de protección de ésta normativa especial.

Sin embargo, los alcances y finalidades de ésta investigación no están enfocadas en las deficiencias terminológicas de la definición normativa de consumidor que adoptó el legislador Nicaragüense, no obstante, las realizo con el objeto de tener una visión general de una eventual indeterminación del sujeto pasivo ante una infracción penal a los derechos de los mismos.

Para efectos de la presente investigación debe entenderse que consumidor y usuario son sujetos de protección penal a tenor de la concepción normativa que nos brinda el artículo 4 de la Ley 182/1994, Ley de Defensa del Consumidor. Se excluye de la calificación de consumidor y por ende de los beneficios que la ley especial de la materia le concede a las personas naturales y jurídicas que adquieran bienes o productos y los utilicen como materias primas para la producción de otros bienes y servicios.

2.1. Derechos de los consumidores

La Ley de defensa de los consumidores de Nicaragua en su artículo 12 contiene once puntos relativos a los derechos de los consumidores, se incluyen desde el *derecho a la vida, salud, seguridad, educación, información veraz, reparación, asociación, medio ambiente*, etc. derechos que tienen fundamento en nuestra norma constitucional.

Los derechos específicos de los consumidores para efectos de la presente investigación son los contenidos en los literales b, c, e y f, que literalmente dicen:

- b) Educación para el consumo;
- c) Una información veraz, oportuna, clara y adecuada sobre los bienes y servicios disponibles en el mercado;
- e) Una reparación integral, oportuna y adecuada de los daños y perjuicios sufridos y que sean responsabilidad del proveedor;
- f) Exigir el cumplimiento de las promociones y ofertas cuando el proveedor no cumpla.

El derecho del consumidor a la información, debe ser veraz, clara y adecuada. Derecho del consumidor que tiene un claro fundamento en el artículo 66 de nuestra norma constitucional, el que literalmente dice: *“Los nicaragüenses tienen derecho a la información veraz. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, ya sea de manera oral, por escrito, gráficamente o por cualquier otro procedimiento de su elección”*.

Dentro de la rúbrica derechos del consumidor, el derecho a la vida es el más importante, de él irradian los demás derechos. Constituye un derecho esencial no sólo por la condición de consumidor, sino de toda persona humana. El derecho de protección a la vida es un derecho derivado o una manifestación del derecho a la vida que reconocen y protegen los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos. (Declaración Universal de los Derechos Humanos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, etc)

El derecho a la vida, información, salud y seguridad son derechos fundamentales que constituyen el punto de partida del derecho de los consumidores. Sobre esa línea de pensamiento, de los derechos de los consumidores, desde el punto de vista de nuestra legislación interna, es importante hacer las siguientes interrogantes: *¿Qué es el derecho del consumidor?, ¿Qué es el derecho publicitario? y ¿Cómo se relacionan?* Con ello pretendo mostrar el punto de conexión entre estos dos sectores del ordenamiento jurídico y, además, la gran complejidad que existe a la hora de pensar en la naturaleza jurídica del *“derecho del consumidor”*.

Así mismo, es necesario precisar, además de la concepción normativa ya planteada *¿Quién es el consumidor?*, a fin de revelar algunos de los problemas que ocurren tanto en la dogmática como en la práctica judicial de otros países a la hora de precisar quién es consumidor. En el mismo sentido, es importante contestar las preguntas en cuanto al consumidor: *¿De qué se le debe proteger frente a la publicidad?, y ¿Cuáles son los elementos configuradores de una publicidad con relevancia penal?*

Según Rivero Sánchez (1997) al dar una respuesta a *¿Qué es el derecho del consumidor?*, expresa que la doctrina ha dado al menos cuatro respuestas diferentes a dicho interrogante, estas son:

- 1) Es una rama del Derecho;
- 2) Un sector del conocimiento jurídico y metajurídico que influye en el resto del ordenamiento;
- 3) Un conjunto de normas supracategoriales y suprasistémicas que cortan de manera transversal todo el ordenamiento y
- 4) Un discurso jurídico especializado.

El citado autor nos pone de manifiesto cuatro acotadas repuestas sobre lo que es el derecho del consumidor. Soy del criterio que sin menoscabo de las tres repuestas primarias me inclino a concebir el derecho del consumidor como un *“discurso jurídico especializado”* y que

para su aplicación práctica requiere de la sistematicidad del ordenamiento jurídico en general.

En tal sentido, tanto en la doctrina, como en el caso de nuestra legislación interna, considero al derecho de los consumidores como un discurso jurídico especializado que se va perfeccionando y consolidando en torno a la protección del consumidor y que proviene de las distintas ramas del ordenamiento jurídico.

Con respecto a *¿Qué es el derecho del consumidor?, ¿Qué es el derecho publicitario? y ¿Cómo se relacionan?* Es importante mencionar que en nuestro país existe una legislación especial que, como antes expresé, regula los derechos de los consumidores. No obstante, no poseemos hasta la fecha una Ley de Publicidad que de una manera armónica regule la actividad publicitaria, aunque se derive ésta del derecho constitucional a la información por ser la publicidad uno de los vehículos para su consecución.

Ante la carencia de una Ley de Publicidad en Nicaragua la Ley 182, Ley de Defensa de los Consumidores, en el capítulo IV de Información y Publicidad, en su artículo 13 dispone:

Todo proveedor de bienes brindará al consumidor información clara, veraz y suficiente al menos sobre las siguientes características: a) composición, Finalidad y aditivos utilizados; b) Cantidad de productos; c) Fecha de producción y vencimiento del producto; d) instrucciones e indicación para su uso; e) Advertencias, riesgos e incompatibilidades con otros productos.

2.1.1. El derecho a la información y educación

La información veraz, es un derecho fundamental, reconocido tanto en nuestra norma constitucional, como en la Ley de defensa del Consumidor y, al igual que el de educación, está orientado a proteger que el consumidor o usuario tenga el “*derecho a una información adecuada y clara*” (Ovalle Favela, 2000).

El derecho a la información veraz comprende conocimiento sobre los diferentes productos y servicios con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio, así como sobre los riesgos que representen.

En tal sentido, el derecho a la información, es considerado uno de los pilares más importantes sobre el que se ha erigido el derecho del consumo. Constituye el fundamento de las normas comerciales y de etiquetado, de regulación de la publicidad, constituye una *ratio* dentro de las relaciones de consumo entre proveedores de bienes y servicios y el consumidor o usuario.

Tanto, la información como la publicidad, aunque contienen diferencias, para asuntos de la presente investigación deben cumplir y reunir tres requisitos fundamentales, según Ovalle Favela (2000, p. 39):

1.- Que sean “veraces”, es decir, que los datos que contengan sean verdaderos, fidedignos, que correspondan a las condiciones reales de los bienes y servicios

anunciados. 2.- Que sean “comprobables”, lo que significa que las características de los productos y servicios anunciados, deben ser susceptibles de verificación y de confirmación. 3.- Que sean “precisas”, por lo que, como lo señala el propio precepto, la publicación y la publicidad deberán estar exentas de textos, diálogos, sonidos, imágenes y otras descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusión, por su inexactitud.

Como se podrá apreciar los fundamentos inmediatos de la protección al consumidor son los *derechos a la información y a la educación*. Sin ellos, el consumidor estaría en una mayor desventaja ante las relaciones económicas que eventualmente pueden sostener con un fabricante, productor, comerciante de bienes y servicios y que, mediatamente, puede afectarle otros derechos fundamentales como la salud, el medio ambiente o por último la vida.

El derecho a la educación, es un derecho fundamental básico, de indudable aplicación y observancia en las relaciones de consumo entre proveedores y consumidores, su finalidad es garantizar la libertad para escoger y la equidad en las contrataciones (Ovalle Favela, 2000). Ante toda manifestación que pretenda vulnerar esos dos objetivos fundamentales del derecho a la educación - *garantizar la libertad para escoger y la equidad en las contrataciones* – se estará en presencia de una publicidad engañosa, subliminal o ante métodos comerciales coercitivos.

Existe una violación a la libertad para escoger y a la equidad en las contrataciones, tanto en las cláusulas desproporcionadas como en los contratos de adhesión y, especialmente, en aquellos procedimientos de ventas que se basan en estrategias para sorprender e inducir a error al consumidor.

2.2. Órganos extrapenales de protección al consumidor

2.2.1. Órganos Administrativos

De conformidad a la Ley 182/1994, en materia administrativa interviene un órgano denominado Dirección de Defensa del Consumidor (DDC) el cual da recepción, trámite y resolución a las denuncias de los consumidores o usuarios en sede administrativa. Su superior jerárquico es el Ministro del Ministerio de Fomento Industria y Comercio (MIFIC).

Ambos órganos son de naturaleza administrativa y no poseen facultades jurisdiccionales. La función principal de la Dirección de Defensa del Consumidor, es velar por el cumplimiento de las disposiciones de la Ley 182/1994 y su Reglamento, difundir los derechos y deberes de los consumidores y realizar acciones de educación e información al consumidor, entre otras facultades predeterminadas en la Ley y su reglamento.

Sobre éste punto es importante mencionar que a la referida instancia (Dirección de Defensa del Consumidor) su base legal específica no le confiere la facultad u obligación de denunciar o ejercer la acción penal en aquellos supuestos en donde un hecho conocido en el ejercicio de sus funciones sea constitutivo de delito o falta.

Sin embargo, el Código Procesal Penal Nicaragüense, en el Capítulo I del Libro Segundo, referido a los procedimientos, artículo 223.1, impone a los funcionarios públicos la obligación de denunciar delitos de acción pública al establecer “*Tendrán la obligación de denunciar los delitos de acción Pública: 1. Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones*”.

Nuestra legislación penal en su artículo 468 establece el tipo penal de *Omisión del deber de perseguir delitos* orientadas a castigar aquellos supuestos en donde el funcionario público que en el ejercicio de su cargo conozca de hechos que pueden constituir delitos o faltas y que eluda o pretenda eludir su responsabilidad predeterminada por la ley procesal penal de denunciarlo.

2.2.2. Órganos civiles

La ley 182/1994 establece en su artículo 27 las responsabilidades civiles en que puede incurrir el proveedor de bienes y servicios, y enumera de manera taxativa los siguientes casos:

- a) Venta de bienes y servicios atribuyéndoles características o cualidades distintas de las que realmente tiene; b) Falta de cumplimiento con las condiciones de la oferta, promoción o propaganda; c) Venta de bienes usados o reconstruidos como si fuesen nuevos; d) Promoción de bienes y servicios con base a declaraciones falsas, concernientes a desventajas o riesgos de la competencia; e) Ofrecer garantías sin estar en capacidad de darlas.

Los daños de naturaleza económica que sufra eventualmente el consumidor en sus relaciones de consumo con proveedores de bienes, productos y servicios serán resueltos en la vía civil correspondiente en las formas predeterminadas en el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil de la República de Nicaragua.

2.3. Tipos penales de protección al consumidor. Publicidad Engañosa y Estafa: Consideraciones

Para efectos de la presente investigación se estudian y analizan los tipos penales de *publicidad engañosa* y *estafa*, contenidos en los artículos 272, 229 y 230 del Código Penal Nicaragüense. Ambas figuras delictivas se ubican dentro de la rúbrica de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, específicamente en los capítulos de los delitos contra la libre competencia y los consumidores y las defraudaciones, respectivamente.

El derecho penal del consumidor o del consumo es una clara manifestación del derecho penal económico, se caracteriza por ser la forma más intensa de la intervención estatal en asuntos de la economía (Moreno Castillo & Aráuz Ulloa, 2003).

La protección penal del consumidor es consecuencia de ésta intervención, motivada por una concepción de Estado Democrático y Social de Derecho – concepción que adopta nuestra norma constitucional en sus artículos 7 y 130 - que exige el amparo de quienes se

encuentran en una situación de inferioridad, frente al fabricante, productor y comerciante de bienes y servicios; es decir, ampara al consumidor ante eventuales infracciones de carácter patrimonial individual y socio – colectivas en la vida económica (Mir Puig, 1994; Moreno Castillo & Aráuz Ulloa, 2003).

Sobre la intervención del Estado que adopta un modelo social en los asuntos que atañen al consumidor, Bacigalupo (1998) es de la idea que el intervencionismo Estatal busca un punto de equilibrio entre la libertad de iniciativa, el orden público económico, la planificación y la acción estatal directa, propio de un Estado democrático y social de derecho.

Matus & Ramírez (2002) sostienen que como área del Derecho penal, el Derecho penal económico está comprendido por los delitos relativos a la quiebra, delitos societarios, los relativos al derecho del consumidor, que son los de nuestro interés en ésta investigación, los fiscales, aduaneros, los monetarios, los relacionados con la libre competencia y aún los laborales y ambientales.

Moreno Castillo & Aráuz Ulloa (2003) son de la opinión que el Derecho Penal Económico se ha expandido a proteger derechos que en décadas pasadas, según la opinión dominante, se entendían bajo una concepción restrictiva, es decir, aquellas acciones que tenían una intimidación penal y que eran propias del derecho económico de la administración estatal de la economía.

En ese sentido, Moreno Castillo & Aráuz Ulloa (2003, p. 222) expresan:

El Derecho Penal Económico actualmente se entiende en sentido más amplio, como consecuencia del Progreso del Derecho Económico hacia una disciplina autónoma ampliamente separada del Derecho Administrativo: La defraudación fiscal y el fraude de subvenciones, los delitos de y contra las instituciones bancarias y los seguros privados así como los delitos contra la Seguridad Social son considerados como delitos económicos, así también la quiebra fraudulenta, la falsificación de balances, la adulteración de medicamentos, la competencia desleal y las contravenciones en el comercio exterior.

Aunque los citados autores, Moreno Castillo & Aráuz Ulloa no mencionan de manera taxativa los derechos de los consumidores como sujetos de protección del Derecho Penal Económico, ello se desprende de la siguiente afirmación que hacen sobre el tema:

Cuando la doctrina habla de Derecho Penal Económico se refiere al conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden socioeconómico. Este, como objeto de protección puede entenderse en sentido estricto, como la participación estatal en la economía, o en sentido amplio, como el conjunto de normas protectoras de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. El Derecho Penal Económico, así entendido, no sería otra cosa que la intervención directa del Estado en la relación económica, imponiendo coactivamente una serie de normas y planificando el comportamiento de los distintos sujetos económicos (2003, p. 222).

Es concebible, entonces, la protección penal al consumidor, como una clara manifestación del Derecho Penal Económico, el cual debe y tiene que intervenir en aquellos supuestos en donde haya una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos individuales y colectivos,

producto de la intervención de agentes económicos, financieros, fabricantes, productores, comercializadores, publicistas de bienes y servicios.

2.3.1. La publicidad engañosa

El fenómeno de la publicidad es un tema básico para el desarrollo comercial, y por tanto económico de un país. La publicidad supone un poderoso instrumento que incide de manera directa sobre los potenciales consumidores, dirigiendo y encauzando el mercado de forma decisiva para la adquisición de bienes y servicios.

El fin de la publicidad es dar información sobre la existencia y características de productos y servicios objeto de comercialización, por ello, para evitar abusos en esa actividad publicitaria, se han establecido mecanismos de protección administrativa, civil y penal, a través de la regulación jurídica existente.

La actividad publicitaria se ha convertido en un medio poderoso para la difusión de información e ideas, trasmite imágenes, sonidos que buscan, en el caso concreto, captar clientes reales y potenciales, al grado de que todo producto, bien o servicio requiere ser promocionado mediante distintas formas de publicidad para obtener las metas de ventas y el correspondiente éxito empresarial.

Sin embargo, existen publicidades agresivas que no se sustentan en criterios de adecuación social y son susceptibles de incidir gravemente de manera negativa en los intereses económicos y socioeconómicos de los consumidores. En ese sentido, González (1986, p. 207) plantea que “*el uso desviado de la publicidad puede resultar verdaderamente dañoso tanto para el consumidor como para los competidores*”, razón por la cual, es claramente identificable que *la publicidad engañosa* está orientada a la tutela penal hacia el *consumidor* y la *competencia desleal* hacia los competidores.

En ese contexto la Ley 641/2008, Ley de Código Penal, introdujo en el Título VI bajo la rúbrica *Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico*, el Capítulo XIII, los *Delitos contra la libre competencia y los consumidores* por primera vez en la historia de Nicaragua el delito de publicidad engañosa en el artículo 272 el que literalmente dice:

Quien por cualquier medio publicitario realice afirmaciones engañosas, acerca de la naturaleza, composición, origen, virtudes o cualidades sustanciales, descuentos, condiciones de la oferta, premios o reconocimientos recibidos de los productos o servicios anunciados, capaces por sí mismo a inducir a error al consumidor o perjudicar a un competidor, será penado con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por el mismo periodo para ejercer profesión, oficio, industria o comercio, o, de trescientos a quinientos días multa.

La multa se aumentará al doble en sus límites mínimo y máximo, cuando se trate de publicidad relacionada con productos alimenticios, medicamentos o los destinados al consumo o uso infantil.

Como podemos apreciar el delito de publicidad engañosa tipificado en nuestra legislación penal tiene significancia desde la perspectiva socioeconómica, no solamente por su

ubicación sistemática en la norma penal, sino también, por su finalidad. Sin embargo, en cuanto al engaño, aunque el tipo penal no lo describa de manera taxativa debe constituirse para su existencia un engaño idóneo que induzca a error al consumidor y por ende ponga en peligro bienes jurídicos colectivos que pretende proteger el tipo penal.

Previo a la entrada en vigencia de la Ley 641/2008, Ley de Código Penal que introduce por primera vez el tipo penal de publicidad engañosa, los supuestos de hecho de publicidad engañosa se encuadraban dentro del tipo penal de estafa conforme al artículo 19 de la Ley 182/1994.

La vía adoptada por el legislador, en ese momento, para perseguir penalmente los actos constitutivos de publicidad engañosa incluyéndolo en el tipo penal de estafa a mi juicio no era la apropiada en tanto que, en muchas ocasiones, suponía la desprotección penal al consumidor, puesto que al tratarse la publicidad engañosa de una *modalidad de peligro*, se criminalizaba de forma directa mediante la estafa. Ese error legislativo fue superado con la tipificación de la publicidad engañosa como tipo penal independiente al de estafa en la ley 641/2008, Ley de Código Penal de Nicaragua al derogar de manera tácita el artículo 19 de la Ley 182/1994 según las reglas de especialidad y el principio de supremacía de la ley más reciente.

La concepción clásica de protección de bienes jurídicos se enfoca en la tutela de bienes jurídicos de carácter concreto e individual. En el moderno Derecho Penal es cada vez más una protección institucional, Hassemmer & Muñoz Conde (1995, p. 28), en el sentido de que los bienes jurídicos a proteger son cada vez más universales en lugar de individuales.

Al respecto Choclan Montalvo (2009, p. 78) expresa:

Ciertamente, el Derecho Penal clásico ha evolucionado hacia un Derecho Penal más moderno que, más preocupado por los intereses individuales del ciudadano, se concentra en sectores directamente relacionados con la sociedad o incluso con el Estado, tutelando de forma directa, y no mediante la globalización de protecciones individuales, las condiciones básicas para que el desarrollo de los derechos individuales pueda tener lugar.

(...) determinados bienes colectivos se tutelan por el Derecho Penal en forma directa, pero esa tutela supone un anticipo de la protección del bien individual, pues, como se dijo, la tutela de intereses colectivos, sólo es legítima cuando tenga como referencia central al individuo y los bienes que individualmente le pertenecen.

Como he puesto de relieve, la protección penal que goza el consumidor ante posibles lesiones o puesta en peligro de bienes jurídicos se concretiza mediante la tipificación, como un tipo penal independiente, de la publicidad engañosa. Este tipo penal constituye una modalidad anticipada de tutela penal frente al riesgo de acciones que constituyan lesividades no concretas a bienes jurídicos.

Desde el punto de vista político criminal el tipo penal de publicidad engañosa sólo tiene justificación como una modalidad de peligro en tanto proteja bienes jurídicos difusos o

colectivos que tengan como finalidad la protección de bienes jurídicos individuales con base en la teoría monista del bien jurídico.

En tal sentido, sostengo que el delito de publicidad engañosa, tiene presente *prima facie* al colectivo de consumidores como eventuales demandantes de bienes y servicios, como sujetos a los que se dirige la actividad publicitaria y con la incorporación de ésta figura delictiva se le protege de aquella actividad publicitaria que lo induzca a error y por ende transgreda el principio de veracidad propio del derecho a la información.

En la publicidad engañosa se tutelan intereses difusos de los consumidores. Se dirige en último término a garantizar un orden concurrencial no falseado y obtener un adecuado funcionamiento del sistema económico de mercado que establece nuestra Constitución, contemplando como objeto inmediato de protección el derecho de los consumidores a recibir una información veraz en la información publicitaria. (Torio López, 1991; Martínez Pérez, 1992).

En ese sentido, el tipo penal de publicidad engañosa tutela penalmente los derechos del consumidor a la libertad y su capacidad de decisión en la adquisición de productos, bienes y servicios.

En esa misma línea, Martínez Pérez (1992, p. 70) escribe:

La finalidad primordial de éste delito es tutelar los intereses de los consumidores que se materializan ante todo en el derecho a recibir una información veraz sobre los productos o servicios anunciados, aunque se concibe como un “derecho instrumental” destinado a conseguir la efectiva realización de otros derechos fundamentales (salud, seguridad, intereses económicos). (...) protegiendo a los consumidores frente a la publicidad falaz, se está simultáneamente salvaguardando la transparencia en el mercado y se hace posible que el consumidor pueda desempeñar con eficacia el papel de árbitro que debe cumplir en el marco de una economía de mercado.

Martínez Pérez en la cita que precede nos pone en alerta en el sentido de que el consumidor debe jugar un papel de árbitro en el marco de una economía de mercado en la protección de sus derechos, papel que no debe verse influenciado ni confundido con otros intervinientes. Tal es el caso de los competidores, donde si bien es cierto el tipo penal de publicidad engañosa nicaragüense lo aborda, no es motivo de ésta investigación en tanto que sólo lo he delimitado al estudio de la referida figura delictiva como medio de protección penal al consumidor.

Este tipo penal de publicidad engañosa presenta el carácter de un tipo penal de *perigo abstracto*, que no requiere un perjuicio real del consumidor, basta que llegue efectivamente a producir error en los consumidores en su percepción del producto o servicio; los intereses protegidos, como antes dije, son los intereses difusos de los consumidores en cuanto colectivo de destinatarios de la oferta de productos y servicios.

La publicidad engañosa, es una manifestación del Derecho penal moderno, consecuencia de la atención que en los últimos tiempos poseen las políticas de criminalización, orientadas a

proteger peligros a bienes jurídicos, generalmente, de naturaleza colectiva, como ocurre concretamente con los derechos de los consumidores.

El Derecho Penal moderno es un fenómeno cuantitativo y cualitativo, en nuestra experiencia tiene lugar en la parte especial del nuevo código penal y se expresa, en primer lugar, mediante un aumento considerable de figuras delictivas de *peligro abstracto* y, en segundo lugar, mediante una ampliación del ámbito de aplicación especialmente en sus verbos rectores y una agravación de algunos tipos penales clásicos.

Esa tendencia a incorporar nuevas figuras delictivas, generalmente de *peligro abstracto*, que parece no tener límites, constituye para algunos tratadistas que estamos en presencia del denominado “expansionismo del derecho penal” (Muñoz Conde, 2000; Luzón Peña, 2011; Roxin, 1999). Manifestaciones particulares de ese Derecho penal moderno es el denominado Derecho penal socioeconómico, que comprende dentro de su rúbrica al denominado *Derecho penal del consumidor*.

Se consideran delitos de peligro abstracto, según Bernate (2006, p. 48) aquellos en los cuales el legislador al calificarlos en la ley penal no exige el daño en el tipo objetivo, sino que lo presume al realizarse la conducta típica descrita en el tipo penal al haber sido puesto en peligro el bien jurídico. En ese mismo sentido dice “*en estos delitos de peligro, no es necesaria la verificación del daño causado en el caso concreto*”.

En esa misma línea Wessels (1980, p. 10) expresa:

En los delitos de peligro abstracto es fundamental la suposición legal de que formas de conducta determinadas son generalmente peligrosas para el objeto de protección. Aquí, la peligrosidad de la acción no es característica del tipo, sino tan sólo fundamento para que la disposición exista, de suerte que el juez no ha de examinar si realmente se ha producido un peligro en el caso particular.

Queda de manifiesto que los delitos de peligro abstracto no exigen la existencia de un daño, basta con la eventual puesta en peligro del bien jurídico mediante la realización de una conducta, como mera actividad, sin requerirse para su configuración otra exigencia probatoria, estructura que acoge el tipo penal de publicidad engañosa que no exige resultado concreto, sino que basta que la conducta desplegada por el agente activo *induzca a error* al consumidor.

2.3.1.1. La conducta típica

Las cuestiones dogmáticas más importantes a la hora de determinar la conducta típica que se define en el artículo 272 del Código Penal Nicaragüense (CPn), son aquellas acciones consistentes en *realizar afirmaciones engañosas*, sobre las características del producto o servicio, que sea *capaces por sí mismo a inducir a error al consumidor* o se perjudique al competidor. En parte el precitado artículo 272 CPn dice:

Quien por cualquier medio publicitario realice afirmaciones engañosas, acerca de la naturaleza, composición, origen, virtudes o cualidades sustanciales, descuentos, condiciones de la oferta, premios o reconocimientos recibidos de los productos o

servicios anunciados, capaces por sí mismo a inducir a error al consumidor o perjudicar a un competidor, será penado con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por el mismo periodo para ejercer profesión, oficio, industria o comercio, o, de trescientos a quinientos días multa. (...)

Este tipo penal se estructura como una conducta de comisión activa: *realizar afirmaciones engañosas*, estas alegaciones deberán entenderse como toda discrepancia fundamental con la realidad, es decir, una discrepancia o falsedad objetiva y esencial con la realidad. (Bajo & Bacigalupo, 2010).

Aunque el tipo penal objeto de estudio se estructura como de conducta activa, son considerables aquellos actos publicitarios que silencien datos fundamentales de los bienes y servicios cuando la omisión induzca a error a los destinatarios. En tal sentido, a mi criterio es perfectible el tipo penal de publicidad engañosa tanto por acción y omisión, en tanto que deben considerarse aquellas conductas discrepantes como inciertas con la realidad, por acción u omisión, que sean capaces de inducir a error al consumidor.

La conducta típica, es decir, las alegaciones por las que debe entenderse tales afirmaciones engañosas deben realizarse en el marco de la publicidad, aunque la Ley 182/1994 no define qué es publicidad, debe entenderse que ésta es una actividad de información orientada a la difusión de un determinado producto o servicio con el fin de promover su adquisición por una pluralidad de personas. (Bajo & Bacigalupo, 2010);

Los sujetos activos en el tipo penal de publicidad engañosa, en el caso nicaragüense, no son tan sólo los fabricantes y comerciantes como el caso de la legislación penal Española, sino cualquier persona. Por la redacción del tipo penal de publicidad engañosa de Nicaragua, se identifica como un delito común y no un *delito especial propio* como en el caso del delito publicitario Español que los sujetos activos del mismo sólo pueden ser los *fabricantes y comerciantes*.

En ese sentido, el artículo 282 del Código Penal Español (Cpe, 1995), reza:

Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a dieciocho meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hicieren alegaciones falsas o manifestaran características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan perjudicar notablemente a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos.

Del citado artículo 282 CPe, se desprende que la participación de los administradores de hecho o de derecho de las agencias publicitarias, sólo podrán responder como partícipes de ese delito especial en tanto no concurren en ellos las cualidades especiales de autoría – *fabricantes o comerciantes* – que exige el tipo penal; lo que no ocurre en el caso de la legislación penal nicaragüense donde bien puede ser considerada autor del referido delito de publicidad engañosa cualquier persona natural o jurídica.

De concurrir en la conducta típica agentes publicitarios, que normalmente son los que realizan la actividad publicitaria, podrán participar en la conducta delictiva como *cooperadores*

necesarios si se limitan a difundir el engaño que tiene que haber nacido de cualquier persona o del fabricante, productor o comerciante. Si la conducta delictiva de *realizar informaciones engañosas que induzcan a error* nace de ellos, son autores directos de la misma (Vives Antón, Boix Reig, Orts Berenger, Carbonell Matéu & González Cussac, 1999).

En ese mismo sentido, Vives Antón, Boix Reig, Orts Berenger, Carbonell Matéu & González Cussac (1999, p. 525) critican la postura del legislador Español con respecto a la figura del delito publicitario y dicen:

(...) puede resultar inadecuada la regulación, ya que son precisamente las agencias de publicidad las que suelen dirigir las campañas y, por consiguiente, decidir el contenido del producto publicitario. La acción consiste en hacer alegaciones falsas o manifestar características inciertas sobre los productos o servicios. La falsedad ha de ser tanto objetiva como subjetiva; es decir, no ajustarse a la realidad y además realizarse con pleno conocimiento y voluntad de engañar. A mi entender se produce una grave laguna al no preverse la omisión de la información sobre efectos secundarios nocivos o defectos que pueda tener el producto o el servicio; naturalmente al margen de que tal omisión constituya otra figura delictiva, como por ejemplo el delito contra la salud pública regulado en el artículo 362.I.3; esto es, la omisión de información de efectos secundarios de los medicamentos.

Comparto su postura en tanto que considero que el tipo penal de publicidad engañosa bien puede ser realizado, tanto por *quien realice afirmaciones engañosas*, sobre las características del producto o servicio, que *induzcan a error al consumidor* o se perjudique al competidor, es decir, por acción; como también por *quien omite* información veraz sobre el producto o servicio que conlleve o induzca a error al consumidor, configurándose el mismo delito por omisión.

Por tal razón considero que el legislador debió introducir de manera taxativa por respeto al principio de legalidad en el tipo penal de publicidad engañosa (art. 272) nicaragüense que la conducta se perfecciona cuando el sujeto activo *realice afirmaciones engañosas u omite información veraz que por sí mismas induzcan a error al consumidor*.

Toda conducta activa que por sí misma induzca a error al consumidor es relevante para ésta figura delictiva, sin embargo soy del criterio que esa conducta debe afectar de manera significativa bienes jurídicos que el tipo penal protege de acuerdo al principio de lesividad u ofensividad, posición que abordaré en el capítulo final de ésta investigación.

Desde la vertiente activa, serán relevantes aquellas conductas que constituyan tipos de publicidad de productos con propiedades inexistentes, ejemplo: publicidad de productos que se presentan como poseedores de propiedades curativas, los llamados productos milagro, entre ellas las que aseguran que el consumidor conseguirá perder peso, sin esfuerzo, sin dietas, eliminar sus dolores de espalda, etc.

Otra modalidad activa de forma aditiva en la publicidad consiste en aquellos *spot* publicitarios en donde se insertan testimonios inexistentes o engañosos donde, en muchas ocasiones, los anuncios presentan a supuestos consumidores que han adquirido el producto

anunciado y han quedado satisfechos. En la mayoría de los casos, estos testimonios son totalmente falsos, y los consumidores no son más que actores pagados por el anunciante.

Otras conductas constitutivas de publicidad engañosa son los llamados negocios piramidales que mediante afirmaciones engañosas sobre las ventajas económicas que tendrá el consumidor ante la posibilidad de invertir en determinados bienes o servicios, afirmación que son capaces por sí mismos de inducir a error a un colectivo de consumidores, configurándose desde ese momento el tipo penal.

En la modalidad omisiva, que el legislador debe de incorporar dentro del tipo penal de publicidad engañosa, éste se puede perfeccionar según Durandin (1983) en aquellos supuestos en donde se suprime, niega u oculta información referida al producto o servicio. Posición que se adecua al concepto de omisión que desarrolla *“privar al interlocutor de una información, y de ser posible, en no dejarle siquiera adivinar esa carencia”*.

En tal sentido considero, que omitir información dentro de la publicidad que sea necesaria para la comprensión y conocimiento del consumidor de las cualidades del producto o servicio debe ser relevante para el derecho penal, así mismo aquellas conductas publicitarias en formato de “letra pequeña” en tanto que son susceptibles de llevar a *confusión o error*.

2.3.1.2. Bien jurídico protegido

El delito de publicidad engañosa se encuentra regulado en el Código Penal nicaragüense en el Título VI bajo la rúbrica Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico, Capítulo XIII, Delitos contra la libre competencia y los consumidores. De ello se infiere que el sujeto individual no es el titular por excelencia del bien jurídico, sino que es la colectividad, el objetivo de la norma es la protección de los intereses generales socioeconómicos que se concretizan mediante el derecho a una *información veraz* (Bajo & Bacigalupo, 2010).

Es mediante la información veraz que se permitirá al consumidor poder formar de manera libre su voluntad de adquirir bienes o servicios ofertados en el mercado. De no existir una información veraz de manera indirecta se estaría afectando a la libre competencia.

Puede afirmarse que la intervención penal en éste ámbito se halla justificada porque existe un bien jurídico que se desea tutelar: *el interés de los consumidores en el mantenimiento de la veracidad publicitaria*, como concreción de los genéricos intereses económicos patrimoniales de los consumidores. Se trata de un bien jurídico de los denominados *“supraindividuales”*, ya que se refiere a los intereses de un determinado colectivo, y se construye como una abstracción conceptual para abarcar los bienes jurídicos individualizables del conjunto de consumidores, concretamente su patrimonio y su libertad de disposición económica. (Sánchez García de Paz, 1999; Corcoy Bidasolo, 1999).

Teniendo en cuenta el no delimitado radio de expansión de la publicidad, y consecuentemente la indeterminación del peligro para un amplio e indeterminable número de patrimonios se construye éste bien jurídico de tal modo que, castigando su lesión - la

quiebra de la veracidad publicitaria - se sanciona simultáneamente la puesta en peligro de los bienes jurídicos individuales (*el patrimonio*) de todos los consumidores. (Martínez-Buján Pérez, 2007; Puente Aba, 2002; Corcoy Bidasolo, 1999).

En tal sentido, Bajo & Bacigalupo (2010, p. 558) expresan:

La figura de la publicidad engañosa reviste, en cierta medida una conducta semejante a la estafa, nos encontramos aquí ante un bien jurídico fundamentalmente colectivo y supraindividual cuya titularidad recae sobre los consumidores adelantándose de ésta forma la protección penal a un estadio... (donde), aún no se ha producido un daño patrimonial individual, pero se lesionan las expectativas del conjunto de consumidores.

En otro sentido, si la lesión es concreta que afecta a bienes jurídicos individuales como la vida o el patrimonio, será objeto de valoración y análisis por la vía del concurso de leyes o normas.

2.3.1.3. Sujetos activos

El sujeto activo en el tipo penal de publicidad engañosa establecido en el artículo 272 de la Ley 641/2008, Ley de Código Penal, bien puede ser concretado en cualquier persona natural o jurídica que realice la acción típica prevista en la citada norma penal. Es considerado un delito común en tanto que no exige cualidades específicas para la autoría. Por el contrario, el artículo 282 del Código penal español delimita expresamente quiénes pueden ser autores, es un *delito especial*, sólo podrá ser cometido por aquellos sujetos específicamente designados en la ley, es decir, los *fabricantes y comerciantes*.

Quiero aclarar que la imputación penal a las personas jurídicas es discutible en cuanto existen distintas concepciones acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, considero que es atribuible responsabilidad penal a los representantes de hecho y de derecho de personas jurídicas mediante la regla de autoría del actuar en nombre de otro. Aunque es necesario acotar que éste no es la finalidad de la presente investigación.

Los sujetos activos en la legislación penal nicaragüense pueden verse inmersos los fabricantes, comerciantes, agentes de publicidad y cualquier persona que se dedique de manera directa o indirecta a ofertar mediante cualquier medio publicitario bienes, productos y servicios, incluyéndose dentro de ésta última categoría los medios de comunicación, aunque la determinación de su autoría y participación estará en dependencia del caso concreto

Así mismo, pueden existir supuestos en donde el fabricante, productor, comerciante o cualquier persona natural o jurídica que se dedique a actividades de comercio y requiera publicitar sus bienes, productos y servicios, contrate agencias de publicidad; cuando las agencias elaboren la publicidad con base en los datos fraudulentos proporcionados por el anunciante, desconociendo tal situación, serán meros instrumentos, convirtiéndose el anunciante en autor mediato del tipo penal de publicidad engañosa.

Lo contrario sucedería cuando son las propias agencias publicitarias quienes conscientemente desarrollan esa actividad publicitaria de carácter delictivo, lo cual ocurrirá generalmente en connivencia con el propio anunciante, siendo difícilmente imaginable la ejecución de este comportamiento por la agencia con absoluto desconocimiento de quien encarga la publicidad. En éste segundo supuesto el anunciante podría ser un cooperador necesario del tipo penal relacionado.

En cuanto a los sujetos activos de éste tipo penal en la legislación Española, según Puente Aba (2002) el objetivo del legislador español seguramente consistió en identificar descriptivamente a quienes, por la propia naturaleza de su actividad en el mercado, son lógicamente los emisores de publicidad de bienes y servicios. No obstante, esta precisión podría llegar a plantear el problema de dejar fuera del ámbito típico determinados comportamientos de difusión de publicidad inveraz que sean efectuados por sujetos que no encajan en el perfil de sujetos activos.

Soy del criterio que la determinación de autoría que adopta el código penal español garantiza una mejor seguridad jurídica a los eventuales justiciables - aunque con sus limitaciones conceptuales - es decir, la norma penal se orienta a quienes son, lógicamente, los dueños o emisores de la publicidad de bienes y servicios. Así mismo, en ningún momento deja en impunidad acciones de terceros no cualificados, su participación en ese delito se rige bajo las reglas de accesoriedad y unidad del título de imputación.

2.3.1.4. Sujetos pasivos

Los sujetos pasivos del delito de publicidad engañosa están constituidos por el colectivo genérico y difuso de los consumidores. El concepto básico de consumidor en nuestra legislación es el contenido en el artículo 4, literal “a” de la Ley 182/1994. Este precepto considera consumidor a “*Toda persona natural o jurídicas que adquiera, utilice o disfrute, como destinatario final bienes, productos o servicios de cualquier naturaleza*”. Definición normativa que incluye a mi juicio tanto al consumidor y al usuario, considerando a éste último como aquel que utiliza y disfruta un bien o servicio.

Sin embargo, de la definición precitada y de la estructura del tipo penal de publicidad engañosa se desprende que quien goza de la protección penal en *estricto sensu* es el consumidor, en tanto que es la persona a quien de manera directa van dirigidas las acciones publicitarias destinadas a convencerlo de que adquiera un producto, bien o servicio.

Nuestra legislación penal no estableció un concepto normativo de consumidor a como lo hizo, con el concepto de autoridad o funcionario público, ello nos obliga a adoptar la existente, para efectos penales en el artículo 4 de la Ley 182/1994, en donde se incluye al usuario dentro del concepto normativo de consumidor, aunque a mi criterio la modalidad de éste tipo penal no se extiende al mismo.

2.3.1.5. Tipo subjetivo

Nuestra legislación penal castiga la comisión del delito de *publicidad engañosa*, solamente de forma dolosa. Considero que es admisible en éste delito la posibilidad del dolo eventual en tanto que es atribuible *in mente* que el dueño de actividad publicitaria debe de conocer las alegaciones engañosas de sus productos y servicios y de su idoneidad para inducir a error al consumidor como elemento objetivo exigido por el tipo.

En éste tipo penal, no se admite la modalidad imprudente al adoptar nuestro legislador el sistema de *numerus clausus* de manera normativa en el artículo 22 de la ley 641/2008 que literalmente dice: “*Cuando la ley tipifica una conducta lo hace a título de dolo, salvo que expresamente establezca la responsabilidad por imprudencia*”.

2.3.2. La estafa: Tipo penal de protección penal al consumidor

La estafa es un tipo penal que se encuentra concebido en nuestra legislación penal desde antes del Código Penal de 1974. No obstante, es hasta la entrada en vigencia en el año 1994 de la Ley de defensa del consumidor que se consideran algunas acciones que afectan a los consumidores y usuarios constitutivos del delito de estafa.

La ley 182/1994, Ley de defensa del consumidor en su artículo 19, expresa:

La oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios constituye delito de estafa, sin perjuicio de otras responsabilidades penales o civiles. Se considera que hay engaño cuando: a) En cualquier tipo de información, comunicación, publicidad comercial, envases o etiquetas se utilicen textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente impliquen inexactitud, oscuridad, omisión, ambigüedad o exageración; b) Se induzca al consumidor a engaño, confusión o error sobre: El origen comercial geográfico del bien ofrecido; El lugar de prestación del servicio; Componentes e ingredientes del bien ofrecido; Los beneficios o implicancias del uso del producto o la contratación del servicio; Las características básicas del producto a vender o el servicio a prestar, tales como dimensión, cantidad, calidad, utilidad, durabilidad u otros; Fecha de elaboración y vida útil del bien; los términos de garantía que se ofrezcan; Los reconocimientos nacionales o extranjeros tales como medallas, premios, trofeos o diplomas. El precio del bien ofrecido, las formas de pago y el costo al crédito.

Las conductas típicas contenidas en el precitado artículo 19 de la Ley 182/1994 eran consideradas delito de Estafa. Con la aprobación y entrada en vigencia de la Ley 641/2008, Ley de Código Penal en donde el legislador tipificó como tipos penales independientes a la estafa y la publicidad engañosa, como antes expresé, éste artículo 19 de la Ley 182/1994 fué derogado de manera tácita por la novel Ley de Código Penal bajo la regla de especialidad y el principio de supremacía de la ley más reciente.

El delito de estafa se encuentra regulado en el Código penal nicaragüense, en el Título VI bajo la rúbrica Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico, Capítulo V, de las Defraudaciones y la tipifica en el artículo 229:

Quien con el propósito de obtener un provecho ilícito, para sí o para un tercero, mediante ardid o engaño, induzca o mantenga en error a otra persona para que realice una disposición total o parcial sobre el patrimonio propio o ajeno, siempre que el valor del perjuicio patrimonial exceda la suma equivalente a dos salarios mínimos mensuales del sector industrial, será penado con prisión de uno a cuatro años y noventa a trescientos días multa.

Del concepto normativo de estafa se desprenden los elementos constitutivos del mismo, a mi criterio estos presupuestos básicos para su existencia son los mismos que ha adoptado la doctrina y la jurisprudencia Nicaragüense y especialmente la del sistema continental, dentro de ella la jurisprudencia de España. Según sentencia del Tribunal Supremo Español número 1/2007 de 2 de enero, los elementos del tipo de estafa son:

- a) Un engaño precedente o concurrente, idóneo y suficiente, para provocar un error en el sujeto pasivo; b) la producción de dicho error en éste; c) un acto de disposición patrimonial por parte del mismo, consecuencia de dicho error; d) un ánimo de lucro en el sujeto activo y; e) una relación de causalidad entre el engaño y el perjuicio sufrido.

Al respecto Herrera Espinoza (2008, p. 120) sobre los actos de engaño, citando a Soto y Rodríguez Cano, dice:

(...) estos actos no alcanzan realmente notoriedad y trascendencia hasta la generalización de la actividad publicitaria en el mundo empresarial. Así, se sancionan estos actos en la medida en que se provoca una decisión de la clientela basada no en las prestaciones que realmente se ofrecen, sino en una prestación que induce a error.

Continúa Herrera Espinoza (2008, p. 121), citando a Rodríguez Cano:

En definitiva, existe engaño siempre que las indicaciones que se destinan a atraer a los clientes potenciales inducen a error sobre las características de la prestación que se ofrece. Así mismo, conviene destacar que el engaño puede provenir de la omisión de datos que debería conocer el cliente potencial y que son relevantes para su decisión.

Aunque Herrera Espinoza, citando a Rodríguez Cano, nos da algunas luces sobre lo que debe considerarse engaño, es menester reconocer que sus apreciaciones están orientadas al *engaño* requerido para la configuración del tipo penal de publicidad engañosa bajo la vertiente del Derecho de competencia. Sin embargo, es menester reconocer que el *engaño* en el delito de estafa es un elemento de éste y es necesario para su configuración a fin de que debido a su influencia el sujeto pasivo disponga de su patrimonio.

Con respecto a la estafa, Choclan Montalvo (2009, p. 21), dice:

Desde que la estafa penetró en el Derecho Penal procedente del Derecho Romano tardío, donde fue llamada *stellionatus* (de *Stellio*, escorpión, que hierde alevosa y perversamente), se caracterizó por la ruindad y villanía, la estafa es concebida ya desde sus orígenes como un ilícito de carácter traicionero, de ataque a las fides, distinguiéndose convenientemente del delito violento.

Actualmente la delincuencia económica ha merecido una atención creciente por la criminología, al respecto Von Hentig (1972, p. 19) con respecto a la estafa dice "*es el delito contra la propiedad del mundo moderno*". La criminalidad violenta, propia de los delitos puros de

ataque, son delitos que se presentan desde antiguo, actualmente se observa una evolución de las modalidades de criminalidad violenta, aunque sin menoscabo de su realización, hacia modalidades delictivas en donde prevalece el engaño y el fraude.

En ese sentido Niceforo (1902, p. 5) planteaba “... *el delito en la sociedad bárbara se realiza preferentemente mediante la violencia, ahora se realiza especialmente por el fraude*”.

Se concibe esa evolución como mecanismos de una criminalidad asociada a la marginalidad hacia una criminalidad denominada de *cuello blanco*, categoría que si bien es cierto no posee un reproche penal, ni pertenece al delito de estafa de forma necesaria, es concebido, según Sutherland (1999) como aquel cometido por una persona de responsabilidad y de status social alto en el curso de su ocupación. (Moreno Castillo & Arauz Ulloa, 2003).

En ese sentido, es necesario reconocer que a medida que evoluciona el derecho penal se va convirtiendo en clásico lo moderno, y desde ese punto de vista, la estafa pertenece al derecho penal clásico, aunque sigue siendo un tipo penal establecido en nuestra legislación que contiene una función básicamente individualista, tanto del sujeto pasivo como activo, en tanto que es un delito que tutela derechos económicos individuales.

Ante esa forma elemental del delito de estafa es preciso identificar si el mismo puede ser conducido o reconducido a una categoría más amplia a fin de que proteja bienes jurídicos colectivos o supraindividuales propio de un Derecho Penal Económico.

En tal sentido Choclan Montalvo (2009, p. 22), expresa:

(...) sólo en ocasiones el delito de estafa incide sobre el orden económico, en la economía, salvo que se aluda en sentido impropio a la economía particular. Pero no puede desconocerse que, con más frecuencia, la estafa se presenta en la actualidad ligada al funcionamiento de unidades económicas de producción, esto es a la llamada criminalidad de empresa, y, por ello, con un potencial lesivo, mucho mayor, por lo que delitos clásicos, como la estafa, ofrecen una nueva dimensión y pueden ser ubicados dentro de la categoría del Derecho Penal Económico en un sentido muy amplio.

Sin embargo, este Derecho Penal Económico en sentido amplio – delitos tradicionales que se desarrollan en el ámbito de los negocios o de la empresa – se fundamentan en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos clásicos, como el patrimonio, por lo que en general no ofrece dudas de legitimidad. No obstante, resulta dudosa como señala, Muñoz Conde (1995, p. 265), la conveniencia de diluir en el Derecho penal económico el ya muy bien delimitado Derecho penal patrimonial que regula las infracciones delictivas de las relaciones patrimoniales de carácter privado. (Moreno Castillo & Arauz Ulloa, 2003).

Aunque Bottke (1995, p. 637) es del criterio que no existen dudas de legitimidad, por ello expresa que la legitimidad se encuentra fundamentada de la siguiente manera:

Si un comportamiento está sancionado penalmente, o es sancionable, con independencia de que pueda cometerse eventualmente en el ámbito de la empresa o de los negocios, porque lesiona o pone en peligro bienes jurídicos clásicos (por ejemplo, el patrimonio o la seguridad de la fuerza probatoria documental en el tráfico jurídico) o

nuevos bienes jurídicos protegidos ubiquote (por ejemplo, el bien ecológico de la pureza de las aguas), el principio de igualdad exige considerar también punible la ejecución de este comportamiento criminal, de carácter general, cuando se realice en el ámbito de las unidades económicas.

De ello se desprende que el Derecho Penal Económico encuentra su legitimidad en la lesividad o puesta en peligro de bienes jurídicos, individuales y colectivos, y agrupa comportamientos que son punibles con independencia de que tengan lugar en el contexto de una empresa o negocio determinado. (Moreno Castillo & Arauz Ulloa, 2003).

Desde esa perspectiva clásica del delito de estafa, éste se concibe como un delito de lesividad concreta, referido a la economía individual. El tipo penal de estafa de manera aislado no tendrá, de ordinario, capacidad para incidir gravemente en la economía nacional. Aunque ello no implica que existan modalidades de estafa – doctrinalmente - que ameriten una anticipación de tutela en la ley penal al margen de su lesividad concreta, aunque de conformidad al principio de legalidad se exige que en este tipo penal debe existir una lesividad concreta.

El delito de *estafa* es un delito de lesividad concreta, individual. *¿Cómo se protege a personas que vean distorsionados sus derechos económicos en su calidad de consumidores y usuarios de productos, bienes y servicios dentro de un sistema de mercado?* En este caso es evidente un interés general o colectivo que merece tutela jurídica y penal ante posibles daños o puesta en peligro de bienes jurídicos.

Si la lesión al bien jurídico patrimonial del colectivo de consumidores y usuarios es determinable, estamos en presencia de un tipo penal de estafa. Por el contrario si, aún no existe una lesión directa y concreta al bien jurídico patrimonio, pero existen en el ambiente publicitario suficientes acciones que ponen en riesgo o peligro bienes jurídicos colectivos *mediante afirmaciones engañosas que pueden inducir a error*, se requiere la intervención penal mediante el tipo de publicidad engañosa.

Choclan Montalvo (2009, p. 23) es del criterio que:

(...) en determinadas modalidades de la estafa será posible apreciar una dimensión supra individual y la construcción del tipo penal como delito de peligro. En realidad toda lesión de un bien patrimonial individual puede suponer – al menos abstracta – del sistema de distribución y consumo de bienes y servicios, aunque sea por el riesgo de generalización que conlleva.

Determinadas modalidades de estafa son concebidas en esa dimensión socioeconómica, en las que fundamentalmente se protege la libertad de disposición, (...) y en consecuencia, se configuran básicamente siguiendo la técnica del delito de peligro abstracto, rechazando su consideración como delitos de lesión patrimonial del sujeto económico individual.

Sobre la idea precitada de Choclan Montalvo se sustenta la anticipación de la tutela penal en la modalidad de estafa, la publicidad engañosa, en tanto que ésta se configura, además de otras formas, cuando existe una información incorrecta en la oferta de productos, bienes y

servicios que puedan afectar un conglomerado de personas indeterminadas, con un grave riesgo para la regularidad en el intercambio de productos, bienes y servicios.

2.3.2.1. La conducta típica

Las cuestiones dogmáticas más importantes a la hora de determinar la conducta típica que se define al delito de estafa contenido en el artículo 229 del Código Penal Nicaragüense (CPn), son aquellas acciones consistentes en *inducir o mantener en error* a una persona mediante *engaño* a fin de que realice una disposición patrimonial.

En parte el precitado artículo 229 CPn dice: “*Quien con el propósito de obtener un provecho ilícito, para sí o para un tercero, mediante ardid o engaño, induzca o mantenga en error a otra persona para que realice una disposición total o parcial sobre el patrimonio propio o ajeno*”.

Este tipo penal se estructura como una conducta engañosa de carácter activa y omisiva. En ese sentido la doctrina mayoritaria admite que el engaño puede llevarse a cabo mediante simulación expresa, comportamiento concluyente e, incluso, por omisión contraria al deber Vives Antón, Boix Reig, Orts Berenger, Carbonell Matéu & González Cussac (1999).

2.3.2.2. El bien jurídico protegido

El delito de estafa se encuentra, en el caso del código penal nicaragüense, en el Título VI bajo la rúbrica Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico, Capítulo V, de las Defraudaciones y la tipifica en los artículos 229 y 230. El bien jurídico protegido en este delito es el *patrimonio individual del sujeto concreto* o grupos de sujetos que han sido afectados por una acción engañosa que los ha inducido a error, por parte de un agente económico y hayan realizado una disposición patrimonial.

2.3.2.3. Sujetos activos

El sujeto activo en el tipo penal de *Estafa* bien puede ser cometido por cualquier persona natural o jurídica que realice la acción típica prevista en la citada norma penal. Al igual que el delito de publicidad engañosa, el tipo penal de estafa, en nuestra legislación penal, es considerado un delito común en tanto que no exige cualidades específicas para la autoría.

Quiero aclarar que la imputación penal a las personas jurídicas es discutible en cuanto existen distintas concepciones acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, considero que es atribuible responsabilidad penal a los representantes de hecho y de derecho de personas jurídicas mediante la regla de autoría del actuar en nombre de otro. Aunque es necesario acotar que éste no es la finalidad de la presente investigación.

Las reglas de autoría y participación del tipo penal de estafa son las mismas para el tipo penal de publicidad engañosa, al adoptar nuestro legislador una redacción acorde a los delitos comunes en donde para ser autor y partícipe no se requieren cualidades específicas,

como ocurre con el tipo penal de Publicidad falsa contenido en el artículo 282 del Código penal Español (2005), donde la autoría solo está reservada para el *fabricante y comerciante*.

2.3.2.4. Sujetos pasivos

El o los sujetos pasivos del delito de estafa está constituido por un sólo individuo o un grupo de personas que producto de la publicidad engañosa y otros mecanismos de engaño hayan caído en error producto de las afirmaciones engañosas de bienes, productos o servicios, y sufrieron una lesión concreta a su patrimonio.

La diferencia sustancial entre los sujetos pasivos del tipo de publicidad engañosa y el del tipo penal de estafa, es que el primero es considerado un delito de peligro abstracto enfocado a proteger a la colectividad de consumidores potenciales, no exige que haya una afectación al patrimonio; en cambio en el delito de estafa se exige que exista una lesión jurídica concreta al bien jurídico patrimonio para su configuración, es decir, que el sujeto pasivo haya realizado un acto de disposición patrimonial.

2.3.2.5. Tipo subjetivo

Nuestra legislación penal Nicaragüense, al igual que en el tipo penal de *publicidad engañosa*, solamente castiga al tipo penal de *estafa* bajo la modalidad dolosa. No castiga la modalidad imprudente al adoptar nuestro legislador el sistema de *numerus clausus* de manera normativa en el artículo 22 que literalmente dice: “*Cuando la ley tipifica una conducta lo hace a título de dolo, salvo que expresamente establezca la responsabilidad por imprudencia*”.

2.5. Concurso de Delitos: Publicidad engañosa y estafa

Puede afirmarse que, en la gran mayoría de los casos en que se detecte la comisión de un delito de *Estafa*, se habrán producido ya uno o varios delitos de publicidad engañosa; es decir, más de un destinatario de la publicidad habrá sido víctima del engaño publicitario y habrá ya realizado un acto de disposición patrimonial por un bien o servicio que no posee las características ofertadas.

Surge entonces plantearse la siguiente hipótesis: si se verifican todos los elementos del tipo penal de estafa, ¿se aplica solamente el tipo penal de estafa (una o varias estafas, en función de los sujetos afectados), o cabe apreciar un concurso entre la o las estafa (s) comprobadas y el delito de publicidad engañosa?.

De conformidad con Luzón Peña (2011), la solución correcta implica apreciar un concurso real de delitos entre ambas figuras delictivas, ya que en ésta situación hay dos bienes jurídicos diferentes afectados, por un lado el interés del colectivo global de consumidores en el mantenimiento de la veracidad publicitaria y el patrimonio individual de los concretos sujetos afectados; así, sólo con la aplicación de ambos delitos se sancionaría correctamente la vulneración de estos dos bienes jurídicos.

Si sólo se aplica el delito de estafa, castigando de éste modo las lesiones patrimoniales individualizadas a cada consumidor concreto, no se recoge todo el desvalor del hecho, el mensaje publicitario falso, además de haber causado esos daños económicos concretos, supone asimismo un peligro para los patrimonios de todos los demás integrantes del colectivo de consumidores (Mir Puig, 2003; Bacigalupo, 1999).

No obstante, debe tenerse presente que ambas figuras delictivas no tienen por qué concurrir de forma conjunta en todos los casos; habrá que comprobar cuidadosamente si se verifican todos sus elementos típicos.

No concibo relaciones concursales de normas, entre el tipo penal de publicidad engañosa y el de estafa contenidos en la Ley 641/2008 y el tipo penal de estafa contenido en el artículo 19 de la Ley 182/1994. Considero que con la entrada en vigencia de la citada Ley 641/2008 ocurrió una derogación tácita de la referida disposición contenida en el artículo 19 de la Ley 182/1994, de conformidad a la regla de especialidad y el principio de primacía de la ley mas reciente aunque el legislador nacional por omisión voluntaria e involuntaria no lo haya declarado expresamente.

2.5. Órganos Jurisdiccionales

En definitiva, ante hechos que tengan relevancia jurídico penal relacionado a la protección de los consumidores, los únicos órganos facultados por la ley con capacidad jurisdiccional para juzgar y ejecutar lo juzgado son los juzgados de distrito y locales de lo penal, a la luz del artículo 159 de nuestra Constitución.

2.5.1. Ejercicio de la acción penal

En los casos de existencia de hechos que sean subsumibles en los tipos penales de publicidad engañosa y estafa, deberán ejercer la acción penal correspondiente el Ministerio Público en representación de la víctima o ésta última constituida en acusador particular cuando la pena del delito sea no mayor de cinco años de prisión, por cuanto son los que por Ley representan a la víctima del delito.

Soy del criterio que la Dirección de Defensa del Consumidor (DDC) como órgano especializado en protección al consumidor, en aquellos casos en donde exista una lesión o puesta en peligro a bienes jurídicos supraindividuales o colectivos de manera significativa, puede constituirse como parte procesal activa, autónoma o adherida, ante los órganos jurisdiccionales correspondientes con fundamento en el artículo 51.4 del Código Procesal Penal Nicaragüense (CPPn).

El referido artículo 51.4 CPPn, se refiere a la titularidad de la acción penal y establece en su numeral cuarto que puede ser ejercida *“por cualquier persona, natural o jurídica, en los delitos de acción pública”*. En tal sentido el artículo 53 del mismo cuerpo normativo establece la clasificación de los delitos. Establece que son delitos de acción pública, todos aquellos no comprendidos en los párrafos anteriores, es decir, la calumnia e injurias graves que los

clasifica delitos de acción privada, y los “*delitos de violación cuando la víctima sea mayor de dieciocho años, estupro y acoso sexual*” los clasifica como delitos de acción pública a instancia particular.

III. LÍMITES INMEDIATOS A LA POTESTAD PUNITIVA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

La identificación de un Estado que adopta un determinado modelo es con el fin de determinar las reglas del juego jurídico que debe seguir. Así, un Estado Democrático y Social de Derecho que adopta la norma constitucional nicaragüense (artículos 7 y 130) constituye un bastión garantista para el ciudadano en sus relaciones sociales.

De éste modelo de Estado se desprende que el Estado de Derecho está asociado al principio de legalidad, el Estado Social está asociado a la necesidad social de la intervención penal, y el Estado democrático está asociado o se identifica con la idea de poner al Estado al servicio de la defensa de los intereses del ciudadano. (Mir Puig, 1998).

El Estado al ejercer la potestad punitiva de establecer los delitos y las penas no es “absoluto”, ha de obedecer a una serie de principios que salvaguardan las garantías mínimas que todo ciudadano debe de poseer dentro de una sociedad democrática respetuosa de los derechos y obligaciones de todos (Carbonell, 1999).

La importancia, entonces, del estudio de los límites a la potestad punitiva del Estado concerniente a su derecho de punir, es relevante. García-Pablos de Molina dice que son dos los factores que confieren especial relevancia al estudio de los límites del *Ius Puniendi*. El primer factor es “*los drásticos efectos de la intervención penal: su impacto destructivo e irreversible y los elevadísimos costes sociales de la “cirugía penal”*”. El segundo factor es “*La vocación intervencionista del Estado “social”, que potencia la presencia de este y el empleo de toda suerte de medios eficaces para resolver los conflictos y dirigir el devenir social*” (p. 339)

Por su parte, Muñoz Conde & García Arán (2000, p. 78), apuntan la existencia de solo dos principios incluyentes, el *principio de intervención mínima*, incluyendo entre otras la noción de proporcionalidad, y el *principio de intervención legalizada*, traducido en el principio de la reserva legal. Ambos autores son de la opinión de que de ambos principios se desprenden los demás principios.

Sin ánimo de ser exhaustivo en cuanto al estudio de los principios que constituyen límites a la potestad punitiva del Estado y su importancia. Para efectos de la presente investigación me centraré en el desarrollo de los principios de legalidad, ofensividad o lesividad, como fundamento de protección al bien jurídico y el principio de intervención mínima y sus vertientes, a fin de establecerlos como principios y límites orientadores del derecho penal moderno y en consecuencia *prima facie* sean considerados límites inmediatos de la protección penal del consumidor como rama especializada del Derecho Penal Económico.

3.1. Principio de Legalidad

El principio de legalidad es uno de los pilares fundamentales básicos de un Estado Democrático y Social de Derecho. Constituye un mecanismo de certeza, control y límite al poder punitivo del Estado, evitando la arbitrariedad por parte de quienes ostentan el poder, sometiéndolo únicamente al imperio de la ley. Es a mi parecer, la piedra angular de todo el Derecho penal.

En un Estado Democrático y Social de Derecho se debe proteger al ciudadano no solo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no solo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que a la vez debe imponer límites al empleo de la potestad punitiva para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del “Estado Leviatán”. (Roxin, 1999)

El principio de legalidad cumple funciones de garantía, mediante el aforismo de Feuerbach (1777) *nullum crimen, nullum poena, sine lege*, que brindan certeza y seguridad jurídica al ciudadano. Así mismo, cumple una función política criminal mediante la potestad legislativa de calificar tipos penales de manera clara y taxativa. Así que, *“un hecho solo se puede castigar si la punibilidad estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho”* (Roxin, 1999, p. 137)

En ese sentido, sobre el principio de legalidad, Beccaria (1982, p. 29) expresa:

[...] solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado, que es parte de ella, puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otros individuos de la misma sociedad.

El principio en cuestión, no solo ha tenido un avance en el ámbito dogmático, sino que adquirió en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 la categoría de límite a la función punitiva en su artículo 8 que dice: *“Nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada”*, llegando a constituirse en nuestros días como un derecho fundamental orientador del Derecho Penal Moderno.

La Constitución Política Nicaragüense en el artículo 34. 11, dispone que los procesados tienen derecho en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas: *“A no ser procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca como punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley...”*

De lo anterior se desprende que el principio de legalidad posee tres dimensiones: Formal, pública y técnica. La primera es una categoría insoslayable de garantía del ciudadano frente al poder punitivo que ejerce el Estado. La segunda dimensión significa que existe un predominio del Poder Legislativo, como órgano que representa la voluntad general, frente a los otros poderes del Estado, y la tercera expresa la forma de cómo deben los legisladores formular las normas penales (Mir Puig, 1998).

En el Derecho penal moderno el principio de legalidad del Derecho penal constituye la piedra angular del sistema penal. En tal sentido, nuestro reciente Código Penal, Ley 641/2008, en su

artículo 1 estipula el principio de legalidad como una garantía penal y de aplicación de la ley penal. A mi criterio recoge los elementos torales del clásico principio de legalidad, mismo que ha sido desarrollado, para bien, por el Derecho penal moderno:

Principio de legalidad. Ninguna persona podrá ser condenada por una acción u omisión que no esté prevista como delito o falta por ley penal anterior a su realización. Las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias solo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la ley. No será sancionado ningún delito o falta con pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que no se encuentre prevista por la ley anterior a su realización. No se podrán imponer, bajo ningún motivo o circunstancia, penas o consecuencias accesorias indeterminadas. Las leyes penales, en tanto fundamenten o agraven la responsabilidad penal, no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

Tanto el delito de publicidad engañosa como la estafa, son tipos penales establecidos o previstos de manera concreta por el legislador nicaragüense. Su aplicación práctica rige para aquellos hechos realizados con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley penal. Su sistema de penas, está debidamente prevista en el correspondiente tipo penal de manera taxativa.

Otra manifestación del principio de legalidad en nuestro reciente Código Penal, es el artículo 6 en donde se recoge la *garantía jurisdiccional y de ejecución*, éste artículo complementa las dos restantes garantías del principio de legalidad de las cuatro existentes: Garantía Criminal y Garantía penal (artículo 1) y la Garantía de Jurisdiccional y Garantía de Ejecución (artículo 6).

3.2. Justificación de protección del bien jurídico: Pretensión de ofensividad

Nuestra legislación penal, además de establecer en el tipo específico de publicidad engañosa que la publicidad debe *ser engañosa, fraudulenta y capaz por sí misma de inducir a error al consumidor o perjudicar a un competidor*, establece en su artículo 7 el principio de lesividad el cual literalmente dice: *“Solo podrá ser sancionada la conducta que dañe o ponga en peligro de manera significativa un bien jurídico tutelado por la ley penal”*

Del principio de lesividad se desprende que la conducta que castiga el delito de publicidad engañosa debe ser una publicidad que pueda causar una lesión de manera significativa al bien jurídico de los consumidores. Siendo que a mi criterio éste delito de publicidad engañosa es un delito de peligro abstracto, en donde no se exige verificar un resultado de daño al bien jurídico bastando la puesta en peligro del mismo, es necesario si, la comprobación del peligro que eventualmente puede inducir a error al consumidor.

En ese sentido, Cuerda Arnau (2000, p. 18-19) expresa:

Un razonamiento similar debe hacerse al interpretar los delitos de peligro. En estos, aun cuando nos e exija la lesión, hay que constatar que la acción era peligrosa para el bien jurídico, ya sea en concreto (si el legislador lo ha configurado como un delito de peligro de este género) o en abstracto (esto es, como conducta que pertenece a una clase de acciones genéricamente desvaloradas. Quiere decirse con ello, que el principio de lesividad se opone a las presunciones de peligro; la peligrosidad – concreta o abstracta – hay que constatarla.

Realmente no es posible hablar de publicidad engañosa, y de una aptitud para causar un daño cuando objetivamente la conducta fraudulenta no es suficiente para engañar a los consumidores. Por ello, no cualquier publicidad constituirá un delito de publicidad engañosa; es evidente que si no resulta creíble, no incitará de forma efectiva al consumo y no supondrá un peligro para los intereses generales que protege la figura, de igual manera no afectará concretamente bienes jurídicos patrimoniales de los consumidores. (Puente Aba, 2002).

Esta restricción en la aplicación del tipo penal tropieza con la evidente dificultad de valorar cuándo un mensaje objetivamente fraudulento no resulta creíble a sus destinatarios. No quedará más remedio que efectuar una valoración en cada supuesto concreto, y en todo caso partiendo del “*consumidor medio*” en el específico sector al que va referido la publicidad.

El término “*consumidor medio*” designa a aquella persona que capta el mensaje publicitario de forma más o menos despreocupada, sin reflexionar de forma excesiva sobre él; no se trata de proteger al consumidor absolutamente despreocupado, pero tampoco de exigirle una diligencia insuperable.

Los perfiles del consumidor medio cambiarán en función del concreto bien o servicio al que se refiere la publicidad, y asimismo del círculo más o menos amplio al que vaya dirigida; por ejemplo, el consumidor medio será más atento e informado si se trata de productos o servicios técnicos propios de una actividad profesional, y será más irreflexivo si estamos ante productos de uso cotidiano o si los destinatarios de la publicidad son un sector especialmente vulnerable (v.gr. enfermos). Es una valoración que en cada caso concreto deberán efectuar los juzgados y tribunales.

De este contacto posible entre los mensajes publicitarios y sus destinatarios debería poder derivarse un perjuicio económico de carácter grave y manifiesto, es decir, que sea lesivo para los bienes jurídicos protegidos. Se pretende castigar penalmente no cualquier publicidad engañosa a la que puedan acceder los consumidores, sino sólo aquella que, induce a error y mueve a la adquisición del bien o servicio anunciados, provocando perjuicios patrimoniales considerables.

Sin embargo, hay que recordar que el delito de publicidad engañosa no exige la producción de ningún daño patrimonial, se imputa por ser una conducta peligrosa para los intereses del derecho de información veraz de los consumidores. Casi en la totalidad de los supuestos en que se analice la posible verificación de un delito de publicidad engañosa, ya se habrán producido perjuicios patrimoniales para algún consumidor; de lo que se trata es de comprobar si la publicidad es capaz de producir perjuicios graves y manifiestos, en referencia al colectivo genérico de los consumidores (Puente Aba, 2002).

3.3. Principio de intervención mínima o *ultima ratio*

La característica fundamental del principio de intervención mínima del Derecho Penal, es que éste debe sólo intervenir en la última fase del control social. Se trata pues, de una etapa

caracterizada por una intervención violenta, en tanto que interviene con penas, medidas de seguridad y multas pecuniarias. Ello conduce, inexorablemente a una delimitación.

A partir de las ideas de la innecesidad de un Derecho Penal tan agresivo, se reconoce, desde luego, la necesidad de utilizarlo con moderación. Su intervención, en los ámbitos de la vida, no puede ser tan amplia ni tan grave. En ese sentido García-Pablos de Molina (2000, p. 250) afirma que *“el principio de intervención mínima expresa gráficamente un ulterior límite político criminal del “ius puniendi”. Un límite coherente con la lógica del Estado Social, que busca el mayor bienestar con el menor coste social”*.

Sin embargo, este principio de intervención mínima no es el único fundamento que condiciona la intervención del Derecho Penal de manera restringida. Conviene destacar dos subprincipios derivados del principio de intervención mínima consistentes en los *principios de fragmentariedad y subsidiaridad*.

3.3.1. La Fragmentariedad

El Derecho Penal es fragmentario. Binding (2009) sostenía que Derecho Penal no debía abarcar en su amplitud todos los asuntos de interés jurídico y en consecuencia lo contrario sería un error. El tiempo se encargó de demostrar que es una característica positiva el que el Derecho Penal no intervenga ampliamente en todos los campos de interés jurídico, es decir, debe reservarse para las hipótesis excepcionales y en donde se expresa justamente la manifestación de su fuerza y validez.

En el Derecho Penal moderno el principio de fragmentariedad en la intervención del Derecho penal es entendido positivamente. Los límites que se establecen en la intervención del Derecho Penal con relación al principio de fragmentariedad resulta que de manera progresiva se eliminan legislativamente tipos penales cuya identificación a la ofensa de tal bien jurídico no generan un consenso social, como por el ejemplo el adulterio o la sodomía, en el caso de Nicaragua.

En ese sentido, Muñoz Conde & García Arán (2000, p. 88) sostienen que el carácter fragmentario del Derecho Penal contiene una triple forma. En primer lugar, el principio actúa *“defendiendo al bien jurídico solo contra ataques de especial gravedad”*, una segunda forma de manifestación es *“tipificando solo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento se estima como antijurídico”* y finalmente *“dejando sin castigo, en principio, las acciones meramente inmorales.”*

Por otro lado, es importante reconocer, que el grado de desarrollo social conduce, de modo más fuerte, al reconocimiento de bienes jurídicos que protegen derechos difusos o colectivos, propios de los *delitos contra los consumidores* que forma parte del Derecho Penal Económico, reflejo de un proceso de neocriminalización que afronta la intervención del Derecho penal moderno.

La migración para el Derecho penal moderno es inexorable, de igual forma es inadmisibles que producto de esa evolución se prive o se deje en un segundo plano las conquistas principiologicas de los ciudadanos. En tal sentido, es menester reconocer como bienes

jurídicos penales colectivos, solo aquellos cuyo reconocimiento no implique la negación o desmerecimiento de derechos y garantías fundamentales.

Es importante resaltar que los bienes jurídicos de naturaleza colectiva se justifican, solo en tanto sirvan al desarrollo y protección personal del individuo lo que en doctrina se conoce como *Teoría personalista del bien jurídico*. Esta teoría de concepción *monista* admite al bien jurídico colectivo solo en tanto sirve al desarrollo personal del individuo. De ahí que Hassemer & Muñoz Conde (1989, p. 109) expresan:

Precisamente la meta de una teoría monista personalista es funcionalizar los intereses generales desde el punto de vista de los de la persona, deduciendo los bienes sociales y estatales de los del individuo. Para ésta teoría, los intereses generales sólo se pueden reconocer legítimamente en la medida en la que sirvan a los intereses personales.

En un Estado Democrático y Social y Derecho, la obediencia al principio de intervención mínima constituye uno de sus límites. El Derecho Penal, como mecanismo de control social, sólo debe actuar para proteger bienes jurídicos difusos, cuando se produzcan lesiones o peligros de lesión intolerables contra estos, y que constituyan bienes jurídicos esenciales al desarrollo del ser humano en sociedad.

3.3.2. La Subsidiaridad

La característica de subsidiaridad proviene del principio de intervención mínima. Esta característica condiciona la intervención del Derecho Penal sólo cuando se haya comprobado la incapacidad de los demás mecanismos de control social en acudir adecuadamente al problema. El recurso del Derecho penal no tiene por qué ser una solución para todos los males. La intervención penal debe quedar reservada para las hipótesis en donde han fallado otros mecanismos de defensa social.

Al Derecho Penal no le es atribuirle, de manera exclusiva o principal, la tarea de reducción de la criminalidad. En ese sentido, Ribeiro López (1997) sostiene:

Se tiene entendido que, aún, que el derecho penal debe ser la ratio extrema, un remedio último, cuya presencia sólo se legitima cuando las demás ramas del Derecho se revelan incapaces de dar la debida tutela a bienes de relevancia para la propia existencia del hombre y de la sociedad.

Entonces, las consecuencias de éste principio de intervención mínima y sus dos características: Fragmentariedad y subsidiaridad, son de interés dogmática y práctica del Derecho penal. Se considera que del principio de intervención mínima se desprenden como consecuencia de éste los *principios de humanidad y proporcionalidad*.

La consecuencia del *principio de humanidad* como derivado del principio de intervención mínima, se perfecciona en el ámbito de la pena, por ejemplo con la abolición de las penas infamantes. En tal sentido, el artículo 4 de nuestro código penal admite el principio de dignidad humana y lo desarrolla de la siguiente forma: “*El Estado garantiza que toda persona a quien se atribuya delito o falta penal tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.*”

En el *principio de proporcionalidad*, según Sánchez García (1994, p. 114) se trata más bien de plasmar la idea de igualdad concreta “*tratando igualmente a lo igual y desigualmente a lo desigual*”. Esto se expresa principalmente en dos puntos: uno interno, de la propia norma, cuando se refiere al hecho de que la proporcionalidad de reacción del Estado a la aflicción o al castigo, debe concordar con el grado de importancia del bien jurídico.

El otro punto, el externo, se refiere a la necesaria proporcionalidad entre la reacción del Derecho penal frente a los distintos ataques a la bienes jurídicos, es decir, al mantenimiento de un equilibrio entre los distintos dispositivos de incriminación. En conclusión, la pena debe ser proporcional a la gravedad del desvalor de la acción y del resultado, siempre considerando el grado de importancia del bien jurídico en aprecio.

Toma de posición

La protección al consumidor es una necesidad en nuestros tiempos. Le corresponde al Derecho Penal contemporáneo proteger aquellas conductas que signifiquen la puesta en peligro de bienes jurídicos relevantes y necesitados de protección, de igual manera proteger aquellas conductas que constituyan lesiones jurídicas concretas a bienes jurídicos.

La inclusión en nuestra norma penal del tipo penal de publicidad engañosa es producto de la modernización y ajuste de nuestro sistema jurídico a las necesidades sociales de protección penal. Constituye una necesidad ante el uso de los medios masivos de información en la publicidad de productos, bienes y servicios realizados por fabricantes, productores, comercializadores y otros agentes económicos.

La publicidad engañosa es un delito de peligro abstracto. Se justifica cuando existe un daño significativo a bienes jurídicos. No significa una infracción al principio de mínima intervención y de última *ratio* del derecho penal. Es un mecanismo de protección de bienes jurídicos difusos o colectivos propio de los consumidores.

La protección penal del consumidor requiere respuestas ágiles y prontas, en tal sentido, la especialidad de la figura delictiva de publicidad engañosa es un instrumento apropiado para evitar consecuencias ulteriores mediante delitos que requieran una lesividad concreta como la Estafa. Los órganos encargados de la acción penal deben jugar un papel importante a fin de operativizar estos tipos penales para que, efectivamente, cumplan su finalidad preventiva general de manera eficaz.

Una dificultad en la aplicación del delito de publicidad engañosa es que, por razones de cultura general, históricas y político criminal, se tiene una visión desconfigurada y poco práctica de ésta figura delictiva. Actualmente en la concepción del consumidor, no se consideran los actos de engaño que lo induzcan a error mediante medios publicitarios constitutivos del delito de publicidad engañosa, sino como infracciones meramente civiles o administrativas.

La estafa es un tipo penal de lesividad concreta. Es el mecanismo de protección penal definitivo que tiene el consumidor o grupo de consumidores, cuando producto de actos significativos de engaño que por sí mismos le hayan inducido a error y por ende a disponer y sufrir daños patrimoniales pueda ejercer la acción penal ante las instancias correspondientes, en las formas predeterminadas en las leyes penales y procesales.

No existe incompatibilidad concursal entre el delito de publicidad engañosa y la estafa. La publicidad engañosa es un delito de riesgo general o de peligro abstracto, no exige un resultado material propio para su existencia y configuración, basta la lesión al bien jurídico *el interés de los consumidores en el mantenimiento de la veracidad publicitaria*. El delito de estafa es un delito de resultado concreto, para su existencia requiere, la concurrencia además de los elementos objetivos y subjetivos del tipo una lesión al bien jurídico patrimonial.

Entre los tipos penales de publicidad engañosa y estafa existe una relación de co-dependencia. Existe publicidad engañosa cuando el consumidor es incitado a interesarse por el producto

mediante uso de información engañosa que lo induzca a error, se configura el contenido de su injusto; si el engaño es suficiente que compele al consumidor a comprar o adquirir el bien, producto o servicio, disponiendo de su patrimonio, ocurre una lesividad al bien jurídico concreto subsumible en el tipo penal de estafa.

Lista de Referencias Bibliográficas

- Anselm Von Feuerbach, P.J. (1977). *Tratado de Derecho Penal*. México: Uteha
- Bacigalupo, S. (1998). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Madrid: Bosch.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal. Parte general*. (2ª ed.). Buenos Aires: Hammurabi.
- Bajo, M. & Bacigalupo, S. (2010). *Derecho penal económico*. (2ª ed.). Madrid: Universitaria.
- Beccaria, C. (1982). *De los delitos y de las penas*. Madrid. Alianza.
- Bernate Ochoa, F. (2006). *Estudios de derecho penal económico*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Binding, K. (2009). *La culpabilidad en derecho penal*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- Bottke, W. (1995). Sobre la legitimidad del derecho penal económico en sentido estricto y sus descripciones típicas específicas. En *Hacia un derecho penal económico europeo*. Libro Homenaje al profesor Klaus Tiedemann. (pp. 637-654). Madrid: BOE
- Bustos Ramírez, J. (1982). *Bases críticas de un nuevo Derecho penal*. Bogotá: Temis.
- Bustos Ramírez, J. (1967). *Culpa y finalidad (Los delitos culposos y la teoría final de la acción)*. Santiago: Jurídica.
- Bustos Ramírez, J. & Larrauri, E. (1989). *La imputación objetiva*. Bogotá: Temis.
- Carbonell Mateu, J. C. (1999). *Derecho Penal. Conceptos y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Consejo del Poder Judicial. (2006). *Derecho Penal Económico*. Madrid: Lerko.
- Corcoy Bidasolo, M. (1999). *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Corcoy Bidasolo, M. (Dir). (2002). *Derecho penal de la empresa*. Navarra: Universidad Pública de Navarra.
- Corcoy Bidasolo, M. (2010). Cuestiones actuales de derecho penal empresarial. En J.R Serrano Piedecabras & E.D, Crespo. (Dir). *Delitos contra la salud de los consumidores y responsabilidad por el producto*. (pp. 177 - 220). Madrid: Colex
- Choclán Montalvo, J.A. (2009). *El delito de estafa*. (2ª ed.). Barcelona: Bosch.

- Cuadrado Ruiz, M. Á. (1998). *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*. Barcelona: Bosch.
- Cuerda Arnau, M.L. (2000). *Principios que informan el proyecto de código penal de Nicaragua*. Managua: Escuela Judicial
- Díez Ripollés, J. (1990). *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Durandín, G. (1983). *La mentira en la propaganda política y la publicidad*. Barcelona: Paidós.
- Fernández Fredes, F. (2003). *Manual de derecho chileno de protección al consumidor*. Santiago: Lexisnexis.
- García-Pablos de Molina, A. (2000). *Derecho Penal. Introducción*. Madrid: Facultad de Derecho. Universidad Complutense.
- González, R. (1986). *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*. Madrid: Trotta.
- Hassemer, H. & Muñoz Conde, F. (1989). *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hassemer, H. & Muñoz Conde, F. (1995). *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Iñigo Corroza, M. E. (2001). *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*. Barcelona: Bosch.
- Luzón Peña, D.M. (2011). *La responsabilidad penal en la empresa*. Cátedras impartidas en el Programa de Doctorado “Cuestiones Actuales del Derecho” Universidad Centroamericana. Managua, 26 - 30 de septiembre.
- Mapelli Caffarena, B. (1999). *El delito de publicidad fraudulenta*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez-Bujan Pérez, C. (2007). *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Matus, J.P & Ramírez, M.C. (2002). *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*. Talca: Universidad de Talca.
- Mir Puig, S. (1994). *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel.
- Mir Puig, S. (1998). *Derecho penal. Parte general*. (5ª ed.). Barcelona: Reppertor.
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del derecho penal*. (2ª ed.). Buenos Aires: Euros.
- Moreno Castillo, M.A & Aráuz Ulloa, I.M. (2003). Delincuencia Económica. *Revista de Derecho, Universidad Centroamericana*, (5), pp. 215-230.
- Muñoz Conde, F. & García Arán, M. (2000). *Derecho penal. Parte general*. (4ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ovalle Favela, J. (2000). *Derechos del consumidor*. México: Unam.

- Paredes Castañón, J.M. & Rodríguez Montañés, T. (1995). *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Puente Aba, L.M. (2002). *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ribeiro López, M. A. (1997). *Principio de insignificancia del derecho penal*. Sau Pablo: Tribunales.
- Rivero Sánchez, J. M. (1997). *¿Quo Vadis Derecho del Consumidor?*. Medellín: Diké.
- Roxin, C. (1999). *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas.
- Sánchez García de Paz, I. (1999). *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid: Universidad de Valladolid.
- Sánchez García de Paz, I. (1994). *El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho penal*. Madrid: La Ley.
- Serrano Piedecasas, J.R & Crespo, E.D. (Dir). (2010). *Cuestiones actuales de derecho penal empresarial*. Madrid: Colex
- Sutherland, E. (1999). *Criminalidad de Cuello Blanco*. Madrid: Genealogía del Poder.
- Von Hentig, H. (1972). *Estudios de Psicología Criminal, III, La Estafa*. (3ª ed.). Madrid: Trotta.
- Wessels, J. (1980). *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires: Depalma.

Legislación

Constitución Política de Nicaragua y sus reformas.

Ley No. 182, Ley de Defensa de los consumidores. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 213, del catorce de Noviembre de 1994.

Ley No. 641, Ley de Código Penal. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 83, 84, 85, 86 y 87 del 5, 6, 7, 8 y 9 de mayo de 2008.

Ley Orgánica No. 10/1995, Ley de Código Penal Español. Extraído el 2 de septiembre de 2011, de: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.html.

Ley 406, Ley de Código Procesal Penal de la Republica de Nicaragua. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 243 y 244 del 21 y 24 de diciembre de 2001.

Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Decreto No. 2187, Reglamento a la Ley 182 Ley de Defensa de los consumidores. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 169, del tres de septiembre de 1999.

Jurisprudencia española

Sentencia Número 1/2007, 2 de enero. Tribunal Supremo Español. Sala Penal, Sección 1ª.