

Análisis criminológico y político criminal del delito de publicidad engañosa.

Granada, septiembre 2012.

M^a Belén Macías Espejo.

Doctoranda.

José María Suárez López.

Director tesis.

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: María Belén Macías Espejo
D.L.: GR 501-2013
ISBN: 978-84-9028-384-4

**Análisis criminológico y político criminal
del delito de publicidad engañosa.**

AGRADECIMIENTOS

Me gustaría que estas líneas sirvieran para expresar mi más sincero agradecimiento a todas aquellas personas que con su ayuda han colaborado en la realización del presente trabajo.

En especial, al Prof. Dr. D. José María Suárez López, director de esta investigación, por la orientación, seguimiento y supervisión continua de la misma y al Prof. Dr. h. c. mult. D. Lorenzo Morillas Cueva, Maestro de maestros, por el interés mostrado a lo largo de estos años. Con ellos me encuentro en deuda por la confianza en mí depositada.

Quisiera hacer extensiva mi gratitud a mis compañeros del Departamento de Derecho Penal por su amistad y colaboración.

Y, por supuesto, a mi familia. Sin su incondicional comprensión habría sido imposible llevar a cabo esta andadura. A mis padres, por su ejemplo de lucha; a mis hermanos, por su constante preocupación y a Paco, por su paciencia y ánimo.

A todos ellos, muchas gracias.

«La publicidad tiene que ser verdadera
y, además, parecerlo».

Luis Bassat.

SUMARIO.

ABREVIATURAS.....11
INTRODUCCIÓN.....13

PARTE PRIMERA

**CONTEXTO NORMATIVO DEL DELITO DE
PUBLICIDAD ENGAÑOSA.**

***CAPÍTULO I.- PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y
USUARIOS EN MATERIA DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN LA
UNIÓN EUROPEA.***

I.- Origen y evolución de la protección.....25
II.- Derechos e intereses de los consumidores tutelados en la
Unión Europea.....50

***CAPÍTULO II.- TUTELA EXTRAPENAL DE LA
PUBLICIDAD EN ESPAÑA.***

| | |
|--|----|
| I.- Cuestiones introductorias..... | 56 |
| II.- Ley General de Publicidad..... | 59 |
| III.- Ley de Competencia Desleal..... | 64 |
| IV.- Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias..... | 68 |
| V.- Ley de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía..... | 77 |

***CAPÍTULO III.- EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DELITO
DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA.***

| | |
|--|-----|
| I.- Consideraciones generales..... | 81 |
| II.- Derecho Penal Projectado..... | 85 |
| 1.- Proyecto de 1980..... | 86 |
| 2.- Propuesta de 1983..... | 91 |
| 3.- Proyecto de 1992..... | 98 |
| 4.- Proyecto de 1994..... | 102 |
| III.- Ley Orgánica 10/1995..... | 105 |
| IV.- Reformas a la Código Penal de 1995..... | 108 |
| 1.- Ley Orgánica 15/2003..... | 109 |
| 2.- Ley Orgánica 5/2010..... | 110 |

CAPÍTULO IV.- DERECHO COMPARADO.

I.- Modelo de legislación especial.....115
II.- Modelo de legislación penal codificada.....126

***CAPÍTULO V.- ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS DE LA
DELINCUENCIA ECONÓMICA.***

I.- Protección de los consumidores en el marco de la delincuencia
de Cuello Blanco.....130
II.- Análisis empírico.....143

PARTE SEGUNDA

**ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE PUBLICIDAD
ENGAÑOSA EN EL CÓDIGO PENAL.**

***CAPÍTULO I.- EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL
TIPO PUBLICITARIO.***

I.- Cuestiones introductorias.....149
II.- Bien jurídico protegido en los delitos
socioeconómicos.....152
 1.- Aspectos introductorios.....152
 2.- Distinción entre delitos patrimoniales y
socioeconómicos.....157
 3.- Concepto de Derecho Penal económico.....161

| | |
|---|-----|
| III.- Bien jurídico protegido en los delitos dirigidos estrictamente contra los consumidores..... | 176 |
| IV.- Bien jurídico protegido en el delito de publicidad engañosa..... | 187 |
| a) Institución esencial para el buen del sistema de mercado..... | 188 |
| b) Libertad de disposición económica..... | 191 |
| c) Principio de veracidad..... | 193 |
| d) Intereses de los consumidores..... | 202 |

***CAPÍTULO II.- TIPO DE INJUSTO DEL DELITO
PUBLICITARIO.***

| | |
|--|-----|
| I.- Sujeto activo..... | 225 |
| II.- Sujeto pasivo..... | 240 |
| III.- Objeto material..... | 250 |
| 1.- Productos o servicios..... | 251 |
| 2.- Publicidad y ofertas..... | 260 |
| IV.- Conducta típica..... | 267 |
| 1.- Hacer alegaciones falsas o manifestar características inciertas..... | 267 |
| 2.- La publicidad engañosa por omisión..... | 278 |
| 3.- Causar un perjuicio grave y manifiesto..... | 286 |

CAPÍTULO III.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....296

**CAPÍTULO IV.- ELEMENTO SUBJETIVOS DEL DELITO
PUBLICITARIO.**

| | |
|---|-----|
| I.- Imputabilidad..... | 300 |
| II.- Formas de culpabilidad..... | 301 |
| 1.- Dolo del autor..... | 302 |
| 2.- Ausencia de formas de culpabilidad..... | 308 |
| III.- Exigibilidad..... | 312 |

**CAPÍTULO V.- FORMAS ESPECIALES DE APARICIÓN
DEL DELITO DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA.**

| | |
|---|-----|
| I.- <i>Iter criminis</i> | 313 |
| II.- Autoría y participación..... | 323 |
| 1.- Cuestiones previas..... | 323 |
| 2.- Responsabilidad agencias de publicidad..... | 324 |
| 3.- Atribución de responsabilidad penal a las personas físicas que cometen el delito publicitario en el seno de la organización una persona jurídica..... | 335 |
| 4.- Responsabilidad penal en los casos de utilización de medios o soportes de difusión mecánicos..... | 339 |
| III.- Relaciones concursales..... | 345 |
| 1.- Cuestiones introductorias..... | 345 |
| 2.- Delito de estafa..... | 348 |
| 3.- Delitos contra la salud pública..... | 357 |
| 4.- Delito de falsedad en documentos sociales.... | 364 |

5.-Delitos contra la propiedad industrial.....367

6.- Delito de facturación indebida.....370

7.- Delito continuado y delito masa.....371

***CAPÍTULO VI.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y
REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD.***

I.- Penalidad.....376

II.- Publicación de la sentencia.....380

III.- Requisito de procedibilidad.....383

CONCLUSIONES.....385

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.....400

BIBLIOGRAFÍA.....404

ABREVIATURAS.

| | |
|-------------------|---|
| AC | Aranzadi Civil |
| art. / arts. | Artículo /Artículos |
| ARP | Aranzadi Penal |
| CE | Constitución Española |
| CEE | Tratado Constitutivo de la Comunidad |
| Económica Europea | |
| cit. | Citado |
| COM | Comisión de las Comunidades Europeas |
| Coord. / Coords. | Coordinador / Coordinadores |
| CP | Código Penal |
| Dir. / Dirs. | Director / Directores |
| DO | Diario Oficial |
| JUR | Resoluciones no publicadas en los productos |
| Aranzadi | |
| LCEur | Legislación de las Comunidades Europeas |
| LGP | Ley General de Publicidad |
| LO | Ley Orgánica |

| | |
|--------------|---|
| nº | Número |
| PAC | Política Agraria Comunitaria |
| pág. / págs. | Página / Páginas |
| trad. | Traducción |
| RAE | Real Academia Española |
| RTC | Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional |
| RJ | Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi |
| ss. | Siguiente / Siguientes |
| t. | Tomo |
| TJCE | Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea |
| UWG | Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Ley alemana contra la competencia desleal) |
| vol. | Volumen |
| vid. | Véase |

INTRODUCCIÓN.

Ya que la actividad científica ha de estar permanentemente dirigida hacia realidades que demandan respuestas adecuadas a la problemática social planteada decidimos decantarnos por el «Análisis criminológico y Político Criminal del delito de publicidad engañosa», en base a que consideramos que la publicidad engañosa es uno de los fenómenos de mayor trascendencia e impacto que en la actualidad sufren los consumidores y usuarios de nuestro mundo globalizado.

En esta línea, puede afirmarse que hoy en día no es discutible que los delitos económicos están jugando un papel protagonista, puesto que el grado de complejidad y gravedad de las irregularidades económicas vertidas sobre los consumidores sobrepasa las fronteras nacionales para afectar a la competencia internacional.

Como manifestación real de esta creciente necesidad de tutela nuestra Carta Magna ha destacado la importancia de la protección de los consumidores, rigiendo, por tanto, entre sus disposiciones la garantía de la defensa de los consumidores y usuarios (artículo 51.1), la promoción de la información y la educación de los consumidores y usuarios por parte de los poderes públicos (precepto 51.2) y la vinculación de estos derechos a todos los poderes públicos (art. 53).

De esta manera, la delincuencia económica ha alcanzado en la última década un alto nivel de concienciación social, dado que en el ámbito criminológico se han producido efectos lesivos realmente sorprendentes referidos a la pérdida de confianza en el tráfico mercantil, a la deformación del equilibrio de mercado y a la eliminación de la competencia, con lo que se ha dado paso a la afección de daños tanto de carácter económico o material como de también de naturaleza inmaterial.

Se ha hecho necesario otorgar la máxima relevancia a la premisa del desarrollo de la transparencia de mercado y de la competencia de las prestaciones ofertadas o publicitadas; articulándose, en esa línea, el adecuado nivel de protección a los consumidores y usuarios. De esta manera, la propia evolución de la publicidad, considerada como el medio más eficaz que poseen fabricantes y comerciantes de bienes o servicios para informar de sus productos y actividades a un número suficiente de posibles consumidores y usuarios, ha supuesto la configuración de una figura de especial relevancia para la economía; dando origen, a su vez, a la aparición de nueva forma de delincuencia.

En este sentido, y con el objeto de tutelar los intereses económicos de los consumidores, el legislador ha otorgado carta de naturaleza a esta familia delictiva al dedicar la Sección tercera, del Capítulo XI «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores», del Título XIII «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico» del Libro II del Código Penal de 1995, a los delitos relativos al mercado y a los consumidores. Así, puede decirse que el Derecho Penal, en vía de *última ratio*, permite coadyuvar a la lucha contra este fenómeno, justificándose su previsión en

atención a que el mismo supone un interés relevante en la realidad criminológica.

El origen y la evolución de la publicidad han estado hermanados a lo largo de los años con el comercio; y aunque resulta difícil concretar cuándo comenzaron a utilizarse los medios publicitarios para facilitar la venta de artículos privados, se citan las tablillas babilónicas de arcilla con inscripciones sobre ganado y alimentos en venta como primeros testimonios históricos. Así, egipcios, griegos y romanos emplearon este tipo de enseñas para anunciar actividades comerciales. Fue en la Edad Media cuando se comenzaron a utilizar carteles pintados para anunciar premios y celebraciones de ferias, constituyendo, en este sentido, los murales el principal sistema de publicidad. Durante esta época la publicidad no perdió su carácter económico, ya que la organización impedía a los comerciantes llamar al presunto comprador antes de que hubiera abandonado la tienda vecina, al igual que hacer comentarios desfavorables sobre la mercancía que vendieran sus colegas. Podemos decir que esto ha supuesto un modelo antecedente de lo que hoy en día constituye una de las cuestiones más importantes de la publicidad, esto es la expresión de la misma como instrumento de la competencia en el mercado, sujeta a las normas reguladoras del juego limpio que debe presidir la actividad publicitaria.

Fue la aparición del Estado Moderno cuando se comienza a perfilar el marco general de la evolución y el tratamiento jurídico de la comunicación social a través de la imprenta. A finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, es decir, con la Revolución Industrial, se dio origen al nacimiento de la publicidad moderna, estableciéndose el mecanismo publicitario como puente de unión entre la nueva empresa capitalista, basada en el consumo masivo, y su mercado.

De esta manera se llega al siglo XX en el que la publicidad ha llegado a construir un extraordinario avance de carácter económico. En base a ello, tanto desde la perspectiva nacional como la de carácter internacional, se ha hecho precisa una normativa específicamente publicitaria en el campo de la ordenación de la libre competencia y de la protección de los receptores de los mensajes publicitarios, esto es, de los consumidores y usuarios. Sobre esta base a partir de los años 60 la actividad publicitaria ha usado una compleja gama de conexiones a través del sistema de medios de comunicación social, que como tal aumenta las posibilidades de considerarla como susceptible de una concepción jurídico-criminal, trascendiendo de los puros aspectos de carácter económico y comercial.

Así, el siglo XX es considerado el centenario en el que surgen, en el campo socio-económico, las grandes cuestiones que exigen una regulación específica del fenómeno publicitario, que se concretan en las exigencias del principio de libre competencia y la necesidad de dispensar protección jurídica a los consumidores. Cuestiones desarrolladas a lo largo del presente siglo XXI, en base a la evolución que con el hombre se va haciendo de la sociedad en general y de sus aspectos más importantes en particular, determinándose, en este sentido, lo que MC QUARRIE denomina como *The age of advertising* (La era de la publicidad)¹.

El mercado se caracteriza en nuestros días por el uso de instrumentos para aproximar a los consumidores los productos o servicios ofertados por los empresarios, sirviendo la publicidad como especial modo de promoción -en cuanto a difusión de los bienes que se desean colocar en el mercado-, dado que a través de la misma el

¹ MCQUARRIE, W. J., «Standing on the shoulders of ancients: Consumer Research, Persuasion and Figurative Language», *Journal of Consumer Research*, vol. 27, n° 1, junio, 2000, págs. 109 y ss.

consumidor conoce, se motiva y decide sobre productos o servicios existentes en el flujo mercantil. Así, la publicidad es considerada como uno de los fenómenos característico de la sociedad moderna y, más concretamente, de la sociedad de consumo, convirtiéndose en una poderosa arma de mantenimiento, fomento y orientación del consumo.

En pos de ello hoy día, las agencias de publicidad –auténticos centros especializados en el conocimiento de la psicología individual y colectiva- plantean sus campañas valorando los medios publicitarios para provocar la reacción pretendida del público consumidor hacia el fin de contratación perseguido. La publicidad tiene, en este sentido, consecuencias económicas y sociales ya que, de una parte, facilita las ventas y, de otra, satisface las necesidades aparentemente existenciales de la comunidad.

En la actualidad existe un incremento social multicultural, con lo que se da paso a la representación de una cultura imperiosa, ya que al aumentar la migración, el turismo y la información se van abriendo puertas y derribando barreras de limitaciones; siendo, pues, el poder del fenómeno comunicacional indudable, sobre todo a través de la publicidad. Lo cual nos lleva al denominado fenómeno de globalización centrado en la creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países que conforman el mundo, unificando sus mercados, sociedades y culturas, a través de una serie de transformaciones sociales, económicas y políticas que les dan ese carácter universal.

La incidencia de la publicidad en el desarrollo comercial de las naciones occidentales, donde se han potenciado los principios de libertad de mercado y libre competencia, ocasiona la necesidad, por parte de los poderes públicos de introducir pautas de corrección y mecanismos de control frente al fin de tutelar el libre y transparente desarrollo de la

actividad publicitaria, reservándose la intervención del Derecho Penal, claro está, para los supuestos más graves de campañas publicitarias fraudulentas; ya que el uso desviado de la misma puede resultar verdaderamente dañoso tanto para el consumidor como para los competidores.

En este sentido, cabe preguntarnos si ¿es importante que jurídico y criminológicamente fijemos nuestra atención en las actividades de divulgación de productos o servicios? Desde nuestra opinión creemos que debemos hacerlo de manera indudable, ya que el acto publicitario es un acto que pretende persuadir los destinatarios del mismo para que posteriormente concluyan un contrato. Así, la comprobada eficacia de la publicidad hace que el interés por el medio publicitario no esté reservado ni sea propio del mundo comercial, sino que aparece prácticamente en todos los sectores convirtiendo en compleja cualquier aproximación conceptual de lo que en el ámbito jurídico puede entenderse por publicidad.

De este modo, se hace precisa una delimitación jurídico-general y otra jurídico-penal de publicidad. En este sentido, mientras la primera se basa en concepto de publicidad para referirse al medio a través del cual se lleva a efecto la difusión de información con el fin de promover la contratación de bienes y/ o servicios²; la concepción penal, que es más restrictiva, se centra en la protección de las ofertas de bienes y servicios que se dan a conocer al consumidor y que pueden afectar a su

² CARTAGENA PASTOR, F., «Publicidad ilícita y delito de publicidad engañosa», Curso de formación de la Fiscalía General del Estado: novedades del Código Penal en materia de delitos contra la propiedad, *Estudios sobre consumo*, núm. 45, abril 1998, págs. 105 y ss. SANTAELLA LÓPEZ, M., *Introducción al Derecho de la publicidad*, Madrid, 1982, págs. 164 y ss.

comportamiento económico al producir una contraprestación en el mismo³.

En esta línea, aunque según DEL MORAL GARCÍA la finalidad de una denominación es identificar una institución y no definirla o conceptualizarla⁴, han sido diversas las denominaciones que al tipo delictivo de publicidad engañosa se le han aplicado desde varias posiciones dogmáticas.

La locución «delito publicitario», acuñada por la doctrina desde la inclusión de este delito en el Código los Proyectos de Código Penal de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983⁵, es rechazada por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, dada su amplitud semántica, en el sentido de que dicha expresión puede ser usada para abarcar actos encuadrables dentro de la comunicación publicitaria en general⁶. De otro lado, según afirma MORENO Y BRAVO, se han usado

³ En este sentido: CASTELLÓ NICÁS, N., *Comentarios al Código penal*, COBO DEL ROSAL (Dir.), Madrid, 1999, págs. 220 y 221.

⁴ DEL MORAL GARCÍA, A., «La protección del consumidor frente a la actividad publicitaria: perspectiva penal», *Protección Penal de Consumidores y Usuarios*, Madrid, 2002, nota pie n° 4, págs. 106 y 107.

⁵ MORENO Y BRAVO, E., *El delito de publicidad falsa, El artículo 282 del CP de 1995, la protección penal de los consumidores frente a la actividad publicitaria falaz*, Barcelona, 2001, pág. 18.

En este sentido: SÁNCHEZ GARCÍA, I., «El nuevo delito publicitario», *Actualidad penal*, n° 25, 1997, pág. 543. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «El delito publicitario en el nuevo Código Penal», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año VI, n° 256, 1996, pág. 1. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., «El delito publicitario», *Actualidad Penal*, n° 48, 1997-1998, pág. 1095. GÓMEZ RIVERO, M. C., «Hacia una nueva interpretación del delito publicitario», *La Ley*, 1997, pág. 1231.

⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa», *Cuadernos de Política Criminal*, n° 22, 1984, pág. 34.

las denominaciones «publicidad falsa», y «publicidad fraudulenta» como sinónimos⁷; sin embargo, mientras la primera se determina en base a que la regulación prevista en el art. 282 CP contempla la comisión de delitos dentro del marco de la publicidad⁸, la segunda de las expresiones sugiere la idea de maquinación para causar perjuicio en el patrimonio ajeno⁹. No obstante, tal como señala MAPELLI CAFFARENA, se ha terminado imponiendo la expresión delito de publicidad engañosa, en base a que es ésta la calificación otorgada por las directrices de la Comunidad Económica Europea y la legislación española¹⁰.

Desde nuestra concepción, entendemos que es el carácter engañoso de la publicidad el que le otorga la suficiente entidad como para preveer su regulación en el ámbito penal, puesto que la simple falsedad no posee la esencia necesaria como para dar lugar a la intervención punitiva, se requiere algo más que la falsedad de la publicidad para que pueda entrar a conocer el Derecho Penal. En este sentido, a lo largo de este trabajo se usará, indistintamente, las expresiones «delito publicitario», por entender que es éste el que específicamente se refiere al tipo del art. 282 CP, y «delito de publicidad engañosa», por considerar relevante, penalmente, el carácter engañoso de la publicidad.

En esta línea, el objeto de examen de este trabajo se orienta hacia la perspectiva criminológica y penal de la publicidad engañosa, para lo cual se ha hecho necesario el estudio de la represión y el control de este tipo delictivo en relación a otros delitos contra el patrimonio y el orden

⁷ MORENO Y BRAVO, E., *El delito.....*, cit., pág. 19.

⁸ *Ibidem*, págs. 18 y 19.

⁹ MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito de publicidad fraudulenta*, Valencia, 1999, pág. 41.

¹⁰ *Ibidem*, pág. 41.

socioeconómico, individualizándose, de esta manera, la extensión y aplicación del delito publicitario; valorándose la jurisprudencia pronunciada sobre este tema; comparándose las opciones legislativas existente en los países de nuestro; canalizándose las instituciones procesales relevantes en materia de investigación criminal de la publicidad engañosa; detallándose los principios limitadores del *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho y determinándose propuestas de *lege lata* y *de lege ferenda*.

Lo expuesto se entiende con objeto tanto de obtener una visión multidisciplinar del delito de publicidad engañosa, a través de la Criminología y del Derecho Penal; como de mejorar los conocimientos sobre los criterios empleados para la atribución de responsabilidad en su dimensión penal y criminológica; detectar los obstáculos existentes para una adecuada exigencia de responsabilidad en los supuestos concretos; armonizar las respuestas que actualmente suministran los distintos sectores para estos casos y formular propuestas de mejora que permitan un avance en los recursos actualmente existentes para la depuración de responsabilidades en el ámbito de los consumidores y transferencia los resultados obtenidos.

Como muestra de ello, el esquema de estudio ha quedado determinado en atención a dos partes bien diferenciados: Contexto normativo y análisis dogmático del delito de publicidad engañosa.

En el primero de los bloques mencionados se ha analizado la protección de los consumidores y usuarios en materia de publicidad engañosa en la Unión Europea, a través del estudio del origen y evolución de esta protección y de la determinación de los derechos e intereses de los consumidores tutelados en nuestra Comunidad. De igual modo, se ha observado la tutela extrapenal ofrecida al consumidor en esta

materia, por medio de la distinción que tanto la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, como la Ley 3/ 1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía hacen de la misma. Por otra parte se ha comparado la evolución legislativa de este tipo penal, concretamente a través del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992, el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1994, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Desde otra perspectiva, se ha detallado la regulación ofrecida a este fenómeno en Derecho comparado, básicamente a través de dos modelos bien diferenciados, de una parte el de aquéllos países que optan por tipificar los delitos contra los consumidores en la legislación especial (Francia y Alemania, entre otros) y, de otra, el de los que introducen los mismos en la legislación penal codificada (Italia). Y en último término, se han analizado los principales aspectos criminológicos de la delincuencia económica.

De otro lado, la parte segunda se ha destinado al estudio más representativo de la categoría objeto de examen, analizándose, con especial hincapié, el bien jurídico tutelado – a través de la interpretación del mismo tanto en los delitos socioeconómicos, como en los delitos dirigidos estrictamente contra los consumidores y en el delito de publicidad engañosa-; los elementos del tipo de injusto objetivos -sujetos activo y pasivo, objeto material, conducta típica-; las causas de

justificación; los elementos subjetivos del delito publicitario – imputabilidad, formas de culpabilidad y exigibilidad; las especiales formas de aparición – *iter criminis*, consumación y tentativa, autoría y participación y relaciones concursales-; y, en último lugar, las consecuencias jurídicas que se derivan de la comisión de este delito.

El punto final a este trabajo se vincula a la determinación de un conjunto de conclusiones que recogen los aspectos más relevantes que se pueden extraer de los diferentes bloques temáticos de investigación.

Así, como colorarlo final cabe determinar que con la presente investigación se ha pretendido analizar el delito socioeconómico de consumo más significativo, el delito de publicidad engañosa. De esta manera, se han interpretado los múltiples problemas dogmáticos y criminológicos que genera esta opción en nuestro Ordenamiento jurídico; al igual que se han procurado cotejar alternativas de Política criminal, a fin de ofrecer soluciones de *lege lata* y *de lege ferenda* que limiten dicho fenómeno.

PARTE PRIMERA

CONTEXTO NORMATIVO DEL DELITO DE

PUBLICIDAD ENGAÑOSA.

***CAPÍTULO I.- PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y
USUARIOS EN MATERIA DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN LA
UNIÓN EUROPEA.***

La Unión Europea ha dejado patente la preocupación por los consumidores y usuarios. En este sentido, cabe señalar, tal y como se expone en el portal de usuarios de la misma, que se halla comprometida con «la mejorar la calidad de vida de sus ciudadanos», es por ello que la Unión Europea vela por obtener un alto grado de protección, contemplando a este fin los intereses del consumidor, en base a «la apertura de las fronteras al comercio, al mercado único y la moneda única, al creciente uso de Internet, al auge del comercio electrónico y a la expansión del sector de servicios»¹¹.

En el presente epígrafe se pretende analizar la evolución legislativa que se ha desarrollado a nivel europeo, pasando, en esta línea, por el estudio de todas y cada una de las referencias previstas en la vasta legislación de nuestra Unión; y, además, examinar los más relevantes derechos de los consumidores con objeto de protección en la Unión Europea.

¹¹ http://europa.eu/pol/cons/index_es.htm

I.- Origen y evolución de la protección.

La Comunidad Europea contempló en sus orígenes la tutela de los consumidores como algo propio de la construcción del mercado común¹²; sin embargo, no queda lo suficientemente claro si ello supone o no la existencia de una competencia en la Unión para la adopción de medidas encaminadas a la protección de los consumidores y usuarios.

Así, en el *Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea* (Tratado CEE), firmado el día 25 de marzo de 1957, en Roma¹³, que tenía por objeto la integración a través de los intercambios con fines de expansión económica, no se establecía ningún principio general de protección de los consumidores; no obstante, el Tratado CEE sí que recogió referencias implícitas sobre la política de consumo¹⁴.

En este sentido, a lo largo de su articulado pueden observarse menciones a las condiciones y nivel de vida (artículo 2); las excepciones a las prohibiciones a la restricción de las importaciones, exportaciones y tránsito de los artículos 30 y 24, cuando estuviera justificada por razones de protección de salud y vida de las personas y animales (art. 36)¹⁵; los

¹² En esta línea: ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., «La base jurídico-constitucional de la protección de los consumidores en la Unión Europea», *Revista de Derecho Político*, núm. 70, 2007, págs. 225 y 226.

¹³ Reuniendo a Francia, Alemania, Italia y los países del Benelux en una Comunidad.

¹⁴ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Los derechos del consumidor y la transparencia del mercado*, Madrid, 1999, pág. 19.

¹⁵ En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de La Comunidad Europea de 20 de febrero de 1979 (Asunto 120/78,

finas de política agrícola común (PAC) referentes al abastecimiento y precios razonables en las entregas a los consumidores (art. 39); la exclusión de la discriminación entre productores o consumidores de la Comunidad (art. 40); la política de competencia, excepciones a la prohibición de acuerdos entre empresas en beneficio de los consumidores (art. 85) y la prohibición de limitar la producción, distribución, en perjuicio de los consumidores (art. 86)¹⁶.

De otro lado, con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, exactamente el día 1 de enero de 1958, tuvieron lugar con carácter previo al establecimiento de un auténtico marco regulador las siguientes actuaciones:

a) Creación del *Comité de Contacto de los Consumidores de la Comunidad*, el 2 abril de 1962, posteriormente sustituido por el *Comité Consultivo de los Consumidores*, aprobado el 25 de septiembre de 1973- Decisión de la Comisión (73/306/CEE)-, que tiene la función de asesorar a la Comisión y de emitir dictámenes sobre textos o problemas en materia de consumo, representando los intereses de los consumidores¹⁷.

R.J.T.J. 1979), reconoce que la protección de los consumidores es una de las exigencias imperativas que pueden justificar por parte de los Estados miembros la adopción de medidas que pueden producir como efecto el entorpecimiento del comercio intracomunitario, aunque no menciona el artículo 36 del Tratado como base o marco de referencia de las excepciones a la prohibición del art. 30. MORILLAS JARILLO, M. J., «La protección de los consumidores en el Tratado de la Unión europea», *Actualidad Civil*, 1994, tomo 3, pág. 572.

¹⁶ En este sentido: LASARTE ÁLAVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, 2004, págs. 16 y 17.

¹⁷ MORILLAS JARILLO, M. J., «La protección...», cit., pág. 575.

b) Fundación del *Servicio especial para cuestiones relacionadas con los consumidores*, creado por la Comisión Europea en 1968 como un Servicio especial dentro de la Dirección General de la Competencia y considerado como el embrión de lo que posteriormente sería la *Dirección General de Medio Ambiente y Protección de los Consumidores*¹⁸.

c) Celebración de la Cumbre de París en 1972 por los Jefes de Estado y de Gobierno¹⁹, en base a que a principios de los años 70 el Parlamento Europeo se refirió en repetidas ocasiones a una creciente necesidad de elaborar una política común de consumidores, y en atención a que la evolución económica positiva de la comunidad reflejó en una mejora de la calidad de vida de los ciudadanos²⁰.

Así, en atención a la creciente preocupación por la ejecución de medidas de desarrollo de los derechos de los consumidores la Unión dio el paso definitivo hacia una política europea de consumidores y usuarios en 1975, concretamente con el *Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una Política de Protección e Información a los Consumidores*, aprobado por Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975 (Diario Oficial nº C 92 de 25. 4. 1975²¹)²².

¹⁸ DÍEZ MORENO, F., *Manual de Derecho de la Unión Europea*, Navarra, 2009, pág. 900.

¹⁹ En este sentido, la Resolución de 14 de abril de 1975, Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores (LCEur 1975/77), introduce que «considerando que los jefes de Estado o de Gobierno, reunidos en París los días 19 y 20 de octubre de 1972, conformaron esta necesidad invitando a las instituciones de las Comunidades a reforzar y coordinar las acciones a favor de la protección del consumidor y a presentar un programa para enero de 1974».

²⁰ DÍEZ MORENO, F., *Manual...*, cit., págs. 900 y 901.

²¹ El Diario Oficial (DO) consta de la serie L (legislación) y la serie C (resoluciones, recomendaciones, orientaciones y dictámenes / comunicaciones / actos preparatorios/ informaciones / dictámenes).

Este primer Programa Preliminar, considerando que, en virtud del artículo 2 del Tratado, la Comunidad Económica Europea tiene por misión promover «un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la comunidad, una expresión continua y equilibrada y una elevación acelerada del nivel de vida»²³, y dado que para la realización de esta misión se requiere la aplicación a nivel comunitario de una política de protección e información del consumidor, aprueba «el principio de una política de protección e información de los consumidores, así como los principios, objetivos y la descripción general de las acciones a que deban emprenderse a escala comunitaria»²⁴.

De modo que, tal y como estima MORILLAS JARILLO, a través del Programa Preliminar se fijan como objetivos básicos y complementarios la creación del mercado interior europeo y la protección de los intereses de los consumidores²⁵; concretados en cinco derechos fundamentales introducidos en el Anexo del mencionado Programa y que son los siguientes: a) Derecho a la protección de la salud y de su

Los documentos de la serie C se publican en parte solo en formato electrónico.

La serie S, Suplemento al DO, se refiere a las convocatorias de contrato.

²² MORENO CATENA, V. / GUZMÁN FLUJA, V. C. / FLORES PRADA, I., *Informe sobre la situación de la protección procesal de los derechos de los consumidores y usuarios en España*, Junta de Andalucía, Sevilla, 1999, pág. 21. PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Valencia, 2002, pág. 40.

²³ Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975 relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores.

²⁴ ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., «La base...», cit., págs. 233 y 234.

²⁵ MORILLAS JARILLO, M. J., «La protección...», cit., pág. 576.

seguridad, b) Derecho a la protección de sus intereses económicos, c) Derecho a la reparación de los daños, d) Derecho a la información y a la educación y e) Derecho a la representación.

Por otra parte, en el mencionado texto se aprecia una influencia del mensaje que el 19 de marzo de 1962 dirigió el Presidente KENNEDY al Congreso de los Estados Unidos²⁶, basado en la determinación de cuatro derechos fundamentales de todo consumidor: derecho a la seguridad, derecho a la información, derecho a elegir y derecho a ser escuchado, y en el que se establecía: «consumidores, lo somos todos. Si el consumidor no tiene oportunidades de elegir en base a una adecuada información, se despilfarra su dinero y su salud y seguridad quedan amenazadas, con lo que en el fondo, lo que se sufre es el interés nacional»²⁷; recogidos, en esencia, en el punto tercero del Anexo al Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea, en el que concretamente se agrupan cinco categorías de *derechos fundamentales* de todo consumidor²⁸: a) derecho a la protección de la salud y la seguridad; b) derecho a la protección de los intereses económicos; c) derecho a la reparación de los daños; d) derecho a la información y educación; y e) derecho a la representación (derecho a ser escuchado), anteriormente citados²⁹.

²⁶ HENRY, P. C., «How mainstream consumers think about consumer Rights and responsibilities», *Journal of Consumer Research*, December 1, 2010, pág. 670.

²⁷ ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., «La base...», cit., pág. 226.

²⁸ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Los derechos...*, cit., pág. 20.

²⁹ Derechos que se ejercerán, tal y como se expone en el punto cuarto del Anexo al Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea, de manera «intensificada por medio de acciones en el marco de políticas específicas de la Comunidad tales como, por ejemplo, la política económica, la política agrícola común, la política social, las políticas de medio ambiente, de los transportes y de la energía, así como la aproximación de las legislaciones que afecten todas ellas a la situación del consumidor».

Así, a partir de entonces comenzó a conferirse al consumidor un estatus específico que, en palabras del Consejo de la Comunidad Económica Europea, en su Resolución de 1975 sobre esta materia, hace que ya no pueda considerarse más al consumidor como un mero comprador o usuario de bienes o servicios para uso familiar, personal o colectivo³⁰. Por ello, la consagración del Estado como promotor de la justicia social y económica comenzó a hacerse extensiva la protección y tutela de los intereses de los consumidores; y como fiel reflejo de ello el mencionado Programa Preliminar, relativo a la política de protección e información de los consumidores, asumió expresamente esta preocupación; si bien dejó sin resolver cuestiones relativas a la base jurídica y a la orientación que debía darse a la política de consumidores y usuarios, aunque, sí que dejó marcado que la tutela de los consumidores no debía de pertenecer al ámbito de la política común, sino que la misma habría de abordarse como competencia compartida con los Estados miembros³¹.

Así, a partir de este documento comienza a evidenciarse el esfuerzo por generar una nueva concepción en la política de los consumidores. De este modo, y en base a la consideración de que es conveniente «actualizar el programa preliminar de 14 de abril de 1975, para asegurar la continuidad de las acciones ya emprendidas y, emprender nuevas tareas para los años 1981-1986»³², el Consejo aprobó

³⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho mercantil», *Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A/ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coords.), Madrid, 1987, págs. 9 y ss.

³¹ ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., «La base...», cit., pág. 227.

³² *Ibidem*, pág. 234.

por Resolución de 19 de mayo de 1981, el *Segundo Programa de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información a los consumidores* -Resolución del consejo (Diario Oficial nº C 133 de 3. 6. 1981)³³ -, dividido en tres grandes apartados: 1) Orientaciones generales. 2) Ejecución del programa, en donde pueden observarse las siguientes vías: Protección de los consumidores contra los riesgos que puedan afectar a su salud y seguridad, protección de los intereses económicos, consejo, asistencia y representación ante la justicia de los consumidores, información y educación de los consumidores. 3) Educación de los consumidores, con un apartado referido a la promoción de los intereses de los consumidores.

De modo que, por lo que a los intereses económicos de los consumidores se refiere, el *Segundo Programa* destacó una serie de principios básicos de protección³⁴ en base a los cuales la Comisión presentó unas propuestas de directivas³⁵. De igual manera, la Comisión

³³ MORENO CATENA, V. / GUZMÁN FLUJA, V. C. / FLORES PRADA, I., *Informe...*, cit., pág. 21. PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 40.

³⁴ En concreto: 1. Los compradores de bienes o de servicios deben quedar protegidos contra determinadas prácticas abusivas de venta. 2. El consumidor debe quedar protegido contra los daños causados a sus intereses económicos por un producto defectuoso o por unos servicios insuficientes. 3. La presentación y la promoción de bienes o de servicios no deben concebirse de forma que engañen a quien se le ofrecen o a quien los ha pedido. 4. Ninguna forma de publicidad debe inducir a error al adquiriente en potencia del producto o del servicio. 5. Todas las informaciones facilitadas en la etiqueta, en el punto de venta o en publicidad deben ser exactas. 6. Para los bienes de consumo duraderos, se debe ofrecer al consumidor un servicio postventa satisfactorio. 7. La gama de las mercancías puestas a disposición de los consumidores debería ser tal que ofreciera a éstos una selección adecuada.

En este sentido: CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Los derechos...*, cit., pág. 19.

³⁵ Tales como:

prosiguió con los trabajos ya emprendidos en el marco del programa preliminar, especialmente en lo que se refiere a determinadas prácticas comerciales abusivas; estudió la promoción de los intereses de los grupos específicos de consumidores más desfavorecidos, con el fin de responder mejor a las exigencias particulares de los mismos; tomó en consideración la ejecución de políticas agrícolas comunes; y desarrolló acciones de la Comunidad en el sector de los servicios, con presentación de propuestas para servicios comerciales relacionados con los productos, servicios comerciales no relacionados con productos y prestaciones de servicios públicos y paraestatales³⁶.

Posteriormente, el proceso legislativo tutelar de consumidores y usuarios prosigue con la firma en Luxemburgo, el 17 de febrero de 1986, y en La Haya, el día 28 de febrero de 1986, el *Acta Única Europea* (Diario Oficial n° L 169 de 29 junio 1987)³⁷ que introduce en su artículo 38 lo que sigue: «el Tratado CEE será

- Propuesta de directiva relativa a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (Diario Oficial n° C 22 de 29. 1. 1977).

- Propuesta de directiva relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa y desleal (Diario Oficial n° C 70 de 21. 3. 1978).

- Propuesta de directiva relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por productos defectuosos (Diario Oficial n° C 241 de 14. 10. 1976).

- Propuesta de directiva relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (Diario Oficial n° C 80 de 27. 3. 1979).

³⁶ En esta línea: REYES LÓPEZ, M. J., *Derecho...*, cit., págs. 28 y 29.

³⁷ MORENO CATENA, V. / GUZMÁN FLUJA, V. C. / FLORES PRADA, I., *Informe...*, cit., pág. 21. ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., «La base...», cit., pág. 236.

completado con las disposiciones siguientes. Artículo 100 A. 3. La Comisión, en sus propuestas previas en el apartado 1 referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección de medio ambiente y protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado».

De este modo, a pesar de que con el art. 100.A) no se ofreció una base legal específica para legislar en materia de consumidores, sí que se adoptaron, sin embargo, importantes medidas normativas con el objeto de ofrecer un elevado nivel de protección a los consumidores y usuarios de la Unión³⁸. En esta línea, y por lo que a la publicidad engañosa respecta, cabe destacarse la Directiva del Consejo, de 25 de junio de 1987, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre los productos de apariencia engañosa que ponen en peligro la salud o la seguridad de los consumidores (Diario Oficial n° L 192 de 11/07/1987)³⁹ destinada a proteger a los consumidores en base a la consideración de que «se deben eliminar estos obstáculos para el establecimiento y el funcionamiento del mercado común y que se debe realizar una protección adecuada del consumidor», además de que «es oportuno que la salud y la seguridad de los consumidores sea objeto de un nivel de protección equivalente en todos los Estados miembros».

En esta línea, sobre la base jurídica que proporciona el Acta Única Europea y en atención a la consideración de que, a la luz de los resultados obtenidos en la aplicación de los dos programas de acción comunitaria adoptados en 1975 y 1981, resultaba apropiado definir los

³⁸ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Los derechos...*, cit., págs. 21 y 22.

³⁹ En este sentido, DÍEZ MORENO pone de relieve la supresión de la regla de la unanimidad llevada a efecto en virtud del Acta Única Europea. DÍEZ MORENO, F., *Manual...*, cit., pág. 695.

objetivos y las prioridades para la futura acción de la Comunidad en interés de los consumidores; considerando que resultaba, igualmente, conveniente, para lograr el mercado interior, que la Comunidad adoptara medidas que permitan un alto nivel de protección de los consumidores, especialmente en los que se refiere a las seguridad y la calidad de los productos, tuvo origen la Resolución del Consejo, de 23 de junio de 1986⁴⁰, relativa a la orientación futura de la política de la Comunidad Económica Europea para la protección y el fomento de los intereses de los consumidores (Diario Oficial n° C 167 de 05/07/1986) que aprobó el objetivo de tomar en mayor consideración los intereses de los consumidores en las otras políticas de la Comunidad, especialmente las relativas a la consecución del mercado interior, sobre todo en lo que concernía a la mejora de la calidad de los productos y los servicios, a la agricultura, la competencia y el transporte.

Tres años más tarde, con la Resolución del Consejo de 9 de noviembre de 1989 (Diario Oficial n° C 294 de 22.11.1989) sobre *Futuras prioridades para el relanzamiento de la política de protección del consumidor*⁴¹ tuvo origen la incorporación de un programa comunitario dirigido a los consumidores, en base a la idea de que los intereses de los consumidores debían ser tenidos en cuenta en las políticas comunitarias, dado que «es conveniente mejorar la representación de los consumidores a nivel comunitario con vistas a asegurar el equilibrio entre los intereses de los productores y los de los consumidores», y para lo que, entre otras cosas, «esto requiere un conocimiento profundo del impacto del mercado interior en el consumidor».

⁴⁰ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 40.

⁴¹ MORILLAS JARILLO, M. J., «La protección...», cit., pág. 577.

De este modo, y en respuesta a este programa, la Comisión presentó un *Plan Trienal de Acción sobre Política de los Consumidores en la CEE* para el período 1990-1992 -COM (90) 98 final, de 3-5-1990-, cuyas prioridades eran las siguientes: Incrementar la participación de los consumidores en las actuaciones comunitarias, adoptar medidas que garantizaran su seguridad y el acceso a la debida información, favorecer y proteger las operaciones comerciales en cualquier país de la Comunidad⁴².

En esta línea, el mencionado Plan sostuvo un criterio basado en la integración económica como desarrollo económico a nivel europeo, ello en la idea de la generación de confianza en los consumidores. En este sentido, cabe señalar que el *Plan Trienal de Acción sobre Política de los Consumidores en la CEE* para el período 1990-1992 introducía que «para obtener el máximo beneficio en el mercado interior, es necesario que los consumidores estén dispuestos a utilizar ese mercado», por lo que la integración económica había de sostenerse como un objetivo prioritario de la Unión Europea, dado que la misma sirve a fines tanto de naturaleza económica como política, por medio del bienestar socio económico, la paz, la democracia o los derechos fundamentales⁴³.

De este modo, puede decirse que hasta 1992, fecha en la que se consolidó la política de los consumidores a través del Tratado de Maastricht, la actuación que en el seno de la Comunidad Europea tuvo

⁴² CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Los derechos...*, cit., pág. 23.

⁴³ ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., «La base...», cit., pág. 231.

lugar en relación con los consumidores se fue proyectando por medio de importantes decisiones que se fueron consolidando legalmente⁴⁴.

⁴⁴ Destacando, entre otras, las siguientes medidas:

a) *Directivas.*

-Directiva del Consejo de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones, legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembro en materia de publicidad engañosa.

-Directiva del Consejo de 25, de julio de, 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

-Directiva del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.

-Directiva del Consejo de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo.

-Directiva del Consejo de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados.

- Directiva del Consejo de 18 de diciembre de 1978, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios destinados al consumidor final;

- Directiva del Consejo de 7 de junio de 1988, sobre indicación de precios en productos alimenticios;

- Directiva del Consejo de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre los aditivos alimentarios autorizados en los productos alimenticios destinados al consumo humano;

- Directiva del Consejo de 14 de junio de 1989, relativa a las menciones o marcas que permitan identificar el lote al que pertenece un producto alimenticio;

- Directiva del Consejo de 14 de junio de 1989, por la que se modifica la Directiva del Consejo de 18 de diciembre de 1978, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios destinados al consumidor final;

b) *Propuestas de Directivas.*

Propuesta de Directiva del Consejo (91/C 12/11), sobre la responsabilidad del prestador de servicios.

Propuesta de Directiva del Consejo (91/C 180/15), sobre publicidad comparativa, y por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa.

c) *Resoluciones.*

Pronto la política de los consumidores se verá reafirmada, como antes hemos apuntado, gracias al *Tratado de la Unión Europea o de Tratado de Maastricht* (Diario Oficial n° C 191 de 29 de julio de 1992)⁴⁵, firmado el día 7 de febrero de 1992, en el que la referencia a consumidores y usuarios se determina a través de dos preceptos, el art. 3.s) y el art. 129.A)⁴⁶.

El primero de los artículos mencionados, el artículo 3.s) destaca en esta materia dado que en el mismo puede leerse que «para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2⁴⁷, la acción de la Comunidad implicará,

-Resolución del Consejo de 25 de junio de 1987, sobre acceso de los consumidores a la justicia.

-Resolución del Consejo de 25 de junio de 1987, relativa a la seguridad de los consumidores.

-Resolución del Consejo de 7 de junio de 1988, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos alimenticios y de los productos no alimenticios.

En esta sentido: MORILLAS JARILLO, M. J., «La protección...», cit., págs. 578 y ss.

⁴⁵ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Los derechos...*, cit., págs. 25 y ss.

⁴⁶ AZPARREN LUCAS, A. / DE LLERA, E., *Legislación material de consumo con comentarios y jurisprudencia*, Sevilla, 2001, pág. 22. MORILLAS JARILLO, M. J., «La protección...», cit., pág. 584.

⁴⁷ «La Unión tendrá los siguientes objetivos: 1) promover un progreso económico y social equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y monetaria que implicará, en su momento, una moneda única, conforme a las disposiciones del presente Tratado; 2) afirmar su identidad en el ámbito internacional, en particular mediante la realización de una política exterior y de seguridad común que incluya, en el futuro, la definición de una política de defensa común que podría conducir, en su momento, a una defensa común; 3) reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros, mediante la creación de una ciudadanía de la Unión; 4) desarrollar una cooperación estrecha en el ámbito de la justicia y de los asuntos de interior; 5) mantener íntegramente el acervo comunitario y desarrollarlo con el fin de examinar, con arreglo

en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado una contribución al fortalecimiento de la protección de los consumidores». Lo cual pone de manifiesto que la protección de consumidores y usuarios a nivel europeo giraba en torno a la tonificación de los mismos. Y en este sentido, el segundo de los preceptos señalados, el artículo 129. A), ubicado sistemáticamente en el Título IX del Tratado de Maastricht, rubricado «Protección de los Consumidores», establece que «la Comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores», mencionando, en esta línea, las medidas que se podían adoptar para conseguir este objetivo⁴⁸; es decir, gracias al referido Tratado, además de reiterarse el alto nivel de protección que debía aplicarse a los consumidores, se añadieron los instrumentos jurídicos para alcanzarlo, para lo cual se puso de manifiesto la extensa y clara legitimación de medidas no estrictamente dependientes de la consecución del mercado interior⁴⁹.

Sobre esta orientación, puede concluirse que el artículo 129.A) precisó las dos vías a través de las cuales podía la Comunidad contribuir al elevado nivel de protección de los consumidores⁵⁰. Así, por un lado se

al procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo N, la medida en que las políticas y formas de cooperación establecidas en el presente Tratado deben ser revisadas, para asegurar la eficacia de los mecanismos e instituciones comunitarios.

Los objetivos de la Unión se alcanzarán conforme a las disposiciones del presente Tratado, en las condiciones y según los ritmos previstos y en el respeto del principio de subsidiariedad tal y como se define en el artículo 3B del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea».

⁴⁸ Esto es: a) Medidas que se adopten en virtud del artículo 100 A en el marco de la realización del mercado interior. b) Acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros a fin de proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, y de garantizarles una información adecuada.

⁴⁹ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual...*, cit., pág. 18.

⁵⁰ ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., «La base...», *Revista de*

mantuvo, en primer término, el contexto de las medidas directamente encaminadas a la realización del mercado interior, es decir, la vía del 100.A) del Acta Única Europea (art. 129.A.1.a del Tratado de Maastricht) y, además de ello, se incorporó una segunda vía, cuyo objeto era posibilitar, apoyar y complementar las políticas que los Estados miembros llevaban a cabo, con el fin de proteger «la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, y de garantizarles una información adecuada» (129A.1.b del Tratado de Maastricht)⁵¹.

De este modo, a través del Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht se desarrollaron diversas directivas que ponían sobre la mesa la contribución al fortalecimiento a la protección de los consumidores, fin éste enunciado en el art. 3.s) del mencionado Texto⁵².

cit., pág. 238.

⁵¹ En este sentido, PUENTE ABA aclara dos ideas. La primera de ellas se basa en la concepción de que las posibilidades de actuación en favor de los consumidores a las que se refiere el 129.A) del Tratado de Maastricht, es decir, la aplicación de medidas directamente encaminadas a la realización del mercado interior, no era nueva, sino que se mantiene como vía a la que se ya recurrió en el Tratado de Roma y que, el Acta Única Europea, por su parte, oficializó. La segunda de las premisas a destacar se centra en la idea de que, dado que el segundo de los apartados del 129A.1 del Tratado de Maastricht reconoce a las instituciones comunitarias la posibilidad de adoptar acciones específicas que impulsen o completen las políticas de los Estados miembros con el fin de proteger la salud, la seguridad y los intereses de los consumidores y ofrecerles información adecuada, debe seguirse el procedimiento del artículo 189.b del referido Tratado⁵¹, previa consulta al Comité Económico y Social. PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 41.

⁵² Y que, a modo de ejemplo, pueden distinguirse: Directiva del Consejo de 29 de junio de 1992, relativa a la seguridad general de los productos, que pretende «garantizar que los productos puestos en el mercado sean seguros» (art. 1); Directiva de Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, basada, según su art. 1, en «aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en los diferentes Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores»; Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, que se

En esta línea, dado el objeto de análisis de esta tesis, caben destacarse la Directiva 1992/28/CEE, de 31 de marzo, de publicidad de los medicamentos para uso humano; la Directiva 1997/7/CE, de 20 de mayo, de Protección de los consumidores en materia de contratos a distancia o la Directiva 1997/55/CE, de 6 de octubre, por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa.

Por otro lado, por lo que a las iniciativas concretas adoptadas en este período se refiere, cabe señalar que en 1993 se publicó el *Segundo Plan de Acción Trienal* sobre política de los consumidores para el periodo 1993-1995 (COM (93) 38 final, de 28 de julio de 1993), bajo la rúbrica *Poner el Mercado único al servicio de los consumidores*⁵³.

El mencionado Plan se caracterizó por establecer una serie de objetivos prioritarios con la finalidad de lograr una mayor protección del consumidor. En este sentido, destacan, entre otros, el aumento de información dirigida a los consumidores, el favorecimiento de su acceso a la justicia, o la adaptación de los servicios financieros a sus necesidades. Sin embargo, el principal defecto de este plan es que el mismo no contiene una enumeración completa de los derechos fundamentales de los consumidores y ello, tal y como apunta PUENTE ABA, resulta contraproducente para conseguir una protección eficaz del consumidor; situación ésta que se ve agravada por el hecho de que para llevar a cabo esta política de protección se suele utilizar como método la

centra en la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros referentes a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos relativos, directa o indirectamente, a la adquisición de un derecho de utilización de uno o más inmuebles en régimen de tiempo compartido (art. 1).

⁵³ ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., «La base...», cit., pág. 240.

Directiva, que con frecuencia será Directiva de mínimos, lo cual traerá como consecuencia, frecuente, que entre los países comunitarios exista una armonización desigual y que no vaya más allá de un nivel básico de protección⁵⁴.

La Comisión continuó con su empeño de tutela a los consumidores dando origen al *Tercer Plan de Acción Trienal* en torno a las Prioridades de la Política de los Consumidores para el período 1996-1998 (COM (95) 519 final, de 31-10-1995). Dicho plan, teniendo presente que sus dos precedentes se centraban en garantizar que los consumidores participasen y aprovecharan las ventajas del mercado interior, pretendió hacer frente a otras cuestiones que afectan al consumidor. Así, entre los puntos que recalca podemos mencionar: el deseo de mejorar la información y la educación de los consumidores, la necesidad de fomentar un sistema práctico para conseguir un consumo sostenible y la importancia de reforzar la representación de los consumidores⁵⁵.

Dos años más tarde, la política comunitaria de protección de consumidores, dio un importante paso adelante a través del *Tratado de Ámsterdam* por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados Actos Conexos (Diario Oficial n° C 340 de 10 de noviembre de 1997), aprobado por el Consejo de la Unión Europea de Ámsterdam (16 y 17 de junio de 1997) y firmado el 2 de octubre de 1997 por los ministros de Asuntos Exteriores de los quince países miembros de la Unión Europea,

⁵⁴ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 41.

En esta línea: MORILLAS JARILLO M. J., «La protección...», cit., pág. 586.

⁵⁵ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 42.

y que entró en vigor el 1 de mayo de 1999 tras haber sido ratificado por todos los Estados miembros. Con este texto, determina ESCANJEDO SAN EPIFANIO fueron destacados los avances en el ámbito de las políticas de integración del mercado interior gracias al reconocimiento de los derechos de los consumidores y a la adquisición un mayor grado de autonomía de su política de protección⁵⁶.

A este respecto, una simple lectura del art. 153 del referido Tratado⁵⁷ nos confirma que a través de este texto se mantienen las líneas básicas del artículo 129.A) del Tratado de Maastricht⁵⁸ dado que, por lo que respecta a las dos vías previstas para la contribución por parte de la Comunidad al elevado nivel de protección de los consumidores, las

⁵⁶ ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., «La base...», cit., págs. 240 y 241.

⁵⁷ Artículo 153. «1 Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Comunidad contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses.

2. Al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones comunitarias se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores.

3. La Comunidad contribuirá a que se alcancen los objetivos a que se refiere el apartado 1 mediante:

a. Medidas que adopte en virtud del artículo 95 en el marco de la realización del mercado interior;

b. Medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros.

4. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las medidas mencionadas en la letra b) del apartado 3.

5. Las medidas que se adopten en virtud del apartado 4 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con el presente Tratado. Se notificarán a la Comisión».

⁵⁸ En este sentido: ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., «La base...», cit., pág. 241.

mismas siguen vigentes (apartados 1 a 3); manteniéndose, igualmente, el procedimiento de codecisión del art. 251, con el requisito de previa consulta del Comité Económico y Social (apartado 4). Además, se sigue con el carácter mínimo de estas actuaciones comunitarias, en el sentido de que las medidas que se adopten por las instituciones comunitarias «no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección» (apartado 5). Esto no obstante, si profundizamos algo más en el texto, podemos encontrar algunas reformas destacables⁵⁹.

En esta línea, dado que el Tratado de Ámsterdam no detalla las prioridades para las acciones y las medidas a llevar a cabo a favor de los consumidores, la Decisión 283/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 1999, por el que se establece un marco general para las actividades comunitarias en favor de los consumidores,

⁵⁹ La primera de ellas es el reconocimiento expreso que se hace a los derechos de los consumidores, y que, en concreto son: 1) el derecho a la información, 2) el derecho a la educación y 3) el derecho de los consumidores a organizarse para salvaguardar sus intereses (apartado 1 del art. 153).

La segunda de las novedades a destacar es el hecho de que el Tratado de Ámsterdam se refiere a la necesidad de que, de algún modo, la protección del consumidor sea tenida en cuenta en todos los ámbitos de acción comunitaria. Así, en su apartado segundo, determina el artículo 153 la necesidad de tener en cuenta las exigencias de protección de los consumidores en la definición e implementación de cualesquier política y actividad de la Unión (política de libre competencia, política agrícola común o política regional, entre otras).

La tercera de las reformas introducidas con el Tratado de Ámsterdam se refiere a la posibilidad de llevar a cabo medidas de apoyo en las políticas de los Estados miembros en materia de protección de los consumidores; ello se refiere a que ya no se habla de adoptar «acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados», sino que se hace una referencia más general, a la adopción de «medidas»; asimismo, tales medidas ya no han de ser sólo con el fin de completar o apoyar las políticas de los Estados miembros, sino que es posible también adoptar medidas de monitorización o supervisión de estas políticas (apartados 3 a 5 art. 153).

dio origen al *Plan de Acción sobre Política de los consumidores para el período 1999-2001*(COM (98) 696 final, 1-12-1998), que se centra básicamente en tres aspectos⁶⁰: 1) Fomento de la información de consumidores y usuarios y de las facilidades derivadas de la creación de asociaciones. 2) Obtención de bienes y servicios más seguros y no peligrosos para la salud. 3) Búsqueda de un mayor respeto de los intereses económicos de los consumidores a través, sobre todo, de un sistema de contratación más transparente. Determinándose a través de ello un relevante avance, dado que de su texto puede extraerse una mayor concienciación por parte de la Unión Europea en lo que al ámbito de protección de los consumidores y usuarios respecta –en este sentido, no cabe obviarse la siguiente frase que a lo largo de su redacción puede leerse «la política de los consumidores no es un lujo sino un elemento esencial del desarrollo político de la UE en su conjunto»-.

Mientras el referido Plan era ejecutado, tuvo lugar en el año 2000 la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, hecha en Niza el día 7 de diciembre (Diario Oficial nº 364 de 18 de diciembre de 2000), la cual supone el culmen de un procedimiento sin precedentes en la Unión Europea, dado que recogía en un único texto el conjunto de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos y de todas las personas que viven en el territorio de la Unión. En este sentido, cabe destacar la mención expresa a la protección de los consumidores, en su art. 38, derecho fundamental de carácter económico y social y que literalmente señala de la manera que sigue: «Las políticas de la Unión garantizarán un alto nivel de protección de los consumidores»⁶¹.

⁶⁰ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 42.

⁶¹ DÍEZ MORENO, F., *Manual...*, cit., págs. 173 y ss.

Así, puede decirse, que dado que los pueblos de Europa han ido creando entre sí una unión cada vez más estrecha, la Unión decidió fundar un porvenir pacífico basado en valores comunes, valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, en base a los principios de la democracia y del Estado de Derecho⁶².

En esta línea, el proceso comunitario de protección de consumidores continuó desarrollándose con objeto de impulsar una política común en materia de consumidores y usuarios. Por lo que pronto tuvo origen la *Estrategia en materia de política de los consumidores 2002-2006* (Diario Oficial nº 137 de 8.6.2002)⁶³, presentada como Comunicación de la Comisión, de 7 de mayo de 2002, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones y con la que se pretendió contribuir a la integración de las preocupaciones de los consumidores, a fin de optimizar las ventajas del mercado interior para los consumidores y preparar la ampliación⁶⁴.

⁶² Ello en atención a que, tal y como se extrae del Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales, la Unión contribuye a «la preservación y al fomento de estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos en el plano nacional, regional y local»; tratando de fomentar, en este sentido, un desarrollo equilibrado y sostenible y de garantizar la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, así como la libertad de establecimiento, a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos.

⁶³ LORA- TAMAYO VALLVÉ, M., «La política de consumidores», *Políticas de la Unión Europea*, LINDE PANIAGUA (Coord.), Madrid, 2007, pág. 708.

⁶⁴ Así, para la consecución de tal fin el ámbito de la estrategia se centró en la seguridad de los consumidores, las cuestiones económicas y jurídicas que les afectan en el mercado, la información y educación de los consumidores y la promoción de las organizaciones de consumidores y su contribución al desarrollo de la política de los consumidores; siendo los objetivos de la estrategia los siguientes: alto nivel común de protección de los consumidores, aplicación eficaz de las normas sobre protección de los consumidores, participación de los

En atención a lo expuesto hasta ahora, podemos observar cómo la protección de los consumidores de la Unión Europea se ha ido ampliando a medida que evolucionaban las necesidades y expectativas de sus ciudadanos. En esta línea, el *Programa de acción comunitaria en el ámbito de la política de los consumidores 2007-2013*, Decisión nº 1926/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006 (Diario Oficial nº 404 de 30 de diciembre de 2004), complementa, apoya y vigila las políticas de los Estados miembros y, además, contribuye a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos y jurídicos de los consumidores, así como a la promoción de sus derechos a la información, a la educación y a la organización para la defensa de sus intereses⁶⁵.

ciudadanos en las políticas de la Unión Europea a través de las organizaciones de consumidores.

http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/general_framework_and_priorities/132008_es.htm

⁶⁵ Con el objetivo de conseguir la finalidad perseguida por este programa, el mismo centra su política en dos orientaciones: 1) La garantía de un alto nivel de protección de los consumidores, concretamente mejorando la consulta y la representación de los intereses de los consumidores. 2) La garantía de la aplicación efectiva de la normativa de protección de los consumidores, en particular reforzando la cooperación en la aplicación de la legislación, la información, la educación y las vías de recurso.

Así, con el objeto de alcanzar la consecución de dichos objetivos el Programa ha definido las acciones que a continuación se enumeran: 1) Por lo que respecta a la protección de los consumidores las acciones se centran en: la recopilación, intercambio y análisis de datos e información, así como la creación de herramientas de evaluación; asesoramiento jurídico y técnico, incluidos estudios, seminarios y conferencias; y contribución financiera para el funcionamiento de las organizaciones de consumidores europeas. 2) Y en cuanto al objetivo segundo, aplicación efectiva de la normativa de protección de los consumidores, las acciones propuestas son: acciones de coordinación de seguimiento y de cooperación entre las autoridades nacionales; acciones de seguimiento y de evaluación de la seguridad de los servicios y los productos no alimentarios; acciones sobre información, asesoramiento y vías de recurso, o acciones de educación de los consumidores.

En este sentido: LORA- TAMAYO VALLVÉ, M., «La

Por otro lado, cabe señalar que, en diciembre de 2006, la UE adoptó un nuevo programa de protección de los consumidores para el período 2007-2013, en base a la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, de 13 de marzo de 2007, y que concretamente es la *Estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores 2007-2013*, cuyo objetivo es establecer un nivel equivalente de seguridad y de protección en toda la Unión Europea, y un mercado interior más integrado, mediante la capacitación de los consumidores instaurando un mercado más transparente que les permita tener opciones reales de consumo, la mejora del bienestar de los consumidores en términos de calidad, diversidad, accesibilidad, seguridad, etc. y la protección de los consumidores contra los riesgos y amenazas graves⁶⁶.

En último término, hemos de mencionar que la intensa protección dirigida a los consumidores que en la actualidad se lleva a cabo por medio del *Tratado de Lisboa* de 2007 (Diario Oficial n° C 306 de 17 diciembre 2007), firmado por los representantes de todos los Estados miembros de la Unión Europea, en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, y que sustituye al fracasado Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, también conocido como Tratado Constitucional de 2004 (Diario Oficial C 310 de 16.12.2004)⁶⁷.

política...», cit., pág. 710.

⁶⁶

http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/general_framework_and_priorities/132054_es.htm

⁶⁷ PALOMARES AMAT, M. / SÁNCHEZ, V. M., *Derecho de la Unión Europea*, SÁNCHEZ (Dir.), 2010, pág. 146. DÍEZ MORENO, F., *Manual...*, cit., pág. 149.

El Tratado de Lisboa se diseñó para mejorar el funcionamiento de la Unión Europea mediante la modificación del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht) y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado de Roma). En este sentido, cabe señalar la relevancia del artículo 169 (antiguo artículo 153 TCE), en base al cual la Unión determina como objetivo primordial la promoción de los intereses de los consumidores, garantizándoles un alto nivel de protección⁶⁸, para lo que se basará en las medidas que adopte en virtud del artículo 114⁶⁹, en el marco de la realización del mercado interior y en las medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros.

De lo expuesto se extrae que en la actual política comunitaria las prioridades se centran en el mantenimiento de un nivel elevado de protección de los consumidores y la aplicación de las normas en materia de protección de los mismos⁷⁰.

⁶⁸ En concreto, en el art. 169 se establece que la Unión contribuirá a proteger «la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores», así como a promover «su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses».

⁶⁹ En esta línea, el artículo 114 determina que el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. Y en el mismo sentido continúa exponiendo que la Comisión, en sus propuestas referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado, teniendo en cuenta especialmente cualquier novedad basada en hechos científicos.

⁷⁰ Como ejemplo de la mejora en el seguimiento de protección de los consumidores en las políticas nacionales, caben señalar la sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas, caso Comisión de las Comunidades Europeas contra España, sentencia de 28 de noviembre de 2002 (TJCE\2002\354), que se centra, igualmente, en la obligación de adaptación, por parte de los Estados miembros, de la Directiva 1997\35\CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE

II.- Derechos e intereses de los consumidores tutelados en la Unión Europea.

Las normas tradicionales elaboradas en el contexto de la sociedad preindustrial no resultaban suficientes para la protección de los consumidores y usuarios de la Unión Europea, por lo que con el movimiento de tutela de los mismos nace la exigencia de una mejor protección de los legítimos intereses de los consumidores⁷¹, centradas en el derecho del consumidor o usuario a contratar en condiciones equitativas, esto es, «en condiciones que eviten que sea engañado o presionado, que garanticen su conocimiento sobre el contrato que suscribe y la ausencia de cláusulas en éste»⁷², junto a otros de carácter sustantivo que desde el Programa Preliminar de acción comunitaria en materia de consumidores se contenían en una relación exhaustiva, que recordamos nació sobre la referencia del mensaje elaborado por KENNEDY en 1962 -en el que concretamente podían identificarse el derecho a la seguridad, derecho a la información, derecho a elegir y derecho a ser escuchado- y sobre el que posteriormente, con el Programa Preliminar, se agruparon cinco categorías de derechos fundamentales de todo consumidor: a) derecho a la protección de la salud y la seguridad; b) derecho a la protección de los intereses económicos; c) derecho a la reparación de los daños; d) derecho a la información y educación; y e)

sobre publicidad engañosa; o la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de septiembre de 2004 (TJCE 2004/227), asunto C-70/03, que declaró que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/13/CEE del consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

⁷¹ HENRY, P. C., «How mainstream...», cit., pág. 670.

⁷² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La protección...», cit., págs. 142 y 145.

derecho a la representación (derecho a ser escuchado).

El *derecho a la protección de la salud y la seguridad* de los consumidores cuenta con una larga tradición en los ordenamientos jurídicos⁷³; así, puede decirse que este derecho se ha orientado hacia la implementación de medidas concretas para la prevención de riesgos en la utilización de determinados productos o servicios, sirviendo de base para la justificación de la entrada de la Administración pública ante aquellos supuestos que revisten una mayor gravedad⁷⁴. Así, el Programa Preliminar recogió la tutela de este derecho, en base a la protección de los riesgos que pueden afectar a la salud y/o seguridad de los consumidores en el uso normal de bienes o servicios; sin embargo, no fue hasta el Tratado de Maastricht cuando se reconoció expresamente este derecho⁷⁵.

Por lo que respecta al *derecho a la protección de los intereses económicos y a la reparación del daño* podemos afirmar que es inimaginable la tutela de los derechos de los consumidores sin la inclusión en ella de sus intereses económicos porque, tal y como se introdujo en el *Informe Molony*, en virtud del cual se examinaban las medidas para mejorar la protección del consumidor, «el consumidor es, ante todo, un comprador, (...) un adquirente de bienes y servicios que espera contratar en condiciones equitativas»⁷⁶. En base a ello, señala

⁷³ ANCOS FRANCO, M. H., «Hacia un nuevo concepto de consumidor en el comercio electrónico: una visión crítica de la regulación comunitaria», *Boletín de la Facultad de Derecho* núm. 20, 2002, pág. 9. REYES LÓPEZ, M. J., «Derecho a la información», *Derecho de consumo*, 2002, págs. 109 y ss.

⁷⁴ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Los derechos...*, cit., págs. 73 y ss.

⁷⁵ ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., «La base...», cit., pág. 249.

⁷⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La

ESCAJEDO SAN EPIFANIO que quienes adquieren bienes o servicios deben estar protegidos frente a los abusos de poder de quien los ofrece⁷⁷.

Así, en Derecho comunitario la tutela de los intereses económicos de consumidores y usuarios fue tomada en cuenta desde el principio, dado que, como hemos señalado, el Programa Preliminar de acción comunitaria en materia de consumidores lo recogió como derecho básico; además, el Tratado de Maastricht lo reconoció como base para que la Comunidad adopte medidas de apoyo a las políticas de los Estados miembro y el Tratado de Ámsterdam lo introdujo como auténtico derecho del consumidor⁷⁸.

En el mismo sentido, el *derecho a la información* se asienta sobre la idea de que el consumidor, como contratante, tiene la necesidad de conocer lo que adquiere, cómo lo adquiere y para qué lo adquiere⁷⁹. Así, en la legislación española se ha mantenido que el reconocimiento expreso de este derecho sobre la confirmación de que la voluntad que el consumidor prestó al contrato se formó con el conocimiento de todos los elementos del mismo⁸⁰. Sin embargo, en los textos constitutivos europeos no se concreta el desarrollo de este derecho, a pesar de ser el más fundamental y específico, pues, aunque en el Tratado de Maastricht la garantía de una «información adecuada» al consumidor aparecía

protección...», cit., págs. 141-142 y 145.

⁷⁷ ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., «La base...», cit., pág. 250.

⁷⁸ CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, págs. 305 y ss. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Los derechos...*, cit., págs. 77 y SS.

⁷⁹ REYES LÓPEZ, M. J., «Derecho...», cit., págs. 277 y ss.
⁷⁹ CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., *Derecho...*, cit., págs. 305 y ss.

⁸⁰ En este sentido: PÉREZ GARCÍA, *La información en la contratación privada*, Ministerio de Sanidad, 1990.

recogida, lo era solo en cuanto a interés a tener en cuenta a la hora de apoyar la protección ofrecida por los Estados miembro a sus ciudadanos⁸¹.

El *derecho a la educación*, que quedó recogido por primera vez en un informe estipulado por la Organización para el Desarrollo Económico de 1972⁸² y que posteriormente se incorporó a la Carta de Protección del Consumidor del Consejo de Europa de 1973⁸³ y al referido Programa Preliminar, se refiere a la puesta a disposición del consumidor o usuario de oportunidades de formación que le permita comportarse como consumidor informado⁸⁴.

En cuanto al *derecho a la representación*, hemos de señalar que éste queda determinado sobre la idea de que se reconoce a los consumidores el derecho a asociarse y también el derecho a la representación a través de organizaciones creadas a tal efecto⁸⁵. El Tratado de la Comunidad Europea reconoce expresamente esta dimensión y en desarrollo del mismo cabe señalarse la Directiva 98/27 de asociaciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores⁸⁶.

⁸¹ ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., «La base...», cit., pág. 246.

⁸² CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., *Derecho...*, cit., págs. 305 y ss. ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., «La base...», *Revista de Derecho Político...*, cit., pág. 247.

⁸³ Resolución 543/73, de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa.

⁸⁴ GÓMEZ CALERO, J., *Los derechos de los consumidores y usuarios*, Madrid, 1994, págs. 51 y 52.

⁸⁵ CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., *Derecho...*, cit., pág. 308. FERNÁNDEZ GIMENO, J. P., «El derecho a la representación», *Derecho de consumo*, 2002, págs. 319 y ss.

⁸⁶ ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., «La base...», cit., pág.

Podemos señalar, a modo de conclusión, que la protección de los consumidores y usuarios se ha convertido en una de las materias protagonistas a nivel europeo. Así, aunque los comienzos legislativos europeos, en lo que a la tutela de los consumidores se refiere, era un aspecto abandonado, subordinado a las políticas del mercado interior, posteriormente la protección de los consumidores se convirtió en necesaria preocupación a nivel transnacional; es decir, a pesar de que desde 1975, con el Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una Política de Protección e Información a los Consumidores, se puede hablar de protección de los consumidores en el ámbito europeo, sin embargo, es a partir de 1987, con el Acta Única Europea, y ya más claramente con los Tratados de Maastricht y Ámsterdam, cuando quedará establecida con suficiente contundencia una base jurídica para la política de protección de los consumidores.

Como fiel reflejo de ello, hoy día la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios se plasma legislativamente en el nivel más elevado, convirtiéndose, por tanto, en un verdadero principio rector, dando lugar, incluso, a la participación ciudadana en la toma de decisiones convergentes a mejorar y avanzar hacia una adecuada política.

De lo expuesto podemos concluir que la regulación de la protección de consumidores y usuarios ha ido evolucionando con el paso de los años, llegando a priorizarse, tanto en el ámbito de la Unión Europea como en cada uno de los ordenamientos jurídicos de sus países integrantes, la salvaguarda de los intereses de los referidos consumidores y usuario. Así, puede decirse que en la actualidad se le otorga el máximo el nivel de tutela, en base la protección de garantías, tales como la salud,

la seguridad y los intereses económicos y jurídicos de los consumidores, el derecho a la información, la educación y la defensa de sus propios intereses.

Del mismo modo, creemos que la protección de los consumidores continúa siendo una lenta y laboriosa tarea que requiere de una continua atención, que ha de orientarse hacia la consecución de objetivos primordiales a la hora de encaminar la acción de la Unión Europea hacia la tutela del consumidor o usuario. En esta línea consideramos que:

1) Se debe incrementar el nivel de armonización en toda la Unión, en el marco de un derecho que repercuta de igual manera en todos los países integrantes y que alcance todas y cada una de las áreas que afectan a nuestros consumidores.

2) Se ha de mejorar la efectividad de las medidas de protección de consumidores y usuarios, a través de una mayor cooperación entre los Estados miembro.

3) Se debe controlar el mecanismo de participación de las organizaciones de consumidores, para involucrarlo en la política de consumidores.

CAPÍTULO II.- TUTELA EXTRAPENAL DE LA PUBLICIDAD EN ESPAÑA.

I.- Cuestiones introductorias.

Ya que la actividad publicitaria se encuadra dentro del ámbito económico-mercantil⁸⁷, y que la intervención punitiva en el complejo y dinámico mundo de la actividad económica exige de la norma penal «continuas remisiones a ámbitos normativos extrapenales de muy diverso rango»⁸⁸, se hace preciso el estudio de la regulación extrapenal de la publicidad.

Esto no obstante, hay que dejar claro que la utilización de la técnica propia de las normas penales en blanco en la protección penal de los consumidores puede ser problemática ya que, aunque su sentido político criminal es evidente de cara a evitar el anquilosamiento del

⁸⁷ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 165.

⁸⁸ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Delitos contra el orden socioeconómico», *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, tomo IV, Derecho Penal. Parte Especial (Derecho Penal económico)*, Madrid, 2012, pág. 32.

Derecho Penal superado en ocasiones por los cambios sociales o el avance de nuevas técnicas o tecnologías, también es cierto que puede ser peligroso para el principio de legalidad, de seguridad jurídica y de división de poderes, dado que en ocasiones permite que autoridades administrativas puedan determinar el carácter delictivo de una conducta, para lo que obviamente no están legitimadas. Sin embargo, tal y como hemos apuntado, a la hora de proteger penalmente al consumidor, no se puede rechazar su empleo siempre y cuando se cumplan los requisitos que viene exigiendo el Tribunal Constitucional y que se concretan en que: 1) El reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; 2) la Ley, además, de señalar la pena contenga el núcleo esencial de la prohibición y 3) sea satisfecha la exigencia de certeza o se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada⁸⁹.

⁸⁹ En este sentido, la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 8 de mayo de 2012, ha afirmado que la reserva de ley en materia penal no impide la existencia de las denominadas "leyes penales en blanco", esto es, «normas penales incompletas que no describen agotadoramente la correspondiente conducta o su consecuencia jurídico-penal, sino que se remiten para su integración a otras normas distintas, que pueden ser incluso de carácter reglamentario. Ahora bien, para que esa remisión a normas extrapenales sea admisible constitucionalmente debe cumplir en todo caso los siguientes requisitos: a) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; b) que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y c), sea satisfecha la exigencia de certeza o, lo que en expresión constitucional ya normalizada es lo mismo: que "la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada" (STC 127/1990, de 5 de julio, FJ 3)».

De otro lado, hay que destacar, igualmente, el mandato de certeza como exigencia de la técnica de elaboración de las leyes penales. En este sentido, afirma MORILLAS CUEVA, que es imprescindible entender que la auténtica eficacia del principio de legalidad viene determinada en la práctica por la técnica de elaboración empleada en la descripción de conductas prohibidas y en la fijación de las penas⁹⁰. El legislador tiene el deber de concretar con exactitud y claridad, tanto el supuesto de hecho, como la consecuencia jurídica de la norma penal; sin embargo, frente a dicha exigencia, la realidad es que es fácil encontrar en el delito de publicidad engañosa expresiones de difícil concreción⁹¹.

Paralelamente, ya que la evolución de las políticas de protección al consumidor en la legislación nacional ha experimentado un desarrollo extraordinario desde que dicha tutela fuera reconocida como principio constitucional en el año 1978, la producción normativa como medida de consolidación de la protección al consumidor en España ha sido intensa⁹². En este sentido, la regulación de la actividad publicitaria, en cuanto a elemento esencial para la economía de mercado que caracteriza nuestros días, se halla recogida en una extensa normativa a lo largo de nuestro Ordenamiento jurídico, siendo preciso destacar determinados puntos clave a la hora de analizar el la figura que en base a esta tesis se está estudiando; ya que, tal y como afirma GONZÁLEZ RUS, junto a las figuras penales que contemplan comportamientos que de manera directa

⁹⁰ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*, Madrid, 2010, pág. 141.

⁹¹ De este modo, como ejemplo de tipo penal en blanco IRIBARREN OSCÁRIZ cita el tipo publicitario contenido en el art. 282 CP. IRIBARREN OSCÁRIZ, J., «Los tipos penales en blanco», *Boletín Aranzadi Penal*, nº 47/2003, Pamplona, 2003, pág. 3.

⁹² CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Los derechos...*, cit., pág. 74.

pueden lesionar derechos del consumidor «debe considerarse igualmente la tutela dispensada a través de las normas reguladoras de parcelas que de manera mediata contribuyen a ella, por constituir las materias afectadas presupuestos necesarios para una adecuada contemplación de la protección de los consumidores y usuarios»⁹³.

II.- Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Como primer ejemplo de la trascendencia que la publicidad posee cabe poner de relieve la relevancia otorgada a la tutela de los consumidores desde el primer texto legal sobre esta materia, esto es, desde el derogado Estatuto de Publicidad de 11 de junio de 1964⁹⁴. En la actualidad, la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, viene a constituir el régimen jurídico básico de la publicidad; justificando, en su Exposición de Motivos, la derogación del primer texto legal referido a la publicidad -Estatuto de la Publicidad de 11 de junio de 1964- en base a la necesidad de adecuación a la normativa comunitaria y a los mandatos de la Constitución española.

Así, ya se hacía necesaria una ley específica relativa a la publicidad que cerrara el viejo estatuto y planteara un control moderno de

⁹³ GONZÁLEZ RUS, J. J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, Madrid, 1986, pág. 24.

⁹⁴ En su Exposición de motivos podía leerse que «la publicidad se ha convertido en un poderosísimo medio de difusión de bienes de consumo y servicios, en vía de obtención de prestigio de marcas, nombre y denominaciones comerciales e industriales; a su vez, moviliza ingentes cantidades de dinero de las empresas y extraordinarias energías humanas y supone una importante fuente de ingresos en los medios generales de información».

la actividad publicitaria⁹⁵, el Texto de 1988 vino a contener las oportunas previsiones que sobre la misma se hacían precisas⁹⁶.

De este modo, con el fin de ahondar en el concepto de publicidad, la referida Ley de 1988 entiende por tal⁹⁷ toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, tanto pública como privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el objeto de promover la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones -art. 2-. En atención a ello, podemos entender que la publicidad se determina desde un punto de vista amplio, cuyas principales características son⁹⁸:

⁹⁵ En esta línea: MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito de publicidad fraudulenta*, Valencia, 1999, pág. 21.

⁹⁶ El contenido de la Ley se distribuye en cuatro Títulos:

En los Títulos I y II se establecen las disposiciones generales y las definiciones o tipos de publicidad ilícita. Se articulan asimismo las diferentes modalidades de intervención administrativa en los casos de productos, bienes, actividades o servicios susceptibles de generar riesgos para la vida o la seguridad de las personas.

En el Título III, constituido por normas de derecho privado, se establecen aquellas especialidades de los contratos publicitarios; recogándose, igualmente, las principales figuras de contratos y de sujetos de la actividad publicitaria que la práctica del sector ha venido consagrando.

En el Título IV, derogado por Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, establecía las normas de carácter procesal que habían de regir en materia de sanción y represión de la publicidad ilícita, sin perjuicio del control voluntario de la publicidad que al efecto pueda existir realizado por organismos de autodisciplina.

⁹⁷ MUÑOZ CUESTA, F., «Publicidad engañosa: una figura delictiva de contornos poco definidos que dificultan su aplicación», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1/2010, Pamplona, 2010, pág. 1.

⁹⁸ ALONSO ESPINOSA, F. J., *Comentarios a la Ley General de Publicidad*, LÁZARO SÁNCHEZ (Coord.), Navarra, 2009, págs. 43 a 46.

- 1) Inclusión de toda forma de comunicación humana,
- 2) Llevada a cabo por una persona física o jurídica, pública o privada,
- 3) Realizada en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional,
- 4) Con el objetivo de promoción, de forma directa o indirecta, la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones,
- 5) Siendo indiferente el destinatario del mensaje publicitario a los efectos de la aplicación⁹⁹.

Es decir, según parte de la doctrina¹⁰⁰, de la definición ofrecida por La Ley General de Publicidad se extrae que la publicidad se centra en el ámbito económico-mercantil, comprendiendo, además de los anuncios propiamente dichos de un producto o servicio que buscan informar y atraer a posibles consumidores, los mensajes en el etiquetado, la presentación comercial de los mismos y las técnicas de marketing –con exclusión de las actividades publicitarias que no buscan la contratación de un producto o servicio-.

⁹⁹ En el mismo sentido, la Ley 3/ 1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal introduce en su Disposición Adicional Única que «A los efectos de esta Ley se entiende por publicidad la actividad así definida en el artículo 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de la Publicidad».

¹⁰⁰ En esta línea: TATO PLAZA, A., «La publicidad ilícita en la jurisprudencia y en la doctrina del Jurado de la Publicidad, *Autocontrol de la Publicidad*, 1999, nº 27, pág. 17. PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 165.

Así, para CARTAGENA PASTOR la actividad publicitaria se determina como la fase intermedia del proceso de comercialización del producto, siendo fundamental en su acercamiento desde el fabricante al consumidor, y constituyendo otro acto más del comportamiento en que se manifiesta el comercio, en este caso promoviendo su adquisición al ofrecerlo al público¹⁰¹.

Por otro lado, la doctrina ha examinado la ilicitud de la publicidad¹⁰², ya que el artículo 3 de la Ley, modificado por Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se reforma el régimen general de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, conceptúa como ilegales las siguientes clases de publicidad:

a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución¹⁰³.

¹⁰¹ CARTAGENA PASTOR, F., «Publicidad ilícita...», cit., pág. 105.

Del mismo modo, la Real Academia Española conceptúa la publicidad como la «divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc», tiéndola, por tanto, de un carácter puramente comercial.

¹⁰² LEIÑENA MENDIZÁBAL, E. / IRACULIS ARREGUI, N., «La reforma del Derecho español en materia de competencia desleal», *Aranzadi Civil-Mercantil*, n° 6/2010, Pamplona, 2010, pág. 3. GIMENO CUBERO, M. A., «La publicidad engañosa: conductas inmersas en el ámbito penal», *Derecho Penal económico*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, págs. 310 y ss.

¹⁰³ En esta línea: CARTAGENA PASTOR, F., «Publicidad ilícita y delito de publicidad engañosa», *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia de 1997*, n° 1800, págs. 1519 y ss.

b) La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores¹⁰⁴.

c) La publicidad subliminal que, según la doctrina, es considerada como grave dada que la misma queda determinada, según el art. 5 de la LGP, como la publicidad que, mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida¹⁰⁵.

d) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios. En este sentido introduce PUENTE ABA que con ello se hace referencia a determinados bienes y servicios que poseen una normativa reguladora específica, la cual incluye unas exigencias particulares a la hora de confeccionar su publicidad¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Así, continúa exponiendo el referido texto que no se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas, ni se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros.

¹⁰⁵ LEMA DEVESA, C., «La publicidad desleal: modalidades y problemas», *Revista General de Derecho*, 1991, nº 562-563, pág. 6149. PINO ABAD, M., *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley de Publicidad de 1988*, Madrid, 1991, págs. 75 y 76.

¹⁰⁶ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 177.

e) La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal¹⁰⁷.

En base a lo expuesto, podemos concluir que a través de la Ley General de Publicidad 1988 se articula un sistema de protección específico que se ajusta a las particulares características del mercado actual.

III.- Ley 3/ 1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

La Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal surge con el propósito de establecer una regulación completa en el ámbito de la competencia desleal, es decir, nace con el objetivo de «impedir que el desarrollo de la libre competencia sea ejercitado de forma abusiva; consecuentemente al proteger el buen funcionamiento del mercado, se pretende tutelar los intereses de todos los participantes en el mismo, tanto empresario como consumidores»¹⁰⁸. En el mismo sentido, para GARCÍA ABURRUZA el objeto de la Ley es la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, prohibiendo los actos

¹⁰⁷ En este sentido vid. Capítulo II de la Ley 3/1999, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

¹⁰⁸ MIRANDA SERRANO, L. M., *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, BOTANA GARCÍA / RUÍZ MUÑOZ (Coords.), Madrid, 1999, pág. 58.

de competencia desleal siempre que se realicen con fines concurrenciales¹⁰⁹.

En atención a lo señalado, la referida Ley¹¹⁰ prohíbe a lo largo de su articulado determinados actos de competencia desleal, dentro de los cuales se halla incluida la publicidad ilícita¹¹¹, en base a que, tal y como se expone en el art. 18 de esta Ley la publicidad, considerada ilícita por la Ley General de Publicidad se reputará desleal¹¹².

En este sentido, la Ley subdivide el Derecho contra la competencia desleal en dos grandes grupos: 1) Actos de competencia

¹⁰⁹ GARCÍA ABURRUZA, M. P., «Prácticas comerciales desleales: ¿una sólida protección al consumidor?», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6/2009, Pamplona, 2009, pág. 3.

¹¹⁰ La Ley queda configurada en cinco capítulos, resultando especialmente destacables los dos primeros, en los que, respectivamente, se incardinan la parte general y la parte especial de la disciplina. En este sentido, en el capítulo I, y específicamente en los artículos 2 y 3, se establecen los elementos generales del ilícito concurrencial. Mientras que el núcleo dispositivo de la Ley se halla ubicado en el Capítulo II, donde se tipifican las conductas desleales.

De igual manera, la Ley se esfuerza, finalmente, por establecer mecanismos sustantivos y procesales suficientemente eficaces para una adecuada realización de la disciplina. Al respecto resultan relevantes los capítulos III y IV. En el primero de ellos se regulan con detalle las acciones derivadas del acto de competencia desleal y en el segundo se albergan algunas especialidades procesales que el legislador ha creído oportuno introducir al objeto de conseguir una mayor eficacia y celeridad en las causas de competencia desleal.

En último termino, la Ley se cierra con el capítulo V en el que vienen a regularse los códigos de conducta.

¹¹¹ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 180.

¹¹² Con tal de que, como expone el art. 2, «se realice en el mercado y con fines concurrenciales».

desleal y 2) prácticas comerciales desleales¹¹³. Así, como de actos de competencia desleal encontramos tanto los actos de engaños como las omisiones engañosas. De este modo, mientras el artículo 5 de la Ley reputa como actos de engaño: tanto la conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios alterando el comportamiento económico¹¹⁴, como el incumplimiento de los compromisos asumidos por el empresario o profesional en un código de conducta -siempre que el compromiso sea firme y pueda ser

¹¹³ MASSAGER, J., / MARCOS, J. / SUÑOL, A., «La transposición al Derecho español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales. Informe del grupo de trabajo constituido en el seno de la Asociación Española de Defensa de la Competencia», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 2013, págs. 21 y 22. TATO PLAZA, A., «Líneas generales de la reforma del Derecho español contra la competencia desleal (Parte I)», *Revista de Autocontrol de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial*, nº 149, febrero 2010, págs. 8 y 9.

¹¹⁴ Siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos: a) La existencia o la naturaleza del bien o servicio. b) Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio. c) La asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones. d) El alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o profesional o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta. e) El precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio. f) La necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación, y la modificación del precio inicialmente informado, salvo que exista un pacto posterior entre las partes aceptando tal modificación. g) La naturaleza, las características y los derechos del empresario o profesional o su agente, tales como su identidad y su solvencia, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido. h) Los derechos legales o convencionales del consumidor o los riesgos que éste pueda correr.

verificado, y, en su contexto fáctico, sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios-; el art. 7 determina como omisiones engañosas: 1) Aquella ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa; y 2) la información que al ofrecerse es poco clara, ininteligible, ambigua, que no se ofrece en el momento adecuado, o que no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto¹¹⁵.

En último término, cabe señalar las diversas hipótesis que la Ley introduce en su art. 32¹¹⁶, a través de la determinación de una serie de acciones ejercitables en contra de la publicidad ilícita¹¹⁷.

¹¹⁵ En este sentido: LEIÑENA MENDIZÁBAL, E. / IRACULIS ARREGUI, N., «La reforma...», cit., pág. 4. TATO PLAZA, A., «Líneas generales...», cit., págs. 10 y ss.

¹¹⁶ Artículo 32. Acciones.

1. Contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones:

1. Acción declarativa de deslealtad.
2. Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.
3. Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.
4. Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.
5. Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente.
6. Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

2. En las sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1 a 4, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación

De esta manera, quedan expuestos los principales preceptos reguladores de los límites de validez de nuestro sistema de mercado y, por ende, de la organización competencial.

IV.- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Teniendo en cuenta que era necesaria la refundición tanto de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios¹¹⁸ como las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, la Disposición Final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios habilitó al Gobierno para refundir dichas disposiciones en un único texto. De esta manera surge Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre¹¹⁹, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley

total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.

¹¹⁷ LEIÑENA MENDIZÁBAL, E. / IRACULIS ARREGUI, N., «La reforma...», cit., pág. 14.

¹¹⁸ Que según MAPELLI CAFFARENA, en un primer momento vino a abordar las deficiencias del, por entonces, vigente Estatuto de Publicidad. MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., pág. 21.

¹¹⁹ Este Real Decreto se estructura en cuatro libros.

El libro primero se divide en cinco títulos. El primero, relativo a las disposiciones generales, incorpora una delimitación del

General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que pretende regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos¹²⁰.

Así, y ya que el art. 1 del Texto Refundido afirma que, en desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución, esta norma tiene por

ámbito de aplicación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y una lista de conceptos reiteradamente utilizados en ella. El título II de este libro primero contiene la regulación del derecho de representación, consulta y participación e incorpora el régimen jurídico básico de las asociaciones de consumidores y usuarios, adoptado en la normativa introducida por la Ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios. En el título III del libro primero se incorpora la reglamentación de consumidores en materia de cooperación institucional. El título IV contiene las disposiciones en materia de procedimiento sancionador e infracciones y sanciones. El título V articula el acceso a la justicia de los consumidores.

El libro segundo se estructura en cinco títulos. El título I, en el que se contienen las disposiciones generales de los contratos con los consumidores. El título II establece el régimen jurídico en materia de cláusulas contractuales no negociadas individualmente y cláusulas abusivas; mientras que los títulos III y IV se destinan, respectivamente, a regular los contratos con consumidores celebrados a distancia y fuera de los establecimientos mercantiles. El título V introduce el régimen de garantías y servicios posventa.

Por su parte, el libro tercero armoniza el régimen de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos. Este libro se divide en tres títulos. El título I en el que se contienen las disposiciones comunes en materia de responsabilidad por daños causados por bienes y servicios defectuosos, el título II en el que se regula la responsabilidad civil causada por productos defectuosos y el título III en el que se reglamenta la responsabilidad causada por el resto de los bienes y servicios.

Del mismo modo, en el libro cuarto se incorpora la regulación específica sobre viajes combinados. Este libro se divide en dos títulos, el primero sobre disposiciones generales y el segundo sobre resolución del contrato y responsabilidades.

¹²⁰ Exposición de Motivos Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

objeto establecer el régimen jurídico de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de las competencias del Estado, informando, consecuentemente tanto la legislación positiva, como la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos¹²¹. Desde esta perspectiva, el desarrollo del art. 51 CE queda determinado en atención al desarrollo de leyes específicas para las distintas actividades o sectores en los que los consumidores deben ser protegidos¹²².

En base a ello, se hace preciso el análisis de los derechos básicos de los consumidores y usuarios reconocidos por el mismo. En esta línea, el art. 8 del mencionado Real Decreto reconoce como tales: a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad; b) la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos; c) la indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos; d) la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute; e) la audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, a través de las

¹²¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Real Decreto Legislativo 1/2007*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Navarra, 2009, pág. 78. En la misma línea: REBOLLO PUIG, M. / IZQUIERDO CARRASCO, M., *Comentarios a la constitución española*, CASAS BAAMONDE / RODRÍGUEZ PIÑERO / BRAVO FERRER (Dirs.), Madrid, 2009, págs. 1141 y 1142. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *Comentarios a la constitución española*, CASAS BAAMONDE / RODRÍGUEZ PIÑERO / BRAVO FERRER (Dirs.), Madrid, 2009, págs. 1189 y 1190. PIPAÓN PULIDO, J. G., *Derechos de los consumidores y usuarios*, Valladolid, 2010, págs. 25 y ss.

¹²² En este sentido: GONZÁLEZ RUS, J. J., *Los intereses...*, cit., pág. 47.

asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas y f) la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión. Queda determinado como un norma de carácter básico, con una pretendida naturaleza de principio general del Derecho de consumo¹²³.

En este sentido, el principio de información -contenido en la letra d)-queda definido como un derecho de especial interés en el ámbito que nos ocupa, dado que la protección del consumidor comienza por exigir que los mensajes que le son ofrecidos no contengan ningún dato falso, ya que sólo de esta manera podrá elegir libremente los productos o servicios ofertados en el mercado, determinándose, por tanto, el deber de información del empresario como uno de los grandes ejes de todo el derecho de la contratación de consumo¹²⁴. De esta manera, afirma IZQUIERDO CARRASCO¹²⁵, el art. 8.d) se constituye como «un deber

¹²³ PEÑA LÓPEZ, F., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Real Decreto Legislativo 1/2007, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Navarra, 2009, pág. 116.

En la misma línea.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios», *Comentarios a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Coords. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO / SALAS, Madrid, 1992, pág. 139. BOTANA GARCÍA, G., «Comentario del art. 2 LGDCU», *La Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después*, *La Ley*, 2005, pág. 125.

¹²⁴ PEÑA LÓPEZ, F., *Comentario ...*, cit., pág. 126.

¹²⁵ IZQUIERDO CARRASCO, M., *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, REBOLLO PUIG / IZQUIERDO CARRASCO (Dirs.), Madrid, 2011, pág. 266.

directamente efectivo y exigible de información sobre las características esenciales de los bienes y servicios»¹²⁶.

En relación a ello, destaca, igualmente, lo dispuesto en el art. 61 del Real Decreto Legislativo 1/2007, ya que el mismo viene a señalar una serie de garantías en el sentido de que por un lado establece que la oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación; y por otro lado, introduce que el contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios. Esto no obstante, hemos de tener presente que, a pesar que la eficacia vinculante de las declaraciones publicitarias¹²⁷ el Texto refundido no ofrece una definición de la misma, por lo que hemos de acudir a otras fuentes normativas si pretendemos tutelar la confianza del consumidor¹²⁸.

¹²⁶ Sobre esta base, cabe destacarse la previsión del art. 18. 1 del Real Decreto, en el que puede leerse que, sin perjuicio de las exigencias concretas que se establezcan reglamentariamente, todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, acompañar o, en último caso, permitir de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, en particular sobre las siguientes: a) Nombre y dirección completa del productor. b) Naturaleza, composición y finalidad. c) Calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial, si la tienen. d) Fecha de producción o suministro y lote, cuando sea exigible reglamentariamente, plazo recomendado para el uso o consumo o fecha de caducidad. e) Instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles.

¹²⁷ GARCÍA VICENTE, J. R., *Comentario...*, cit., pág. 784.

¹²⁸ Acerca del artículo 8 de la anterior Ley 2671984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y usuarios. PUENTE ABA L. M., *Delitos económicos...*, cit., págs. 186 y 187.

En último término, el régimen sancionatorio previsto en el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias queda regulado en el apartado 4 del art. 18, en virtud del cual se introduce que tanto la oferta, como la promoción y la publicidad falsa o engañosa de los bienes y servicios será perseguida y sancionada como fraude; configurándose, por tanto, la publicidad falsa o engañosa como la propia base del fraude de esta norma¹²⁹. De la misma manera, el apartado primero de su art. 46 viene a concretar, de manera neutral, la competencia de las Administraciones públicas en el uso de su potestad sancionadora¹³⁰.

Así, la relevancia que en esta materia tiene el principio *non bis in idem* es más que evidente dado que no se puede obviar que la abundante regulación protectora de los consumidores, a la que se une la penal, da lugar a que un mismo hecho pueda estar sancionado en vía administrativa y punitiva. En dicho caso, en los supuestos de identidad de sujeto, hecho y fundamento no parece viable una duplicidad sancionadora, ya que ello puede contravenir el principio *non bis in idem*.

Tal y como señalan COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, este principio tiene un doble significado, material o sustantivo y procesal¹³¹.

¹²⁹ ÁLVAREZ LATA, N., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real decreto Legislativo 1/2007)*, RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Navarra, 2009, pág. 244.

¹³⁰ DÍEZ SASTRE, S. / VELASCO CABALLERO, F., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real decreto Legislativo 1/2007)*, RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Navarra, 2009, pág. 602.

¹³¹ COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1999, pág. 91.

Desde la perspectiva material o sustantiva, que viene a significar que nadie podrá ser castigado más de una vez por la misma infracción¹³², el Tribunal Constitucional en la sentencia 2/81, de 30 de enero de 1981, ha afirmado que: «El principio general del derecho conocido por «non bis in idem» supone, en una de sus más conocidas manifestaciones que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración».

Desde la dimensión procesal, entendida en base a la idea que nadie puede ser juzgado dos veces por la misma conducta¹³³, se ha señalado que no se encuentra en el Texto constitucional ninguna declaración expresa del principio *non bis in idem*; esto no obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia lo vienen encontrando recogido en diversos preceptos del mismo. Así, COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN lo concretan, al aludir a su vertiente procesal, en el artículo 24 de la Constitución¹³⁴. Por su parte, TEROL GÓMEZ, amparándose en la

¹³² MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...*, cit., pág. 164. COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal...*, cit., pág. 91. GARCÍA PLANAS, G., «Consecuencias del principio *non bis in idem* en Derecho Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1989, pág. 110.

¹³³ COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal...*, cit., pág. 91. MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...*, cit., pág. 164.

¹³⁴ COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal...*, cit., pág. 93. VIVES ANTÓN, T.S., «Ne bis idem procesal», *La libertad como pretexto*, Valencia, 1995, pág. 359.

jurisprudencia constitucional, lo vincula al artículo 25¹³⁵. GARBERÍ LLOBREGAT, mencionando jurisprudencia al respecto, lo relaciona con los artículos 25.1, 9.3, 24.2¹³⁶.

De otro lado, SÁINZ-CANTERO CAPARROS ha destacado su conexión con los derechos del individuo en el proceso, al señalar como una limitación garantista la interdicción de una dualidad de procedimientos sobre unos mismos hechos¹³⁷. Y en último término, MORILLAS CUEVA lo deduce del contenido de otros derechos y deberes de los ciudadanos, al presentarse como imprescindible en el desarrollo de las pautas esenciales en el Estado democrático de Derecho¹³⁸.

En este sentido, se puede afirmar que una de las consecuencias del principio *non bis in idem* es la prohibición de doble enjuiciamiento, de forma que ante la tipificación por las normas pertenecientes al Derecho Penal y al Derecho Administrativo sancionador de un comportamiento infractor, con la hipótesis de que se sustancie un proceso

¹³⁵ TEROL GÓMEZ, R. «La disciplina ambiental en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación. Comentario de los artículos 30 al 38», *Estudio sobre la Ley de Prevención y Control Integrados de la Contaminación*, Pamplona, 2003, pág. 200.

¹³⁶ GARBERÍ LLOBREGAT, J., «Principio "non bis in idem" y cuestiones de prejudicialidad», *Cuadernos de Derecho Judicial (Las fronteras del Código Penal y el Derecho Administrativo sancionador)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, págs. 83 y 84.

¹³⁷ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., «El principio *ne bis in idem* en la Ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana», *Comentarios a la Legislación Penal*, t. XV, vol. 2, Madrid, 1993, pág. 618.

¹³⁸ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...*, cit., pág. 164.

penal y otro administrativo; en base a este principio quedará excluida tal posibilidad siempre que estemos ante un caso en el que hay identidad de sujeto, hecho y fundamento o ausencia de una relación de supremacía especial de la Administración¹³⁹.

Planteada la cuestión en estos términos, la pregunta que inmediatamente surge es: ¿Cuál de los dos procedimientos es preferente, el penal o el administrativo? Este interrogante se ha visto salpicado por una confrontada línea jurisprudencial que ha llevado a estimar en primer lugar la subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial dando prevalencia al orden penal, -STC de 3 de octubre de 1983-, en segundo lugar, a la subordinación a la cronológicamente en el tiempo primera sanción –STC de 11 de octubre de 1999- y en tercer lugar a la prevalencia de la sanción penal pero que deja abierta la posibilidad de una dualidad de procedimientos penal y administrativo sobre la base de que la sencillez de este último impide su equiparación al penal -STC de 16 de enero de 2003-.

En este contexto, y sobre la base de la retomada prevalencia del orden penal frente a la potestad sancionadora de la Administración, hay que reconocer que, en el ámbito de la protección penal de los consumidores, la proyección de este principio es adecuada si tenemos en cuenta el contenido del art. art. 46 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba la Ley de Consumidores y Usuarios; mediante el cual se obliga a la suspensión de los procedimientos administrativos cuando se esté tramitando uno penal.

¹³⁹ SUÁREZ LÓPEZ, J. M., *Las consecuencias del principio non bis in idem en la ley Orgánica de Protección de la Salud del Deportista y Lucha contra el Dopaje en España*, Madrid, 2008, pág. 226.

De esta forma, ya que el ejercicio del poder punitivo del Estado pretende tutelar penalmente al consumidor, debe respetarse el mencionado principio con objeto de salvaguardar las garantías propias del Estado social y democrático de Derecho, artículo 1 de la Constitución española.

Como conclusión final, podemos señalar que el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias supone expresión del principio de protección de los consumidores, en atención a la consagración que a través del mismo se hace de los derechos básicos de los consumidores y usuarios de nuestro país.

V.- Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía.

El Título VIII de nuestra Carta Magna, regulador de la Organización Territorial del Estado, determina a las Comunidades Autónomas como entidades territoriales con capacidad de autogobierno. En base a esta premisa, el Estado dota a las Comunidades de competencia legislativa exclusiva, de desarrollo legislativo y/o ejecución de la

legislación del Estado¹⁴⁰ y ello lo hace en virtud del marco competencial que es reconocido por sus respectivos estatutos de autonomía¹⁴¹.

De esta forma, la Ley Orgánica 272007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía el Estatuto garantiza la tutela de sus consumidores y usuarios, en virtud de lo expuesto en su art. 27¹⁴².

En este sentido, puede decirse que la Ley 5/1985, de 8 de julio, de los Consumidores y Usuarios en Andalucía convirtió a nuestra Comunidad en una de las pioneras en regular esta materia. En la actualidad, el Texto que reglamenta este tema es el previsto en la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, en atención al cual el objetivo de este reconocimiento se concreta en la defensa y protección del consumidor, por medio de una mejora de la calidad de los bienes y servicios mediante un adecuado y efectivo control e inspección de éstos,

¹⁴⁰ En este sentido: ALONSO ESPINOSA, F., *Comentario a la Ley General de Publicidad*, LÁZARO SÁNCHEZ (Coord.), Navarra, 2009, Pág. 50.

¹⁴¹ Así, la Comunidad Autónoma de Andalucía ha asumido, competencia en materia de publicidad a través de la previsión del art. 70 de su Estatuto de Autonomía.

Artículo 70: Corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía «la competencia exclusiva sobre la publicidad en general y sobre publicidad institucional sin perjuicio de la legislación del Estado».

¹⁴² Artículo 27.

Se garantiza a los consumidores y usuarios de los bienes y servicios el derecho a asociarse, así como a la información, formación y protección en los términos que establezca la ley. Asimismo, la ley regulará los mecanismos de participación y el catálogo de derechos del consumidor.

garantizando, por tanto, a los ciudadanos una especial protección de los intereses económicos y sociales articulada a través de dos elementos básicos: 1) La actuación de las Administraciones Públicas y 2) el fomento de las organizaciones o asociaciones de consumidores y usuarios¹⁴³.

La Ley está organizada en tres Títulos. El título I, que se ocupa de las disposiciones generales y de los principios informadores de los derechos de los consumidores, que proclama una serie de derechos básicos de los consumidores, que se sintetizan en: Derecho a la protección de la salud y seguridad, derecho a la protección de los intereses económicos y sociales, derecho a la información y derecho a la participación. Junto a éstos, se regulan otros derechos que no son sino complemento de los anteriormente mencionados: Derecho a la indemnización y reparación efectiva de daños, derecho a la educación y formación y derecho a la especial protección en situaciones de inferioridad. De otro lado, el Título II integra el régimen de la actividad administrativa controladora, inspectora y sancionadora. Y en último lugar, el Título III viene a regular el régimen de la administración local en la defensa de la protección de los consumidores.

Por otra parte, cabe poner de relieve el régimen de legalidad a través del cual la referida Ley permite consagrar los derechos básicos de los consumidores y usuarios andaluces¹⁴⁴, determinados mediante procedimientos eficaces que otorgan un alto nivel de protección¹⁴⁵.

¹⁴³ Exposición de Motivos Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía.

¹⁴⁴ Artículo 4.

De este modo, a través del sistema legislativo autonómico, Andalucía goza de una ley en virtud de la cual se crea un marco normativo el que quedan declarados los derechos básicos de sus consumidores y usuarios.

«Son derechos de los consumidores, en el ámbito de la aplicación de esta Ley:

1. La efectiva protección frente a las actuaciones que por acción u omisión ocasionen riesgos o daños que puedan afectar a la salud, al medio ambiente, o a la seguridad de los consumidores.

2. La protección, reconocimiento y realización de sus legítimos intereses económicos y sociales.

3. La indemnización y reparación efectiva de daños y perjuicios producidos en los bienes, derechos o intereses que esta Ley tutela, de conformidad con la legislación vigente.

4. La constitución de organizaciones y asociaciones de consumidores a través de las cuales ejercerán:

a) La participación en las actividades de las instituciones públicas andaluzas que directamente les afecten.

b) La audiencia en consulta para la elaboración de las disposiciones de carácter general que puedan interesarles o afectarles.

c) La representación de los derechos e intereses reconocidos y protegidos en esta Ley.

5. La información veraz, suficiente, comprensible, inequívoca y racional sobre las operaciones y sobre los bienes y servicios susceptibles de uso y consumo, de acuerdo con la normativa vigente.

6. La educación y formación en relación con todas las materias que puedan afectarles como consumidores.

7. La especial protección en aquellas situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión en que puedan encontrarse individual o colectivamente».

¹⁴⁵ PEÑA LÓPEZ, F., *Comentario...*, cit., pág. 115.

***CAPÍTULO III.- EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DELITO
DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA.***

I.- Consideraciones generales.

Para una mejor comprensión del alcance de los problemas dogmáticos penales parece conveniente recordar el paralelismo existente entre los cambios de régimen político y la promulgación de los distintos Textos punitivos, que dan paso a la denominada, por QUINTERO OLIVARES, «hipertrofia legislativa en materia penal»¹⁴⁶. Así, puede decirse que la progresión legislativa que se ha producido en España, en lo que al movimiento codificador se refiere, hace preciso el análisis de la sistemática punitiva en el ámbito de los consumidores.

En este sentido, la inquietud codificadora se convierte en realidad en el período constitucional comprendido entre 1820 y 1823¹⁴⁷; por lo el inicio real de nuestra codificación aparece con el Código de 1822,

¹⁴⁶ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, con la colaboración de MORALES PRATS, Navarra, 2010, pág. 224.

¹⁴⁷ SÁINZ CANTERO, J. A., *La Ciencia del Derecho penal y su evolución*, Barcelona, 1970, pág. 130.

constando de 829 artículos, distinguidos entre un Título Preliminar, una Parte Primera –rubricada «De los delitos contra la sociedad»- y un Parte Segunda-«De los delitos contra los particulares»-¹⁴⁸. De este modo, por lo que respecta a la protección de los consumidores en materia de publicidad engañosa, el Código punitivo de 1822 no incrimina el delito publicitario, siendo su sanción reconducida al delito de estafa, previsto en Capítulo III del Título Segundo¹⁴⁹.

Con el restablecimiento del absolutismo de Fernando VII en 1823 se produce una reacción contra el régimen constitucional que da lugar a la promulgación del Código Penal de 1848, reformado en 1850, en el que se distinguía un Libro Primero -«Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y sus penas»-, un Libro Segundo -«Delitos y sus penas»- y un Libro Tercero -«De las faltas»¹⁵⁰; de esta forma, al igual que con el texto anterior, la publicidad engañosa, no está prevista de manera expresa a lo largo del articulado y quedaría inmersa a través de la tipificación, que en el Título VI del Libro Segundo, se hacía de las conductas fraudulentas¹⁵¹.

Posteriormente, con el abandono de Isabel II, se abre una nueva «dimensión política», en la que las Cortes Constituyentes dominadas por una coalición de progresistas, demócratas y liberales unionistas elaboraron el Código Penal de 1870, que aunque nació con vocación de

¹⁴⁸ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...*, cit., pág. 171.

¹⁴⁹ LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la codificación española*, vol. I, Madrid, 1970, pág. 56.

¹⁵⁰ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...*, cit., págs. 171 y 172.

¹⁵¹ LASSO GAITE, J. F., *Crónica...*, cit., pág. 284.

provisionalidad duró hasta 1932, a salvo de la existencia del Código Penal de 1928, con una ordenación parecida a la del Texto punitivo de 1848¹⁵².

El cuarto Código Penal, promulgado por el General Primo de Rivera, es el de 1928, conformado por 858 preceptos, divididos en un Libro Primero- «De la infracción criminal y de su represión»-, un Libro Segundo -«Delitos y sus penas»- y un libro Tercero -«De las faltas y sus penas»-¹⁵³. Destaca, en línea con los precedentes Textos punitivos, la reconducción de la actividad publicitaria engañosa al delito de estafa, recogido en el Título XIV del segundo de los Libros¹⁵⁴.

Con la promulgación de la segunda República (1931-1936), se da paso al Código Penal de 1932, que, tal y como señala su Exposición de Motivos, posee un contenido semejante al de 1870¹⁵⁵. Éste consta de un Título Preliminar; un Libro Primero referido a los delitos en general y a sus sanciones; un Libro Segundo, en el que contenía los delitos en particular en base al cual se sancionó, una vez más, en el Título V la estafa; y un Libro Tercero dividido en dos partes: la primera referida a las contravenciones en general y la segunda a sus concretas especies¹⁵⁶.

¹⁵² MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...*, cit., pág. 172.

¹⁵³ *Ibidem*, pág. 172.

¹⁵⁴ LASSO GAITE, J. F., *Crónica...*, cit., pág. 677.

¹⁵⁵ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...*, cit., págs. 172 y 173.

¹⁵⁶ LASSO GAITE, J. F., *Crónica...*, cit., pág. 785.

Como consecuencia de la victoria del régimen político instaurado en 1939 surge el Código Penal de 1944, que constaba de 604 preceptos articulados a lo largo de tres Títulos¹⁵⁷, recogiendo en el segundo de ellos los «Delitos de estafas», entre los que se incluyeron preceptos encaminados a proteger al público consumidor contra las especulaciones fraudulentas¹⁵⁸. Este Código incorporaba constantes reformas parciales¹⁵⁹, destacando de esta época la reforma al texto original aprobada por la Ley de 15 de noviembre de 1971 que da lugar al texto refundido de 1973, aprobado por Decreto de 14 de septiembre de 1973, que para algunos vino a suponer un nuevo Código punitivo¹⁶⁰ y para otros una refundición más que no evita que no pueda seguir denominándose «Código Penal de 1944 o a lo sumo Código Penal de 1944/1973»¹⁶¹.

De otro lado, cabe poner de relieve que frente a la protección administrativa y mercantilista que en materia de publicidad existió hasta 1995, el nuevo Código Penal -siguiendo la estela de los previos proyectos y anteproyectos de Textos punitivos- incorpora, por primera vez, un precepto orientado a la protección del consumidor, de cara al control de la publicidad del que puedan ser objeto los productos y servicios ofertados por los comerciantes y fabricantes.

¹⁵⁷ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...*, cit., pág.173.

¹⁵⁸ LASSO GAITE, J. F., *Crónica...*, cit., pág. 807.

¹⁵⁹ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General...*, cit., pág. 224.

¹⁶⁰ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal*, tomo I, Madrid, 2004, pág. 148.

¹⁶¹ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...*, cit., pág. 174. SÁINZ CANTERO, J. A., *Lecciones de Derecho Penal*, Barcelona, 1990, pág. 260

II.- Derecho Penal Projectado.

La necesidad de represión de la publicidad engañosa, con un precepto penal que la aborde, se hace visible en los distintos Proyectos que preceden al Código Penal de 1995; en este sentido, hay que mencionar el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992 y el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1994.

En esta línea, puede decirse que la criminalización del delito de publicidad engañosa se gestó con el Código Penal de 1995, sufriendo, posteriormente, dos importantes reformas que afectan a su contenido, como son las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

A este respecto, en los siguientes epígrafes se procederá a analizar la evolución del delito de publicidad engañosa a través de cada uno de los proyectos y anteproyectos de Ley Orgánica de Código Penal, que así lo regulan, y en el vigente Texto punitivo y sus posteriores reformas.

1- Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980.

El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980¹⁶² se origina con el gobierno democrático de Unión de Centro Democrático, en base a la necesidad de una renovación completa del ordenamiento punitivo que llevaba arrastrándose desde hacía tiempo, con el objeto de acomodarlo al nuevo orden político. El gobierno envía en diciembre de 1979, al Parlamento un Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal que es publicado en el Boletín Oficial de las Cortes en enero de 1980¹⁶³.

A tal efecto, la redacción de un nuevo Código Penal resultaba inaplazable, pues el Texto punitivo hasta entonces vigente -el texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre y publicado por el Decreto 3.096/1973, de 14 de septiembre- era una versión parcialmente modificada del Código de 1944, y éste, a su vez, constituía una edición renovada de nuestro viejo cuerpo de leyes penales que, en su sistema fundamental, databa del Código promulgado el 19 de marzo de 1848; por lo que ante esta evidencia no cabía decir más que era preciso reconocer que el sistema no respondía a las exigencias sociales, políticas y técnico-jurídicas de un Estado social y democrático de Derecho¹⁶⁴.

¹⁶² Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. I Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley. 17 de enero de 1980. núm. 108-1.

¹⁶³ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...*, cit., pág. 174.

¹⁶⁴ En este sentido, cabe señalarse que el artículo 1 de la Constitución española introduce expresamente que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

Así, la sistemática del Libro II «Delitos y sus penas», de este Proyecto Ley Orgánica del Código Penal, introdujo nuevos Títulos, entre los que se encontraba el VIII «Delitos contra el orden socioeconómico», que dio lugar, a su vez, a la creación de nuevos tipos penales, entre los que estaba el delito publicitario, en base a que los postulados de la moderna Política Criminal determinaban, como primera premisa, el hecho de que el Derecho Penal habría de ser la máxima garantía de una sociedad pluralista¹⁶⁵.

En este sentido, el artículo 342 del Proyecto de Código Penal de 1980 se ubicaba sistemáticamente en la Sección 2ª, «Del delito publicitario», del Capítulo II, «De las infracciones de la propiedad industrial y derechos que conciernen a la competencia y a los consumidores», del Título VIII, «Delitos contra el orden socioeconómico», del Libro II, «Delitos y sus penas», y castigaba con pena de multa de tres a veinticuatro meses al sujeto que, dolosamente llevara a cabo, en la actividad publicitaria, alegaciones falsas sobre la naturaleza, composición, origen o cualidades sustanciales de los productos o servicios, siempre que las mismas fueran capaces de inducir a grave error al consumidor, agravando la pena cuando la publicidad fuera sobre sustancias alimenticias, medicamentos, viviendas y otros objetos de primera necesidad¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Exposición de motivos Ley Orgánica de Código Penal de 1980.

¹⁶⁶ Artículo 342 Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980.

«El que intencionalmente hiciere en la actividad publicitaria falsas alegaciones sobre la naturaleza, composición, origen o cualidades sustanciales de los productos o servicios anunciados, capaces por sí mismas de inducir a grave error al consumidor, será castigado con la pena de multa de tres a veinticuatro meses.

La aceptación de la tipificación de la misma fue unánime por los diversos grupos parlamentarios¹⁶⁷, ya que resultaba necesaria la protección penal de la publicidad, tal y como se recogía en la Exposición de Motivos¹⁶⁸; sin embargo, ya que el Capítulo II se rubricaba «De las infracciones de la propiedad industrial y derechos que conciernen a la competencia y a los consumidores», fue criticada doctrinalmente el hecho de que la posible lesión de derechos de los consumidores estuviera todavía unida a la de los competidores¹⁶⁹.

Y es que, en base a ello, hemos de tener en consideración que en el momento legislativo en el que se elabora el Proyecto aún estaba vigente el Estatuto de la Publicidad, derogado posteriormente por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre de 1988, General de publicidad¹⁷⁰, todavía no se había elaborado la primera Directiva europea sobre publicidad

Se impondrá la pena en su mitad superior cuando se tratare de publicidad de sustancias alimenticias, medicamentos, viviendas y otros objetos de primera necesidad.

Si el perjudicado o el Ministerio Fiscal lo solicitare, el tribunal decretará la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, asimismo, podrá autorizar la reproducción total o parcial de la misma en cualquier otro medio informativo».

¹⁶⁷ MUÑAGORRI LAGUÍA, I., *La protección penal de los consumidores frente a al publicad engañosa*, Granada, 1998, pág. 27.

¹⁶⁸ MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., pág. 68. MUÑAGORRI LAGUÍA, I., *La protección...*, cit., pág. 27.

¹⁶⁹ En este sentido: SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en Internet*, Valencia, 2003, pág. 83.

¹⁷⁰ Derogado por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre de 1988, General de publicidad.

engañosa -Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa-¹⁷¹, ni existía la Ley 26/84, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios¹⁷², que puede decirse son el marco legislativo de protección de consumidores y usuarios, que reconoce los intereses de los mismos tanto desde su perspectiva social como desde la patrimonial.

En este sentido, pasamos a analizar las peculiaridades del art. 342:

En primer lugar, el precepto mencionado diferenciaba entre *un tipo básico y uno cualificado*, dirigida a aquellos supuestos de mayor trascendencia económica y/o peligrosidad adicional que puede generar para determinados bienes jurídicos¹⁷³.

En segundo término, el tipo de 1980 no era un delito especial propio o en sentido estricto, dado que *sujeto activo* podía serlo cualquiera, y no únicamente fabricantes o comerciantes, como ocurre con el vigente delito publicitario.

¹⁷¹ Posteriormente derogada por la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (versión codificada).

¹⁷² Derogada años más tarde por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras leyes complementarias.

¹⁷³ Agravación que como decimos no está prevista en el vigente artículo 282 CP, que únicamente sanciona a los fabricantes o comerciantes que hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los productos o servicios ofertados o publicitados que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, aunque, eso sí, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos, lo cual nos lleva a la posibilidad de aplicar este tipo en concurso con los correspondientes delitos.

Además, el tipo exigía que las alegaciones se vertieran en la *actividad publicitaria*, concepto éste que constituye un elemento normativo del tipo para cuya determinación habría que acudir a lo dispuesto en la Ley General de Publicidad; por lo que puede decirse que se limita al ámbito de la publicidad comercial, industrial, artesanal o profesional, dejando fuera otros tipos de publicidad, tal y como se extrae del artículo 2 de la referida Ley¹⁷⁴. En la misma línea, la actividad publicitaria habría de versar sobre unas características precisas de los bienes o servicios anunciados, como son: *la naturaleza, la composición, el origen o las cualidades sustanciales*.

Por lo que respecta a la acción delictiva, la misma comprendía menos supuestos que la actual redacción del delito de publicidad engañosa, en base a que sólo contemplaba la *realización de alegaciones falsas*, sin mencionar la posibilidad de ser también típica la manifestación de características inciertas.

En esta línea, también es destacable el hecho de que las alegaciones habrían de ser *capaces de inducir a error grave*, por lo que había de darse una relación de causalidad entre el engaño procedente de las alegaciones falsas y el error.

¹⁷⁴ Artículo 2 Ley General Publicidad.

A los efectos de esta Ley, se entenderá por Publicidad: «Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones».

El Proyecto de Código Penal de 1980 adoptaba una redacción que la configuraba como un tipo doloso en el que se exigía *intencionalidad* a la hora de realizar las falsas alegaciones por parte autor.

Con respecto a la *penalidad*, fue criticada doctrinalmente, su excesiva benignidad, en el sentido de que en la lucha contra la criminalidad económica no resultaba lo más eficaz el empleo exclusivo de sanciones de tipo pecuniario, según estima parte de la doctrina¹⁷⁵; es decir, se echaba de menos la presencia de una pena privativa de libertad para la generalidad de los supuestos de publicidad falsa, reservándose la multa para los casos de escasa gravedad. Sin embargo, la previsión de la publicación de la sentencia, a petición de parte o del Ministerio Fiscal, fue considerada un instrumento de evidente efecto intimidatorio y, en este sentido, TIEDEMANN señala que muchas veces los inculpados están dispuestos a toda suerte de concesiones «si se renuncia a publicar sus nombres»¹⁷⁶.

¹⁷⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Consideraciones...», cit., pág. 69. BUENO ARÚS, F., «Las sanciones penales en los delitos contra los consumidores», *Poder Judicial*, Número Especial IX (Nuevas formas de delincuencia), 1988, pág. 304. CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad engañosa y el Derecho Penal (una aproximación al tipo del artículo 282 del CP)*, Valencia, 2000, pág. 64. MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., pág. 69.

¹⁷⁶ TIEDEMANN, K., *Poder económico y delito*, Barcelona, 1985, pág. 166.

2.- Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983.

Como continuación al proceso prelegislativo desarrollado hasta la aparición del Código Penal de 1995, y dada la victoria del Partido Socialista Obrero Español en 1982, se reaviva el objetivo de la elaboración y aprobación de un nuevo Código Penal, dándose origen a la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, publicado por el Ministerio de Justicia a finales de 1983, que no llegó a convertirse en Proyecto de Ley¹⁷⁷. Las principales críticas vertidas sobre esta incriminación del delito publicitario estuvieron encaminadas al reproche de la redacción del precepto por considerarse desacertado el acogimiento en nuestro Ordenamiento jurídico del § 4 de la Ley contra la Competencia Desleal del modelo alemán, en el sentido de que la inclusión de la idoneidad para inducir a error al consumidor conculcaría el principio de intervención mínima «porque por esta vía podría llegarse a reprimir penalmente conductas que no lesionarían el bien jurídico que se pretende tutelar»¹⁷⁸.

¹⁷⁷ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...*, cit., pág. 175.

¹⁷⁸ En esta línea, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ opina que si se interpreta el calificativo de falsas como una discrepancia esencial y objetiva entre lo alegado o representado y lo realmente existente, esta objeción carece de fundamento porque, en la inmensa mayoría de los casos, una alegación falsa en el sentido que se acaba de exponer será capaz por sí misma de inducir a error al consumidor; ello no obstante, aun admitiendo que en la práctica se demostrase que no era susceptible de inducir a error, estima el autor en cita, que una alegación esencialmente falsa debería seguir siendo delito, a causa del grave peligro que supone para el bien jurídico. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Consideraciones...», cit., págs. 77 y 78.

Afirmación, por otro lado, criticada por la doctrina por considerarse difícil de mantener que las alegaciones falsas siempre serán capaces de inducir a error al consumidor no siendo una excepcionalidad que afirmaciones esenciales y objetivamente inveraces no induzcan a error al consumidor medianamente crítico.

Así, la mencionada Propuesta mantiene una agrupación similar a la del Proyecto de Código Penal de 1980 y, en este sentido, el Título XII denominado «De los delitos socioeconómicos», introduce un primer Capítulo «De las infracciones de la propiedad industrial y derechos que conciernen a la libre competencia y a los consumidores» que, al igual que el Proyecto de Código Penal de 1980, alude a la protección conjunta de intereses de los competidores y consumidores¹⁷⁹.

Dentro del Capítulo I, encontramos rubricada la Sección segunda «De los delitos publicitarios», que nos llevan a la tipificación de más de un delito publicitario, a diferencia de los que ocurría con el Proyecto de Código Penal de 1980, en el que sólo se preveía el art. 342 como tipo delictivo publicitario.

Así, el art. 279 sancionaba, a través de su primer párrafo, al que intencionadamente hiciera en la actividad publicitaria alegaciones falsas sobre la naturaleza, composición, virtudes o cualidades sustanciales de los productos o servicios anunciados, que fueran capaces, por sí mismas de inducir, a error al consumidor¹⁸⁰. Es decir, la primera de las

TAMARIT SUMALLA, J.M., «La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria: problemas fundamentales», *Cuadernos de Política Criminal*, 1990, pág. 335. CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., pág. 66.

¹⁷⁹ SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 88.

¹⁸⁰ Artículo 279 Propuesta de Anteproyecto de Código Penal.

«El que intencionadamente hiciera en la actividad publicitaria alegaciones falsas sobre la naturaleza, composición, virtudes o cualidades sustanciales de los productos o servicios anunciados,

modalidades de delito publicitario introducía una redacción del tipo que en poco se diferencia de la señalada por el Proyecto de 1980; salvo en lo que a continuación se señala:

En primer lugar, con la nueva Propuesta de 1983 se incluyó un nuevo sustantivo, «*virtudes*», en el catálogo de características de los bienes o servicios anunciados y sobre los que debe recaer el engaño publicitario, y se dejó fuera el término «origen», que venía recogido, también, como objeto de las alegaciones falsas en el Proyecto de 1980.

De igual modo, aunque el Proyecto de Texto punitivo de 1980 también recogía en el delito publicitario dos párrafos, el primero destinado a la descripción del tipo básico y el segundo basado en la agravación de la pena en supuestos de mayor trascendencia económica y/o peligrosidad, ahora con la Propuesta de 1983 se introduce un aumento de la pena para aquellos casos en que la publicidad estuviera destinada al *consumo infantil*. La razón de esta inclusión se argumentaba en la vulnerabilidad del público infantil, ante los mensajes publicitarios carentes de actitud crítica¹⁸¹; esto no obstante, existe doctrina que se opone a dicha mención, y, en este sentido, estima SIERRA LÓPEZ que,

capaces por sí mismas de inducir a grave error al consumidor, será castigado con las penas de multa de tres a dieciocho meses.

Se impondrá la pena en su mitad superior cuando se tratare de publicidad de sustancias alimenticias, medicamentos, viviendas u otros objetos de primera necesidad o destinados al consumo infantil.

El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, decretará la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales, asimismo podrá autorizar la reproducción total o parcial de la misma en cualquier otro medio informativo».

¹⁸¹ CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., pág. 67.

En el mismo sentido: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Consideraciones...», cit., pág. 93.

con el tipo básico hubiera bastado para cubrir sus necesidades, ya que la vigencia del principio de intervención mínima obliga a seleccionar los comportamientos más graves, que generalmente comprenderán los supuestos referidos en el tipo cualificado¹⁸².

Además, con la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, la *pena* por la comisión de este delito se rebaja, pasando de ser multa de tres a veinticuatro meses a multa de tres a dieciocho meses. Al igual que ocurrió con el Proyecto de Código Penal de 1980 se insistió, por la doctrina científica, en el hecho de que no se previera pena privativa de libertad como sanción a los delitos de publicidad falsa, haciéndose hincapié en la falta de idoneidad de la pena de multa para reprimir la comisión de delitos económicos¹⁸³.

En último término, mientras que con el Proyecto de 1980 el Tribunal sólo decretaba la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales si el perjudicado o el Ministerio Fiscal lo solicitaban, con el Anteproyecto de 1983 se previó, además, la posibilidad de decretar esta publicación de oficio.

Sin embargo, se mantienen con la misma redacción el resto de elementos integrantes del delito publicitario y, en este sentido, cabe señalar que, por lo que al *sujeto activo* se refiere, el tipo recogido en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 siguió

¹⁸² SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., págs. 90 y 91.

¹⁸³ MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., pág. 89.
MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Consideraciones...», cit., pág. 89.

siendo cualquiera, por lo que podía decirse que no era un delito especial propio o en sentido estricto.

Además, el tipo continuaba exigiendo que las alegaciones se vertieran en la *actividad publicitaria* y que versaran sobre unas características precisas de los bienes o servicios anunciados: *la naturaleza, la composición, las virtudes o cualidades sustanciales* de los productos o servicios anunciados.

Por lo que respecta a la acción delictiva, la misma continuó, con esta Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, con la *realización de alegaciones falsas*. Del igual modo, las alegaciones habían de ser *capaces de inducir a error grave*, por lo que tenía que darse una relación de causalidad entre el engaño procedente de las alegaciones falsas y el error.

De otro lado, con la Propuesta de Código Penal de 1983 siguió con un tipo doloso en el que se exigía *intencionalidad* a la hora de realizar las falsas alegaciones por parte autor.

Por otra parte, la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 introducía más de un tipo delictivo en la segunda de las Secciones del Capítulo I «De las infracciones de la propiedad industrial y derechos que conciernen a la libre competencia y a los consumidores», del Título XII «De los delitos socioeconómicos». Así, el artículo 280 castigaba al

que utilizare, con fines comerciales o publicitarios y por cualquier medio, la imagen o el nombre de otra persona sin su consentimiento¹⁸⁴.

El mencionado precepto encontraba su fundamento en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen¹⁸⁵. De este modo, la naturaleza jurídica del art. 280 era totalmente diversa a la del artículo 279, ya que, tal y como señala CARRASCO ANDRINO, en realidad el objeto jurídico de protección se situaba en el ámbito de los derechos de la personalidad, en concreto, en el derecho a explotar económicamente el nombre y la propia imagen¹⁸⁶, interés patrimonial que nada tiene que ver con la protección de los intereses de los consumidores, objeto de tutela del delito de publicidad engañosa.

¹⁸⁴ Artículo 280 Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983.

«El que utilizare por cualquier medio la imagen o el nombre de otra persona sin su consentimiento, con fines comerciales o publicitarios, será castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de seis a doce meses».

¹⁸⁵ En concreto encontraba su fundamento en el art. 7 de la señalada Ley Orgánica, que introducía: Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley: «Seis) La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga».

¹⁸⁶ CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., pág. 65.

3.- Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992.

Con posterioridad, llegó el Proyecto de Código Penal de 1992¹⁸⁷, que consiguió iniciar la tramitación parlamentaria, pero que con la disolución de las Cortes en 1993 el casi logrado objetivo final fue bloqueado nuevamente¹⁸⁸.

El Proyecto de Código Penal de 1992 introducía, al igual que los anteriores Proyectos, la incriminación del delito publicitario. De este modo, frente a lo que venía siendo tradicional, el Proyecto de 1992 trata conjuntamente, en su Título XII, los delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico, sin proceder a la distinción entre ellos¹⁸⁹. Así, el delito de publicidad engañosa queda ubicado sistemáticamente en el Capítulo XII «De los delitos relativos a la propiedad industrial, el mercado y a los consumidores», del Título XII «Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico».

En materia de protección del mercado, competencia y consumidores, se castigaban aquellas conductas que, según se determina en la Exposición de Motivos, excedían a las previsiones administrativas o

¹⁸⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. IV Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley. 23 de septiembre de 1992. núm. 102-1.

¹⁸⁸ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...*, cit., pág. 175.

¹⁸⁹ GONZÁLEZ RUS, J. J., «La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio. Consideraciones críticas», *Estudios Penales y Criminológicos*, XVII, 1994, pág. 130.

que, por su gravedad no podían dejarse simplemente en el ámbito de la infracción y sanción administrativa¹⁹⁰.

Esto no obstante, a pesar de la necesidad de tutela penal, que según un sector doctrinal¹⁹¹, había de llevarse a cabo en los años noventa en materia de publicidad falsa, existieron voces en contra¹⁹², en virtud de las cuales destacó el informe desfavorable del Consejo General del Poder Judicial, redactado por VIVES ANTÓN, con referencia al artículo 282 del Anteproyecto de 1992 (artículo 287.1 del Proyecto de 1992) que desaconseja la tipificación de esta conducta al ser suficiente la cobertura ofrecida por otros ilícitos previstos en el Código Penal (por ejemplo la estafa).

Así, en el mencionado informe se indica que el «principio de intervención mínima aconseja, de nuevo, limitar la tipificación penal de

¹⁹⁰ Exposición de Motivos Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992.

«En el entendimiento de que la actuación jurídica fundamental en materia de protección del mercado, la competencia y los consumidores, no corresponde al Derecho Penal, se presenta escrupulosamente limitada a aquellas conductas que exceden a las previsiones administrativas o que, por su gravedad no pueden dejarse simplemente en el ámbito de la infracción y sanción administrativa. Intervención mínima, cediendo casi todo el campo al derecho sancionador y *ultima ratio*, utilizando la pena solamente frente a los hechos más graves, son pues las notas características de este grupo En su virtud (...) se incrimina (...) la falsedad en la calidad o cantidad de los que se oferta en el mercado».

¹⁹¹ En este sentido: MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., págs. 74 y 75.

¹⁹² Por todos: MUÑOZ CONDE, F., «La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 16, 1982, pág. 126. MUÑOZ CONDE, F., «Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma», *Hacia un Derecho Penal económico europeo. Jornadas en honor al Prof. KLAUS TIEDEMANN*, Madrid, 1995, págs. 270 y ss.

estas conductas. Si los intereses de los consumidores que pueden verse “perjudicados notoriamente” (si se supone que quería decir el legislador “notablemente”) son del orden socioeconómico, el tipo de la estafa ofrece suficiente tutela penal, máxime si se tiene en cuenta el carácter necesariamente masivo del tipo. Si son relativos a la salud, ya existe todo un capítulo para proteger al ciudadano de este tipo de conductas»¹⁹³.

El artículo 287, sancionaba a los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad, hicieran alegaciones falsas o manifestaran características inciertas sobre los productos o servicios, de modo que pudieran perjudicar notoriamente a los consumidores o a los demás concurrentes en el mercado¹⁹⁴.

En esta línea, frente a lo regulado en los textos anteriormente analizados, el Proyecto de 1992 convierte al delito de publicidad engañosa en un delito especial propio. El *sujeto activo* solo pueden serlo los fabricantes o comerciantes.

Si nos fijamos en la *conducta típica* podemos observar cómo se siguió con la exigencia de la falsedad de las alegaciones prevista tanto en el Proyecto de Código Penal de 1980 como en la Propuesta de

¹⁹³ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, «Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal de 1992», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 48, pág. 748.

¹⁹⁴ Artículo 287 Proyecto de Código Penal de 1992.

«Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a dieciocho meses a 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 notoriamente a los consumidores o a los demás concurrentes en el mercado, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos».

Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983; pero con la inclusión de la posibilidad de que se llevaran a cabo manifestaciones inciertas, con lo que la ambigüedad de esta expresión podría dar cabida a prácticamente todo lo declarado a través de este medio¹⁹⁵.

De otro lado, cabe destacar que, junto a la posibilidad de que la conducta se realizara en la actividad publicitaria, sería, igualmente, sancionado el fabricante o comerciante que vertiera las alegaciones falsas o manifestaciones inciertas sobre las *ofertas*, es decir, se alude, ahora, específicamente a las ofertas o *publicidad* de productos o servicios; con lo que, tal y como señala MUÑAGORRI LAGUÍA, se solventaría algunas de las dificultades que ocasionaba el termino genérico de la actividad publicitaria¹⁹⁶

Además de lo expuesto hasta ahora, con el Proyecto de Código punitivo de 1992 desaparece el elemento de la inducción a error al consumidor, con objeto de dar entrada a la expresión «*perjudicar notoriamente*» bien al consumidor, bien a los demás concurrentes en el mercado. Con lo que puede decirse que el delito de publicidad falsa se configuraba en atención a la tipificación de ataques abstractamente peligrosos que fueran intolerables no sólo contra los consumidores, sino, también, contra los consumidores del mercado.

Otra novedad importante presentada por el Proyecto de Código Penal de 1992 es la *supresión del adverbio «intencionadamente»*; por lo que podrían ahora incluirse las conductas realizadas no solo con dolo

¹⁹⁵ SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 94.

¹⁹⁶ MUÑAGORRI LAGUÍA, I., *La protección...*, cit., pág.

directo, sino también con dolo eventual, descartando, eso sí, la comisión imprudente, puesto que en el Proyecto de 1992 se mantenía el sistema de *numerus clausus*¹⁹⁷.

En la esfera de la penalidad, era apreciable la introducción, de la *pena privativa de libertad*, aunque como pena alternativa a la de multa; con lo que fueron acogidas las críticas doctrinales realizadas a los Proyectos de 1980 y 1983 que determinaban la necesidad de llevar a cabo esta implantación, por ser insuficiente la pena multa para reprimir la comisión de delitos económicos.

Por otro lado, *se elimina la agravación* relativa a los alimentos medicamentos, viviendas, bienes de primera necesidad y consumo infantil, recogida en las redacciones del delito publicitario del Proyecto de 1980 y Anteproyecto de Código Penal de 1983; situación ésta que se mantendrá en la redacción definitiva del artículo 282 del Código Penal de 1995.

Por último, y como medida general aplicable a los delitos del Capítulo XII, se mantiene, en el artículo 290, la *publicación de la sentencia* en los periódicos oficiales; si bien para su reproducción en los medios de difusión corriente era necesaria la solicitud del perjudicado¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Artículo 11 Proyecto de Código Penal 1992.

«Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley».

¹⁹⁸ Artículo 290 Proyecto de Código Penal de 1992.

«En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitare el perjudicado, el Juez o Tribunal podrá ordenar su

4.- Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994.

Siguiendo con el proceso legislativo, el 26 de septiembre de 1994 se publica el Proyecto de Código Penal de 1994¹⁹⁹, dando lugar al inicio de la tramitación parlamentaria del actual delito de publicidad engañosa, recogido hoy en día en el artículo 282 del Código Penal de 1995.

Para la elaboración de este texto se tuvieron presentes, según la Exposición de motivos, las discusiones parlamentarias de 1992, el dictamen del Consejo General del Poder Judicial, el estado de la jurisprudencia y las opiniones de la doctrina científica; ello en base a optar por las soluciones que parezcan más razonables, es decir, por aquellas que todo el mundo debería poder aceptar.

De este modo, y en base a que, tal y como se señala en la Exposición de motivos del referido Proyecto, «El Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social», se presenta el Título XII «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en cuyo Capítulo XI «De los delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores» se recoge el tipo publicitario.

reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado»

¹⁹⁹ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. V Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley. 26 de septiembre de 1994. núm. 77-1.

En concreto, el artículo 278 del Proyecto de Código Penal de 1994 castigaba a los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hicieren alegaciones falsas o manifestaran características inciertas sobre dichos productos o servicios, de modo que pudieran perjudicar notablemente a los consumidores²⁰⁰.

Como puede apreciarse el tipo penal proyectado en este texto se mantenía, prácticamente, con la misma redacción que la del Proyecto de 1992²⁰¹; sustituyéndose, únicamente, el adverbio «notoriamente» por el de «notablemente» y eliminándose la referencia expresa al «perjuicio a los demás concurrentes en el mercado», es decir desapareciendo el competidor como sujeto pasivo de este delito, y dándose, por primera vez, plena autonomía a la protección de los intereses de los consumidores, diferenciada, ahora, de los intereses de los competidores.

En último término, y al igual que ocurrió en 1992, se abandonó, también, con el Proyecto de Ley Orgánica de 1994, la posibilidad de inducir a error a los consumidores; y del mismo modo que en el Proyecto de 1992, solo constituirían publicidad engañosa aquellos supuestos de alegaciones falsas o manifestación de características inciertas realizadas sobre los propios productos o servicios.

²⁰⁰ Artículo 278 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994.

«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».

²⁰¹ SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., págs. 96 y 97.

III.- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

A partir del Proyecto de 1994, y tras los distintos intentos de reforma llevados a cabo desde la instauración del régimen democrático, se aprueba definitivamente el día 23 de noviembre de 1995²⁰² el texto por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que entró en vigor seis meses después. Estamos, pues, tal y como señala MORILLAS CUEVA, ante «el Código vigente, que hace el séptimo u octavo, según se cuente o no el texto Refundido de 1973, en la Codificación española y que termina, por ahora, esta larga historia que comenzó un 8 de junio de 1822»²⁰³.

En este sentido, el Título XIII «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», del Libro II «Delitos y sus penas», recoge un capítulo dedicado a los consumidores, en concreto el Capítulo XI «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores», en el que se ubica sistemáticamente el tipo publicitario, a través de la Sección Tercera «De los delitos relativos al mercado y a los consumidores».

Durante la tramitación parlamentaria del Anteproyecto de Código penal de 1994 volvieron a surgir nuevas voces solicitando la supresión del delito publicitario, viniéndose con ello a constatar lo poco pacífico de

²⁰² Boletín Oficial del Estado número 281 de 24/11/1995.

²⁰³ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...*, cit., pág. 175.

la discusión que gira en torno a la criminalización de la publicidad engañosa²⁰⁴. Cabe mencionar, en este sentido, las enmiendas presentadas por el Grupos Popular (la n ° 392 que entendía que «este tipo de conductas ya son objeto de sanción administrativa en las leyes especiales») y el Catalán (la n ° 1148 que consideraba conveniente la supresión de la figura del delito publicitario «en consideración con el principio de intervención mínima toda vez que ya se prevé la punición de las conductas relativas a la publicidad engañosa en el artículo 241 del presente Proyecto de Ley el cual regula la estafa»); petición reiterada por los grupos parlamentarios Popular en el Senado y de Senadores Nacionalistas Vascos, en sus enmiendas 608 y 73, respectivamente, al texto del Proyecto remitido al Senado por el Congreso de los Diputados con fecha 20 de julio de 1995 donde se contenía al delito de publicidad falsa en el artículo 285²⁰⁵.

La redacción final del delito de publicidad engañosa del art. 282²⁰⁶ viene a castigar a los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o

²⁰⁴ Contrario a su tipificación: RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Lección XXII, Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores», *Derecho Penal. Parte Especial III*, por RODRÍGUEZ RAMOS, L. / COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A. / SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., Madrid, 1999, pág. 61.

²⁰⁵ MUÑAGORRI LAGUÍA, I., *La protección...*, cit., págs. 48 y ss. CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., págs. 69-70. MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., pág. 77.

²⁰⁶ Artículo 282 Código Penal 1995.

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

manifiesten características inciertas sobre los productos o servicios mencionados, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, ello sin perjuicio de la pena que correspondiera aplicar por la comisión de otros delitos.

En este sentido, apreciamos cómo el texto del artículo 282 del Código Penal de 1995 presenta algunas desigualdades gramaticales con el Proyecto de 1994. Diferencias que se concretan en la sustitución de los términos «hicieron» y «manifestaren» por «hagan» y «manifiesten», respectivamente.

De otro lado, hemos de señalar que el artículo 282 del actual Texto punitivo viene acompañado de dos Disposiciones Comunes a las distintas Secciones del Capítulo XI y que se concreta en la necesidad de denuncia para la procedibilidad del delito que estamos estudiando, prevista en el artículo 287²⁰⁷ y en la publicación de sentencia firme y adopción de las medidas dispuestas en el artículo 129, tal y como se introducía en el artículo 288 del Texto punitivo²⁰⁸, rectificado en la

²⁰⁷ Artículo 287 CP 1995.

«1. Para proceder por los delitos previstos en la sección III de este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquella sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el ministerio fiscal.

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

²⁰⁸ Artículo 288 CP 1995.

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

Además, el Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias del caso, podrá adoptar las medidas previstas en el artículo 129 del presente Código».

actualidad por Ley 5/2010, de 22 de diciembre por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, como posteriormente estudiaremos.

IV.- Reformas a la Código Penal de 1995.

El Texto punitivo de 1995 termina su Exposición de motivos con la siguiente proclama «No se pretende haber realizado una obra perfecta, sino, simplemente, una obra útil. El Gobierno no tiene aquí la última palabra, sino solamente la primera. Se limita, pues, con este proyecto, a pronunciarla, invitando a todas las fuerzas políticas y a todos los ciudadanos a colaborar en la tarea de su perfeccionamiento. Solamente si todos deseamos tener un Código Penal mejor y contribuimos a conseguirlo podrá lograrse un objetivo cuya importancia para la convivencia y el pacífico disfrute de los derechos y libertades que la Constitución proclama difícilmente podría exagerarse». En este sentido, tal y como afirma MORILLAS CUEVA, con el paso de los años se ha demostrado que ello no era simplemente un alegato formal sino una afirmación especialmente llena de contenido, puesto que desde su entrada en vigor el Código Penal de 1995 ha sufrido «excesivas alteraciones legislativas»²⁰⁹.

De este modo, continuando con la evolución legislativa pasamos a analizar los textos que con objeto de reforma del Código Penal vienen a modificar el delito de publicidad engañosa.

²⁰⁹ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...*, cit., pág. 178.

1.- Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, tiene como objetivo principal, como dice su Exposición de motivos, actualizar el Código Penal, puesto que el mismo fue aprobado mediante la Ley Orgánica de 23 de noviembre de 1995 y el tiempo transcurrido desde entonces supuso su necesaria adaptación a los tiempos más modernos para abordar, así, las nuevas necesidades surgidas con la experiencia obtenida con su aplicación.

La iniciativa reformadora del artículo 282 sufre una modificación en lo que a la pena se refiere, quedando reglado el tipo publicitario de la siguiente manera: «Serán castigados con la *pena de prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses* los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos».

De esta manera, con la reforma de 2003, el delito de publicidad engañosa aumenta, en seis meses, la pena máxima de multa, tanto de los fabricantes como de los comerciantes que hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre sus ofertas o publicidad de

productos o servicios, ello en base a la coordinación con la pena de prisión, a su adaptación a la verdadera situación económica y familiar del condenado y a su imposición atendiendo a la verdadera naturaleza del delito²¹⁰.

2.- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Cercano al delito de publicidad engañosa del art. 282, con la modificación que la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio²¹¹ hace de la Ley Orgánica 10/1995, se añade el artículo 282 bis que viene a castigar a los que, como administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, falseen la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros, siempre que ello se haga con el propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio; sancionándose con una pena mayor cuando al cometer este delito se llegue a obtener la inversión, el depósito, la colocación del activo o la financiación, con perjuicio para el inversor,

²¹⁰ Exposición de motivos de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

²¹¹ Boletín Oficial del Estado número 152 de 23/06/2010.

depositante, adquirente de los activos financieros o acreedor; pudiendo ser aun más elevada, si el perjuicio causado lo es de notoria gravedad²¹².

Cabe destacar, en esta línea, que la reforma llevada a cabo a través de la Ley 5/2010 en el campo de los delitos relativos al mercado y los consumidores encuentra su fundamento en la Directiva 2003/06 del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado, tal y como se desprende de su Exposición de Motivos.

De este modo, podemos observar que se incorpora como nueva figura delictiva la denominada *estafa de inversores*, incriminándose a los administradores de sociedades emisoras de valores negociados en los mercados de valores que falseen las informaciones sobre sus recursos, actividades y negocios presentes o futuros, y de ese modo consigan captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación.

²¹² Artículo 282 bis CP. «Los que, como administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, falsearan la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros, con el propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 308 de este Código.

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

En base a lo expuesto, podemos establecer, *a priori*, que la Ley Orgánica 5/2010 ha creado una nueva figura delictiva que puede resultar cercana a la publicidad engañosa dada su ubicación en nuestro Texto punitivo; en esta línea, FARALDO CABANA ha determinado que hubiera tenido más sentido que el legislador hubiera configurado una conducta parecida a la prevista en el art. 282 bis como tipo agravado del delito de publicidad falsa²¹³.

Por otra parte, la segunda de las modificaciones se refiere a la reforma de la Disposición Común a las distintas Secciones del Capítulo XI, contenida en el artículo 288²¹⁴, que se concreta en la introducción de

²¹³ FARALDO CABANA, P., *Comentarios al Código Penal*, GÓMEZ TOMILLO (Dir.), Valladolid, 2010, pág. 1085.

²¹⁴ Artículo 288.

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

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

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

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

b) Multa del doble al triple del beneficio obtenido o favorecido, en el resto de los casos.

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

a) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.

b) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

una serie de medidas a aplicar por el Juez o Tribunal en aquellos supuestos en que el responsable de los delitos aquí estudiados sea una persona jurídica.

En base a lo analizado, podemos concluir que el delito de publicidad engañosa se castiga por primera vez en el Texto punitivo de 1995, aunque cuenta con antecedentes prelegislativos, ya que tanto el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal 1980, como las posteriores Propuesta de Anteproyecto de Nuevo código Penal de 1983, Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal 1992 y Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal 1994, han incorporado la previsión de responsabilidad penal por publicidad engañosa.

Esto no obstante, cabe señalar que la redacción de este tipo ha ido evolucionando hasta llegar a la regulación actual. Las diferentes modificaciones que han sido analizadas a lo largo de este epígrafe fundamentan la actual previsión que el artículo 282 de nuestro Texto punitivo introduce. Sin embargo, consideramos que una redacción con mayor precisión técnica, en línea con el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 y con la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, configurarían al delito publicitario desde una vertiente más objetiva y práctica, dado que la concreción de su bien jurídico acercaría este delito a casos reales en los que la tutela del consumidor habría de quedar determinada sobre la base de procedimientos eficaces, en virtud de los cuales no surgiera un

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

desconocimiento del principio de intervención mínima y de los límites del Derecho Penal.

CAPÍTULO IV.- DERECHO COMPARADO.

Sin duda, un elemento importante a la hora de evaluar la regulación penal de una materia, es el conocimiento de la normativa que tienen otros países, principalmente los que tienen mayor tradición jurídica, entre los que sin duda se encuentran, indiscutiblemente Alemania e Italia, entre otros. En este sentido, si se analiza la regulación de los delitos contra los consumidores, y especialmente la publicidad engañosa en ambos países, se pueden diferenciar dos modelos jurídicos distintos. De una parte, se opta por tipificar los delitos contra los consumidores en la legislación especial, como es el caso de Alemania y, de otro lado, se introducen en su ámbito punitivo, por medio de la legislación penal codificada, la regulación de la publicidad considerada engañosa, como sucede en el caso italiano. En consecuencia, prestamos atención a ambos modelos.

I.- Modelo de legislación especial.

Entre los países que se acogen al modelo jurídico que opta por tipificar los delitos contra los consumidores en la legislación especial encontramos el *Derecho francés* en el que la regulación de la conducta de publicidad falsa se halla recogida en el art. 121.8 del Código de Consumo

francés (o Code de la consommation), Ley nº 93-949, de 26 de julio. Los antecedentes de esta normativa los encontramos en la Ley de 2 de julio de 1963²¹⁵, que dada las dificultades para ser aplicada en la práctica dio lugar a la creación de la Ley de Orientación del Comercio y del Artesanado de 27 de diciembre de 1973 (Ley Royer), que preveía en su artículo 44 la publicidad engañosa²¹⁶; artículo ligeramente reformado, años más tarde, por la Ley de 10 de enero de 1978 sobre la protección y la información de los consumidores²¹⁷.

²¹⁵ El art. 5 de la Ley de 1963.

«Está prohibida toda publicidad hecha con mala fe que consista en alegaciones falsas o que induzcan a error cuando las alegaciones sean precisas y se refieran a alguno o algunos de los elementos siguientes: naturaleza, composición, origen, cualidades sustanciales, fecha de fabricación, propiedades de los productos o prestaciones del servicio objeto de la publicidad, motivos para su compra, resultados que pueden ser obtenidos con su utilización, identidad, cualidades o aptitudes del fabricante de los revendedores o de los prestatarios».

En esta línea: BADENAS CARPIO, J. M. / GUILBERT, S., «El artículo L 121 del Código de Consumo francés antecedente del artículo 282 del vigente Código Penal», *Estudios sobre Consumo*, nº 62, 2002, pág. 15.

²¹⁶ El artículo 44, párrafo 1, de la Ley de 27 de diciembre de 1973:

«Está prohibida toda publicidad que comporte, de cualquier forma que sea, alegaciones, indicaciones o presentaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan a error, cuando aquéllas se refieran a uno o más de los siguientes elementos: existencia, naturaleza, composición, cualidades sustanciales, especie, origen, cantidad, modo y fecha de fabricación, propiedades, precio y condiciones de venta de los bienes o de los servicios objeto de la publicidad, condiciones de su utilización, resultados que pueden ser obtenidos con su utilización, alcance de las obligaciones asumidas por el anunciador, identidad, cualidades o aptitudes del fabricante, de los revendedores, de los promotores o prestatarios».

En este sentido: MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., pág. 59.

²¹⁷ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 227.

La versión consolidada de esta Ley, de 2 de julio de 2012, engloba toda la normativa de protección de los consumidores. Se trata de un auténtico Código, en el que se insertan todas las normas sobre protección de los consumidores. En cuanto a su estructura, el Code de la consommation consta de cinco Libros. El Libro I se refiere a la información de los consumidores y formación de los contratos (información al consumidor, prácticas comerciales, condiciones generales de la contratación); el Libro II a la conformidad y seguridad de los productos y servicios; el Libro III al endeudamiento (crédito al consumo, crédito inmobiliario, actividades de intermediación en el crédito, situaciones de sobreendeudamiento); el Libro IV a las asociaciones de consumidores (asociaciones, cooperativas, legitimación para demandar en juicio); y el Libro V a las instituciones públicas en materia de consumo (Consejo Nacional de Consumo, órganos de coordinación administrativa, Instituto Nacional de Consumo, y los laboratorios de ensayo)²¹⁸.

En este sentido, el art. 121-1 del Code de la consommation, introducido por Ley de 4 de agosto de 2008, prohíbe toda práctica comercial engañosa²¹⁹: 1) Que cree confusión con otra marca o servicio, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor. 2) Que se base en alegaciones, indicaciones o representaciones falsas o susceptibles de inducir a error, cuando se refieran a uno o varios de los elementos siguientes: a) existencia, disponibilidad o naturaleza de los bienes o servicios; b) características esenciales del bien o servicio, esto es, cualidades sustanciales, composición, accesorios, origen, cantidad, modo y fecha de fabricación, condiciones de uso y capacidad para utilizar sus

²¹⁸ GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. / CANTERO MARTÍNEZ, J., *La producción normativa en materia de consumo. Técnica legislativa y regulación sectorial*, 2006, pág. 18.

²¹⁹

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565>

propiedades y los resultados que pueden esperarse de su uso, así como las características principales y los resultados de las pruebas y controles de los productos o servicios; c) el precio o el método de cálculo del precio, el precio promocional y condiciones de venta, pago y entrega de bienes o servicios; d) el servicio, la necesidad de un servicio, piezas de repuesto, sustitución o reparación; e) el alcance de los compromisos asumidos por el anunciante, la naturaleza, el proceso o la razón de la venta o prestación de servicios; f) la identidad, las calificaciones, las habilidades y los derechos del comerciante; g) la tramitación de las reclamaciones y derechos de los consumidores. 3) Que no identifique claramente a la persona en cuyo nombre se realiza.

De igual forma, el referido precepto determina que una práctica comercial es engañosa si, dadas las limitaciones del medio de comunicación utilizado y las circunstancias que omite, oculta o proporciona información ininteligible, ambigua o sustancial, o si no indica su intención comercial cuando no es evidente por el contexto²²⁰.

De manera que si observamos la literalidad de la redacción podemos extraer las siguientes conclusiones: 1) La primera se refiere a que en virtud de este precepto se puede entender como práctica comercial engañosa la publicidad referida, desde un concepto amplio, a la manifestación de la misma por medio de cualquier forma de presentación, alegación, indicación o representación²²¹. 2) De otro lado, el artículo establece una lista cerrada de características de bienes o servicios sobre los que puede versar la publicidad que se considera

220

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565>

²²¹ En esta línea: CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., pág. 48. MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., pág. 62.

engañosa²²². 3) Y en último término, se hace precisa que la publicidad cree confusión o que sea susceptible de inducir a error, dada la apreciación en abstracto sobre la base del consumidor medio²²³.

Por lo que respecta a la autoría de dicha práctica, el art. 121-5 del Código de Consumo ha designado como autor principal a la persona en cuyo nombre la práctica comercial engañosa se lleva a cabo²²⁴. Y en último término, la sanción de esta conducta ha sido prevista en el art. 121-6 del Código de Consumo, el cual remite específicamente al art. 213-1 del mismo Texto, para el caso de que sea una persona física, y el apartado 6 del art. 213, para el supuesto de responsabilidad de una persona jurídica²²⁵. De igual modo, los apartados 3 y 4 del art. 121 prevén sanciones complementarias como la cesación de dicha práctica comercial, esto es publicidad engañosa, y la publicación obligatoria de la sentencia, con la posibilidad de que el juez obligue a difundir a costa del condenado nuevos mensajes publicitarios que rectifiquen la anterior publicidad engañosa²²⁶.

²²² Para CARRASCO ANDRINO ello ha de ser interpretado de forma restrictiva, en el sentido de agrupar las conductas en un trilogía: a) Conductas relativas a los bienes y servicios, b) conductas que inciden sobre las condiciones de venta y precio de los productos o servicios y c) conductas que hacen referencia al proceso de comercialización de los bienes y servicios ofertados. : CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., pág. 48.

²²³ En este sentido: BADENAS CARPIO, J. M., «El artículo...», cit., pág. 34.

²²⁴
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565>

²²⁵
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565>

²²⁶ CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., pág. 47.

De otro lado, cabe destacar que el art. 121-8 del Código de Consumo solamente permite el uso de la publicidad comparativa en caso de que la misma: 1) No sea engañosa o pueda inducir a error; 2) trate bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad que los que compara; 3) compare de maneja objetiva una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios en cuestión. Por lo que, según se establece en el art. 121-14, en caso de violación de este precepto, será aplicable la sanción prevista en el apartado 6 del art. 121²²⁷.

En el *Reino Unido* la tutela del consumidor se recoge en el Reglamento de Protección de los Consumidores contra la Competencia Desleal de 2008 -The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations- cuyo antecedente más importante es la Trade Descriptions Act 1968, que venía a proteger al consumidor frente a los anuncios engañosos sobre la base de que la descripción de un producto comprendería cualquier información, directa o indirecta, sobre el mismo²²⁸.

En este sentido, el referido Reglamento viene a prohibir el uso de prácticas comerciales desleales (art. 3), considerando desleal toda acción engañosa prevista el art. 5, en virtud del cual se considera como tal la que contenga información falsa, la que carezca de veracidad o, la que, aun siendo correcta, pueda inducir a error al consumidor²²⁹. De este modo, se entenderá que la publicidad es engañosa si contiene

227

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT00006069565>

²²⁸ JOLOWICZ, J. A., «The protection of the Consumer and Purchaser of Goods under English Law», *Modern Law Review*, 1969, pág. 22.

229

http://www.legislation.gov.uk/uksi/2008/1277/pdfs/uksi_20081277_en.pdf

información falsa sobre las siguientes circunstancias²³⁰:

- a) La existencia o la naturaleza del producto;
- b) Las características principales del producto;
- c) El alcance de los compromisos del comerciante;
- d) Los motivos de la práctica comercial;
- e) La naturaleza del proceso de ventas;
- f) Cualquier afirmación o símbolo relacionado con el patrocinio directo o indirecto o la aprobación del comerciante o el producto;
- g) El precio o la forma en que se calcula;
- h) La existencia de una ventaja en precio específico;
- i) La necesidad de un servicio de una pieza, sustitución o reparación;
- j) La naturaleza, las características y los derechos de los comerciantes;
- k) Los derechos del consumidor o los riesgos que pueda correr.

Del mismo modo, el art. 6 del Reglamento determina como omisión engañosa la práctica comercial que omita información sustancial, que esconda información relevante, que proporcione información material de manera que no quede clara, o que sea ininteligible o ambigua y la que no identifique su intención comercial, a menos que ello sea evidente por su contexto y como consecuencia de ello

²³⁰ Artículo 5.4 Reglamento de Protección de los Consumidores contra la Competencia Desleal de 2008.

el consumidor tome una decisión sobre una transacción que de otra manera no habría tomado²³¹.

En virtud de ello, según se señala en los arts. 9 y 10, un comerciante será culpable de un delito si participa en una acción u omisión comercial engañosa, en cuyo caso podrá ser condenado a pena de multa o prisión, tal y como en se prevé en el art. 12 del Reglamento de Protección de los Consumidores contra la Competencia Desleal²³².

Muy relevante en esta materia se presenta el caso *alemán*, dado que es característica de este país la regulación de la publicidad engañosa dentro de la protección otorgada por el ordenamiento jurídico al principio de libre competencia, desarrollado a través del marco del denominado Derecho Penal de la competencia desleal²³³. Ello es así porque la prohibición de prácticas comerciales engañosas se contiene en el § 5 de la Ley contra la Competencia Desleal, modificada por última vez el 3 de marzo de 2010, -Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG), que viene a prohibir el uso de prácticas comerciales desleales (§ 3); con objeto de proteger los derechos de los oferentes en el mercado, tutelando a éstos frente a ventajas ilícitamente obtenidas por sus competidores, en el sentido de amparar los intereses de los consumidores en su esfera individual y también en su consideración de manera colectiva²³⁴.

²³¹

<http://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2008/9780110811574/contents>

²³²

http://www.legislation.gov.uk/uksi/2008/1277/pdfs/uksi_20081277_en.pdf

²³³ SÁNCHEZ GARCÍA, I., «El nuevo delito...», cit., pág. 547.

²³⁴ TIEDEMANN, K., *Manual de Derecho Penal económico. Parte General y Especial*, Valencia, 2010, pág. 317. CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., págs. 52 y 53. MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., pág. 56. PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., págs. 205 y 206. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ,

Así, de la propia redacción del § 5 podemos extraer que una práctica comercial se considerará engañosa si contiene información falsa o cualquier otra información apropiada a la decepción con respecto a las siguientes circunstancias²³⁵:

1) Las características esenciales de los productos o servicios, tales como la disponibilidad, la naturaleza, la ejecución, los beneficios, los riesgos, composición, sus accesorios, el método o la fecha de fabricación, la entrega o prestación, su carácter apropiado, su cantidad, sus especificaciones, asistencia post-venta al cliente, tratamiento de las reclamaciones, la procedencia geográfica o comercial, los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados o las características esenciales de las pruebas realizadas sobre los bienes o servicios.

2) La razón de la compra, como la existencia de una ventaja de precios específica, el precio o la forma en que se calcula el precio o las condiciones en que las mercancías son suministradas o prestados los servicios.

3) La naturaleza, las características o derechos del empresario, tales como su identidad, los activos, incluidos los derechos de propiedad intelectual, el alcance de sus compromisos, su situación, su aprobación, su afiliación o conexión, premios o distinciones, los motivos para la práctica comercial o de la naturaleza de la del proceso de venta.

4) Cualquier afirmación o símbolo relacionado con un patrocinio

C., «Consideraciones...», cit., pág. 45.

²³⁵ http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=229699

directo o indirecto o aprobación del empresario o de los bienes o servicios.

5) La necesidad de un servicio de una pieza, sustitución o reparación.

6) El cumplimiento de un código de conducta por el que el empresario ha comprometido a respetarlo cuando se hace referencia a dicho compromiso.

7) O los derechos de los consumidores, en particular los basados en las garantías prometidas o derechos de garantía en caso de problemas en su funcionamiento.

Así, el § 16²³⁶, referente a la responsabilidad penal, sanciona con pena de de prisión o multa para el que, con la intención de crear una oferta especialmente favorable, engañe promoviendo el uso de información falsa en los anuncios públicos, o en las comunicaciones dirigidas a un público más amplio.

No obstante, la opción por la ley penal especial no es la única en este país, ya que el Proyecto Alternativo de Código Penal de 1977 lleva esta materia al Código punitivo, poniéndose con ello de manifiesto la relevancia que las opciones señaladas otorgan a este contenido.

En este sentido, en el § 177 del referido Proyecto Alternativo²³⁷ - ubicado en el Título primero «Delitos contra la competencia y los consu-

²³⁶ http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=229699

²³⁷ § 177 del Proyecto Alternativo de Código Penal.

midores», del apartado segundo de la Parte Especial, «Delitos contra la economía»- contiene una referencia expresa al delito de publicidad realizada con alegaciones falsas, determinándose como una regulación del diferente del previsto en la Ley de Competencia Desleal²³⁸. En este sentido:

1) El nuevo texto añade a las declaraciones dirigidas a un círculo indeterminado de personas las que puedan realizarse públicamente; de lo que se extrae que el tipo incluye mensajes publicitarios dirigidos a una sola persona, pero que son repetidos posteriormente a más individuos²³⁹.

2) En el Proyecto Alternativo se introduce como requisito la exigencia de actuar en el tráfico económico²⁴⁰.

3) Por otra parte, el § 177 del Proyecto Alternativo enumera las circunstancias esenciales para el comercio sobre las que deben recaer las alegaciones falsas, desde una perspectiva abierta, en el sentido de que

«Quien en el tráfico económico efectúe, públicamente o ante un extenso círculo de personas y en relación con la oferta de un producto o servicio, declaraciones falsas sobre circunstancias consideradas en el tráfico comercial como esenciales para la conclusión de un contrato, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

Las circunstancias a las que se refiere el párrafo primero son especialmente la calidad, el origen y fijación del precio de un producto o servicio, sus posibilidades de utilización, así como la posesión de distinciones y el motivo o finalidad de la oferta».

En este sentido: MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., pág. 57.

²³⁸ *Ibidem*, pág. 57.

²³⁹ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 220.

²⁴⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Consideraciones...», cit., pág. 46.

supone una lista ejemplificativa²⁴¹ –en la que específicamente se señalan: la calidad, el origen y fijación del precio de un producto o servicio, sus posibilidades de utilización, así como la posesión de distinciones y el motivo o finalidad de la oferta-.

II.- Modelo de legislación penal codificada.

Frente a los países que, de alguna forma, tutelan a los consumidores a través de leyes penales especiales, destaca el caso italiano por introducir los delitos contra los consumidores en el Texto punitivo, opción ley penal codificada.

Así, por lo que respecta a la publicidad engañosa, el *Derecho italiano* no posee un delito general de publicidad engañosa, referida a cualquier bien o servicio, que sea equivalente al precepto penal existente en España²⁴²; sin embargo, pueden integrarse determinadas conductas de publicidad engañosa en los artículos 516, limitada al sector alimenticio, y el 517, referido a creaciones intelectuales y productos industriales, ambos del Código Penal italiano²⁴³.

En este sentido, el Capítulo segundo del Título VIII, «Delitos contra la economía pública, la industria y el comercio», del Código Penal italiano viene a tutelar al consumidor. En base a ello, el artículo 516 del referido Texto punitivo sanciona al que ponga en venta o introduzca de

²⁴¹ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 221.

²⁴² CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit. pág. 55.

²⁴³ <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=2507>

otro modo en el comercio, como genuinas, sustancias alimenticias no genuinas²⁴⁴ y el 517 del mismo Texto castiga a todo aquel que ofrece en venta o pone de otro modo en circulación creaciones intelectuales o productos industriales, con nombres, marcas o signos distintivos nacionales o extranjeros, aptos para inducir a engaño al comprador sobre el origen, procedencia o calidad de la obra o del producto²⁴⁵.

Sin embargo, tal y como señala PUENTE ABA, mientras que el artículo 516 intenta tutelar la transparencia del mercado, es decir, la confianza pública en el ejercicio del comercio, al garantizarle al consumidor la autenticidad de las sustancias alimenticias que se le ofrecen en el mercado; con el artículo 517 se protege la transparencia del mercado, la veracidad del etiquetado de los productos que se presentan al público, es decir, se tutelan tanto los intereses de los consumidores, en el sentido de garantizar la transparencia de las ofertas realizadas en el mercado, como los intereses de los empresarios, en base a que se

²⁴⁴ Artículo 516.

«El que ponga en venta o introduzca de otro modo en el comercio como genuinas sustancias alimenticias no genuinas, será castigado con pena de prisión de hasta seis meses o con multa de hasta dos millones de liras».

En esta línea: PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 234.

²⁴⁵ Artículo 517.

«Todo aquel que ofrece en venta o pone de otro modo en circulación creaciones intelectuales o productos industriales, con nombres, marcas o signos distintivos nacionales o extranjeros, aptos para inducir a engaño al comprador sobre el origen, procedencia o calidad de la obra o del producto, será castigado, siempre que el hecho no haya sido previsto como delito en otras disposiciones legales, con pena de prisión de hasta un año o con multa de hasta dos millones de liras».

En este sentido: PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 235.

garantiza conjuntamente el uso correcto de las masas y signos distintivos de los diversos productos²⁴⁶.

De otro lado, mientras que el delito del art. 516 se consuma con la difusión de la publicidad en la que se presentan productos, con independencia de que los mismos estén ya a la venta o en su caso se hallen almacenados; en el art. 517 no basta con el almacenamiento para consumir el delito, dado que la información que induce a engaño se encuentra en la mercancía y en tal caso ésta no llega a los ojos de sus posibles adquirentes²⁴⁷.

Por último, en relación con esta relación de legislación comparada en la materia, en algunos países de Sudamérica, es destacable, igualmente, la regulación codificada de la publicidad engañosa.

Así, de debe aludir el caso *peruano* en el que desde 1991 los delitos contra los consumidores se sancionan, en línea con Italia, en el Código Penal²⁴⁸; sin embargo, hay que precisar que el delito de publicidad engañosa, el artículo 238, que venía a castigar al que hiciera, por cualquier medio publicitario, afirmaciones falsas sobre los productos o servicios anunciados, capaces por sí mismas de inducir a grave error al consumidor, fue derogado por la Segunda Disposición Derogatoria del Decreto Legislativo n° 1044, publicado el 26 junio 2008. Por lo que, en la actualidad, la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo núm. 1044, de 26 de junio de 2008, se presenta como el

²⁴⁶ *Ibidem*, págs. 234 a 236.

²⁴⁷ *Ibidem*, págs. 236 y 237.

²⁴⁸ PORTOCARRERO HIDALGO, J., *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, (Dir. Tomillo Urbina), Navarra, 2008, págs. 60 y 679.

dispositivo administrativo vigente con el que proteger al consumidor ante una actuación publicitaria engañosa²⁴⁹.

En atención a lo apuntado, podemos establecer que los países de nuestro entorno, más representativos a nivel jurídico, optan por la tutela penal de acciones que ponen en peligro a los consumidores y usuarios; lo cual viene a reforzar la necesidad, actual, de protección punitiva de la publicidad engañosa.

No obstante, la gran discusión se centra en la dicotomía entre la tipificación de la publicidad engañosa en la legislación especial y la tipificación de este delito en los Textos punitivos.; puesto que como afirma MORILLAS CUEVA mientras que la ley penal codificada es la que se contiene sistemáticamente estructurada en el Código Penal, constituyendo el epicentro de todas las leyes penales, las leyes penales especiales son leyes distintas al Código punitivo que, sin embargo, de igual manera, «describen delitos, estados peligrosos, penas o medidas de seguridad», pero que han de responder a situaciones y conductas muy concretas²⁵⁰.

En base a lo expuesto, entendemos que la opción codificada, que es la que la utiliza España, es la más adecuada, dado que en virtud de ella se vienen a tutelar un conjunto de bienes jurídicos dignos de protección en el ámbito de los consumidores, sirviendo como guía de defensa ante conductas de publicidad engañosa. Así, entendemos que el uso de la «premisa universalita»²⁵¹, como la denomina MORILLAS CUEVA, a la

²⁴⁹ http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=182698

²⁵⁰ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...*, cit., pág. 234.

²⁵¹ *Ibidem*, pág. 234.

que el legislador ha dado lugar, con objeto de otorgar carácter subsidiario al Código Penal para todo lo no contenido en las leyes especiales, parece exagerada, ya que entre sus sombras se halla el hecho de que existen muchas disposiciones «de difícil aplicabilidad»; por lo que, sumándonos a la tesis del autor en cita, entendemos que es más conveniente seleccionar restrictivamente las normas generales aplicables a la legislación especial²⁵².

²⁵² *Ibidem* págs. 234 y 235.

**CAPÍTULO V.- ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS DE LA
DELINCUENCIA ECONÓMICA.**

**I.- Protección de los consumidores en el marco de la
delincuencia de Cuello Blanco.**

La preocupación por la defensa de los intereses de consumidores y usuarios, desde un punto legal, surge en épocas relativamente recientes. Esta toma de conciencia se produce en paralelo a la evolución económica de los siglos XIX y XX que, como afirma PUENTE ABA, determinará la formación de mercados cada vez más amplios y complejos en los que el consumidor aparece siempre «en situación de inferioridad frente a los grandes productores que le ofrecen sus bienes y servicios abusando de una situación de preeminencia que utilizarán siempre en provecho propio, aunque con ello perjudiquen a los consumidores y usuarios»²⁵³.

Con el sistema capitalista se da paso a la libre competencia de mercado, en virtud de la cual se provoca un proceso de globalización económica con influencia determinante en el consumo²⁵⁴. En base a ello,

25. ²⁵³ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág.

²⁵⁴ *Ibidem*, pág. 28.

estima MORILLAS CUEVA que el fenómeno globalizador se encuentra en continuo proceso de transformación e incide de manera desigual en factores como la economía, la cultura, la política, el derecho, etc., lo cual conlleva, en su relación con el Derecho Penal, que el mismo se derive hacia la mundialización de determinadas manifestaciones delictivas que requieren de respuesta transnacional; se produce, según su opinión, una globalización del crimen y una globalización de las respuestas frente a crimen²⁵⁵.

De este modo, ya que la Criminología es entendida como ciencia empírica e interdisciplinar encargada del estudio del delito, del delincuente de la víctima y de los medios de control social, tratando de suministrar una información válida y eficaz sobre el hecho delictivo, sus formas de actuación y prevención²⁵⁶, se hace precisa la investigación en este campo, al considerar SÁINZ CANTERO que «el penalista no debe limitarse a la contemplación de la estructura formal y externa de la norma, sino que ha de indagar la realidad que la norma regula»²⁵⁷.

En este sentido, fue en el Congreso Internacional sobre la prevención y represión del crimen, celebrado en Londres en 1872, cuando se reconoce por primera vez la importancia del crimen en el campo de los negocios de agentes considerados socialmente como personas honestas²⁵⁸. En 1935 el profesor MORRIS vuelve al tema con el

²⁵⁵ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...*, cit., pág. 127.

²⁵⁶ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L. / PATRÓ HERNÁNDEZ, R. M. / AGUILAR CÁRCELES, M. M., *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, Madrid, 2011, pág. 5.

²⁵⁷ SÁINZ CANTERO, J. A., *La Ciencia...*, cit., pág. 35.

²⁵⁸ MARTOS NUÑEZ, *Derecho Penal económico*, Madrid, 1987, pág. 138.

objeto de hablar de «criminales de la alta sociedad», difíciles de identificar puesto que, según su opinión, «nuestras nociones de ética en general están fuertemente conmovidas por la universalidad de las prácticas deshonestas, si no ilegales, del mundo de los negocios»²⁵⁹.

Fruto de este embrión, surge en el período 1940-1950 en Estados Unidos el comienzo de la investigación científica sobre los «criminales de la alta sociedad», es decir, en torno a las gentes «White collar»²⁶⁰. En este contexto, aprovechando su intervención presidencial ante la Sociedad Americana de Sociología, que tuvo lugar en Filadelfia en 1939, SHUTHERLAND empleó, por vez primera, la expresión «White collar crime», designándose con ello «la actividad ilegal de personas de nivel socioeconómico superior, en relación con las prácticas normales de sus negocios»²⁶¹. De esta manera, la tesis del mencionado autor partía de la base de que los delincuentes de cuello blanco forman parte de la clase superior de la sociedad, y como son muy respetados en sus comunidades, siempre han logrado, a través de los años, influir en el modelo de las

²⁵⁹ MORRIS, A., *Criminology*, New York, 1935, págs- 153 a 158. Tomado de MARTOS NUÑEZ, *Derecho Penal económico*, Madrid, 1987, pág. 138.

En este sentido, CORIGLIANO determina que MORRIS focalizó sus investigaciones en quienes «a causa de su posición social, su inteligencia y técnica para el crimen están en condiciones de moverse entre los demás ciudadanos virtualmente inmunes a toda consideración o condena». CORIGLIANO, M. E., «Principios de Criminología», *Revista de Práctica Jurídica*, 2006, pág. 1.

²⁶⁰ MARTOS NUÑEZ, *Derecho...*, cit., pág. 139.

²⁶¹ GEIS, G., «El delito de cuello blanco como concepto analítico e ideológico», *Derecho y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en homenaje al Prof. SERANO GÓMEZ, BUENO ARÚS / RODRÍGUEZ RAMOS / ZAFFARONI / KURY (Dirs.)*, Madrid, 2006, pág. 311. LINARES ESTRELLA, A., *Un problema de la Parte General del Derecho Penal económico. El actuar en nombre de otro. Análisis del Derecho Penal español y cubano*, Granada, 2002, pág. 13; ZAMBRANO PASQUEL, A., *Política Criminal*, Perú, 2009, pág. 215; CORIGLIANO, M. E., «Principios...», cit., pág. 1; AEBI, M. F., *Temas de Criminología*, Madrid, 2006, págs. 108 y 109; GONZÁLEZ RUS, J. J., *Los intereses...*, cit., pág. 38.

legislaciones que están destinadas a reglamentar el campo continuamente creciente del mundo económico, industrial y comercial²⁶².

En este sentido, determina SHOVER que los delincuentes de cuello blanco se distinguen por sus vidas privilegiadas, caracterizadas por verse libres de la preocupación diaria de afrontar necesidades materiales básicas, por su situación de jerarquía de respetabilidad y por la ocupación de posiciones de autoridad en el estado u organizaciones privadas²⁶³.

Esto no obstante, hay estudiosos que optan por centrar la definición de este fenómeno en las características formales de los delitos, sin considerar la posición social de quienes los cometen. En este sentido, afirma EDELHERTZ que el delito de cuello blanco es un acto ilegal o una serie de actos ilegales cometidos por medios no físicos, y mediante la ocultación o malicia, para obtener dinero o propiedades, evitar el pago o la pérdida de dinero o propiedades, u obtener un beneficio económico o ventaja personal; es decir, este autor estima que «el carácter de delito de

²⁶² MARTOS NUÑEZ, *Derecho...*, cit., págs. 139 y 140.
GEIS, G., «El delito...», cit., pág. 311.

²⁶³ SHOVER, N., «El delito de cuello blanco: una cuestión de perspectiva», *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al Prof. SERRANO GÓMEZ*, Madrid, 2006, pág. 458.

En la misma línea, determina BENSON que aunque no existen muchas investigaciones sobre los contornos sociales de los delincuentes de cuello blanco, la poca que hay indica claramente que aquellos proceden de un segmento diferente, privilegiado, de la población estadounidense; así, introduce que las personas condenadas por delitos de cuello blanco tienden a hacer sus primeras apariciones en los registros oficiales de las agencias de justicia criminal a edades posteriores que la mayoría de los delincuentes que cometen delitos callejeros; caracterizándose sus vidas por la estabilidad y el convencionalismo más que por la alteración y el desorden, ya que tienden a tener empleo y estar casados y a tener casas en propiedad y otros activos financieros. BENSON, M. L., «Carreras de delincuentes de cuello blanco», *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al Prof. SERRANO GÓMEZ*, Madrid, 2006, pág. 138.

cuello blanco debe hallarse en el *modus operandi* y en los objetivos más que en la naturaleza de los delincuentes»²⁶⁴. En esta línea, según sostiene SHAPIRO, el enfoque ha de dirigirse en «poner cuello al delito, y no al delincuente»²⁶⁵.

De igual modo, para MARTOS NUÑEZ el «White collar crime» supone «una nueva forma de criminalidad organizada, orientada hacia el fraude y la explotación, combinando, a menudo, la violencia y al astucia»; ello en base la idea de que este tipo de actividad se ejerce con ocasión de su profesión, cuyas reglas se violan sistemáticamente con ánimo de lucro. Es decir, tal y como señala el autor en cita, el «White collar crime» representa «una actividad criminal de naturaleza económica y, por consiguiente, el contenido material del delito de cuello blanco es una infracción económica»²⁶⁶.

Particular interés tiene la exposición de GARCÍA PABLOS para quien la delincuencia de cuello blanco ha de quedar determinada en atención a los siguientes criterios: 1) Exclusión de los hechos cometidos por personas adineradas que son conocidas como pertenecientes a los bajos fondos, 2) conexión de los hechos criminales con el ejercicio de la actividad profesional del autor, quedando fuera de esta categoría los delitos cometidos por personas de estatus social privilegiado de forma

²⁶⁴ EDELHERTZ, H., *The nature, impact and prosecution of White collar crime*, Washington, DC: U.S. *Department of Justice, National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice*, 1970. SHOVER, N., «El delito...», *cit.*, págs. 458 y 459.

²⁶⁵ SHAPIRO, S., «Collaring the crime, not the criminal: Reconsidering White-collar crime», *American Sociological Review* 55:346-65, 1990. Tomado de SHOVER, N., «El delito...», *cit.*, pág. 459.

²⁶⁶ MARTOS NUÑEZ, *Derecho...*, *cit.*, pág. 150.

ocasional, 3) cualificación socioeconómica de la infracción²⁶⁷. A las que suman, en opinión de BAJO FERNÁNDEZ / BACIGALUPO SAGGESE²⁶⁸, las siguientes: 4) La lesión de la confianza en el tráfico mercantil; 5) el abuso de la credulidad o ignorancia de la víctima; 6) la utilización de especial astucia por parte del autor para impedir su descubrimiento, bien porque presenta el hecho como ilícito, bien porque impide por diferentes motivos la denuncia de la víctima; 7) la conciencia de la ilicitud del hecho, pero no de su trascendencia criminal; 8) la creación de una imagen de honorabilidad; 9) la pertenencia del autor a un sector de actividad económica.

Por lo que respecta a los factores criminológicos que determinan este tipo de delincuencia, LINARES ESTRELLA diferencia dos postulados²⁶⁹: 1) Por un lado hallamos los factores personales referidos a la pertenencia del autor a un elevado estatus social que provoca una estima social contraria a la delincuencia común, dada la imagen de honorabilidad e integridad que estos delincuentes intentan mantener; siendo su inteligencia y astucia la que impide su descubrimiento o persecución. 2) De otra parte encontramos los factores sociales que determinan esta forma de delinquir en base a que en el sistema de economía mixta de mercado la libertad de competencia acompañada del

²⁶⁷ GARCÍA PABLOS MOLINA, A., *Problemas actuales de la Criminología*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984, págs. 165 y ss.

En la misma línea: RIGHI, E., *Derecho Penal económico Comparado*, Madrid, 1991, pág. 274

²⁶⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M., / BACIGALUPO SAGESSE, S. *Derecho Penal económico*, Madrid, 2010, pág. 21.

²⁶⁹ LINARES ESTRELLA, A., *Un problema...*, cit., págs. 80 a 82. BAJO FERNÁNDEZ, M., / BACIGALUPO SAGESSE, S., *Derecho...*, cit., págs. 45 y ss.

En la misma línea, HERRERO HERRERO analiza las formas de aparecer la delincuencia como reflejo sociohistórico. HERRERO HERRERO, C., *Fenomenología Criminal y Criminología comparada*, Madrid, 2011, págs. 47 y ss.

legítimo deseo de enriquecimiento es un factor determinante de ciertas formas de actividad económica, siendo el éxito económico el que somete al individuo a la necesidad del dinero y del consumo; siendo, igualmente, factores desencadenantes de esta forma de criminalidad la gran labilidad que la moral sufre en el ámbito económico y la escasa delación o denuncia del hecho delictivo.

Así, dado el movimiento evolutivo de la política económica en el siglo XIX, con la que se pasó de una economía individualista a una economía de mercado dirigida por el Estado, con la que se da lugar a la protección de nuevos bienes jurídicos que pretenden la tutela de un nuevo orden socioeconómico²⁷⁰, se hizo necesaria una reforma legislativa que cubriera el vacío legal de aquellos comportamientos delictivos inherentes a la modernización de la economía que no se encontraban regulados expresamente en el Derecho Penal común, dándose paso a la tipificación de nuevos ilícitos penales²⁷¹, esto es, delitos económicos, que atención a la tesis de TIEDEMANN, son aquellos comportamientos que contradicen la conducta «acorde con la imagen de su correcto comerciante y que, por su ejecución y efectos, además de lesionar intereses individuales, pueden poner en peligro la vida económica o el orden que la rige»²⁷².

En este sentido, apunta GARCÍA PABLOS que la delincuencia económica supone una especie de la de cuello blanco, aunque, sin duda, es la de mayor repercusión socioeconómica²⁷³. De igual modo, para

²⁷⁰ TIEDEMANN, *Poder económico...*, cit., págs. 24 y ss.

²⁷¹ LINARES ESTRELLA, A., *Un problema...*, cit., pág. 21.

²⁷² TIEDEMANN, K., «El concepto de Derecho económico, Derecho penal económico y delito económico», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 28, 1986, págs. 66. TIEDEMANN, K., *Poder económico...*, cit., págs. 10 y 11.

²⁷³ GARCÍA PABLOS MOLINA, A., *Problemas actuales...* cit., pág. 165.

BAJO FERNÁNDEZ / BACIGALUPO SAGESSE la expresión «White collar» está siendo desbancada por la de delincuencia económica, ya que la delincuencia de las clases superiores que reviste mayor interés criminológico y jurídico es precisamente la economía²⁷⁴. Del mismo modo, MUÑOZ CONDE estima que el concepto de delincuencia de cuello blanco es poco utilizado en la dogmática jurídica porque el Derecho Penal económico es también Derecho Penal de acto y no de autor, lo cual no excluye que en algunos tipos delictivos sean especialmente relevantes determinadas cualidades personales de los sujetos activos, ya que, al fin y al cabo, muchos de ellos son delitos especiales²⁷⁵.

En base a lo expuesto afirman BAJO FERNÁNDEZ / BACIGALUPO SAGESSE que en la literatura criminológica se usan varias expresiones para referirse al fenómeno de la criminalidad económica que, aunque similar, no puede identificarse con delito económico como categoría jurídica²⁷⁶; aunque, como hemos apuntado, parte de la doctrina estime que la expresión delincuencia de cuello blanco y delincuencia económica se refieren al mismo fenómeno²⁷⁷.

En esta línea, el Derecho Penal económico trata de facilitar la labor científica sobre una materia nueva que ha protagonizado un desarrollo legal importante en los últimos años. Así, ya que en la

²⁷⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M., / BACIGALUPO SAGESSE, S., *Derecho...*, cit., pág. 23.

²⁷⁵ MUÑOZ CONDE, F., «La ideología...», cit., pág. 111.

²⁷⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M., / BACIGALUPO SAGESSE, S., *Derecho...*, cit., págs. 20 y 21.

²⁷⁷ LINARES ESTRELLA, A., *Un problema...*, cit., págs. 13 y 14.

En la misma línea: ZAMBRANO PASQUEL, A., *Política Criminal...*, cit., pág. 215.

actualidad se está observando una tendencia a considerar que la peculiaridad de este tipo de delincuencia no radica tanto en la personalidad del autor y su pertenencia a una capa social elevada, como en la especial manera de comisión del delito, esto es, en el *modus operandi* –en cuanto a abuso de la confianza depositada en el tráfico económico-²⁷⁸, TIEDEMANN determina que el crecimiento parcialmente violento de la economía en un sistema de competencia libre o jurídica y socialmente constreñida, libera al mismo tiempo una considerable energía criminal y hace descender la conciencia moral límite con la finalidad principal de obtención de ganancias legítimas difusas hacia una economía de beneficio a cualquier precio; resolviéndose, por tanto, acumulativamente el incremento cuantitativo que en los últimos tiempos viene dándose en la criminalidad económica y la conciencia social frente a este fenómeno²⁷⁹.

Señalan BAJO FERNÁNDEZ / BACIGALUPO SAGESSE que el propio sentido del Derecho Penal «frente a la delincuencia que alguien calificó de inextirpable, aparece controvertido en este campo, donde el legislador, el juez y el delincuente participan del mismo nivel cultural, pertenecen a la misma clase social y comulgan en una similar ideología»; siendo relevante la operatividad de esta rama del Derecho Penal, dada la trascendencia que ciertas formas delictivas acarrearán a través de la lesión social²⁸⁰. Y es que la delincuencia económica no sólo afecta a daños de carácter económico o material²⁸¹, sino también inmaterial²⁸²; así los

²⁷⁸ En este sentido: LINARES ESTRELLA, A., *Un problema...*, cit., págs. 39 y 40.

²⁷⁹ TIEDEMANN, K. / ARROYO ZAPATERO, L., *Estudios de Derecho Penal económico*, Castilla La Mancha, 1994, págs. 11.

²⁸⁰ BAJO FERNÁNDEZ, M., / BACIGALUPO SAGESSE, S., *Derecho...*, cit., pág. 20.

²⁸¹ En esta línea, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ determina que el delito económico se encuentra unido inexorablemente al móvil del tipo infringido, esto es, el dinero; ya que, según su opinión, de un lado se intenta lograr un enriquecimiento y de otro se evita que ese caudal obtenido se vea disminuido por los controles establecidos.

daños materiales se refieren al perjuicio financiero al que se da lugar con la delincuencia económica, que en la actualidad supera la totalidad de los casos por el resto de la delincuencia²⁸³, mientras que los inmateriales se determinan en la pérdida de confianza en el tráfico mercantil, la deformación del equilibrio de mercado y la eliminación de la competencia, que a su vez pueden dar lugar al quebrantamiento del sistema financiero-²⁸⁴.

En último término, es importante destacar los efectos característicos de la delincuencia económica, que en concreto se refieren a²⁸⁵:

1) Efecto de resaca o espiral, según el cual quien primero delinque, debido a la fuerte competencia, presiona al resto de los competidores en el mercado a la comisión de nuevos hechos delictivos, convirtiéndose cada participante en un eje de nueva resaca (espiral).

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, J. I., *Investigación criminal. Una visión innovadora y multidisciplinar del delito*, Barcelona, 2009, pág. 146.

²⁸² LINARES ESTRELLA, A., *Un problema...*, cit., págs. 71 y 72.

En este sentido, destaca GONZÁLEZ RUS «con ser de gran importancia los daños personales y económicos que provoca, son de mayor relieve aun los llamados daños materiales». GONZÁLEZ RUS, J. J., *Los intereses...*, cit., pág. 38.

²⁸³ TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho Penal económico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona, 1993, págs. 225 y ss.

²⁸⁴ Determinan los autores en cita que muestra de la gravedad de la pérdida de confianza la encontramos en la crisis del mercado financiero que estalló en 2008, aunque de su carácter delictivo no se tenga aún constancia. BAJO FERNÁNDEZ, M., / BACIGALUPO SAGESSE, S., *Derecho...*, cit., pág. 25.

²⁸⁵ LINARES ESTRELLA, A., *Un problema...*, cit., págs. 72 y 73. BAJO FERNÁNDEZ, M., / BACIGALUPO SAGESSE, S., *Derecho...*, cit., pág. 26. GONZÁLEZ RUS, J. J., *Los intereses...*, cit., págs. 38 y ss.

2) Efecto de reacción en cadena de víctimas en cuanto que la crisis del empresario defraudado por el delincuente económico se va extendiendo como las fichas de dominó, es decir, supone el primer eslabón de una cadena de víctimas en la que se transmite las dificultades de pago y las quiebras, sobre todo en las épocas de rescisión económica.

3) El poder corruptor que la delincuencia económica ejerce sobre la Administración Pública involucrando a los funcionarios públicos, dadas las características sociales y económicas del autor.

4) El lucro obtenido por el autor, en atención la idea de que la delincuencia económica se caracteriza por ser un delito de enriquecimiento.

En base a lo señalado, creemos que ya que la dinámica incriminadora de estos delitos depende de la formación de una conciencia social que reproche dichas conductas, se hace preciso el control social jurídico-penal en este ámbito. Así, a pesar de que la criminalización de personas con un considerado estatus social normalmente presenta dificultades a nivel punitivo, hay que tener presente que los ataques contra el orden socio-económico sobre el sistema de economía de mercado ha de sancionarse desde la esfera legal con el fin de alcanzar un equilibrio entre la competencia y la lucha contra el abuso; en este sentido consideramos necesaria la intensificación de las medidas protectoras de la competencia, con el fin primordial de reducir la delincuencia económica y preservar la estructura socio-económica que se pretende tutelar. En base a ello, y dado que en la actualidad la actividad económica atraviesa un período de crisis que repercute en la criminalidad

económica, entendemos necesario un examen legislativo punitivo con el objeto de relativizar dichos problemas.

Sin embargo, estimamos que lo expuesto no implica que tal fenómeno se halle enraizado en dificultades a la hora de llevar a cabo una prevención eficaz; siendo, entre otros, los problemas que mayor trascendencia suponen en el delito económico²⁸⁶:

1) La apariencia externa de los hechos, en el sentido de que resulta complejo determinar si una operación económica específica supone un acto lícito o ilícito.

2) La ausencia de negativa valoración social, dada la sobreestimación colectiva del valor del éxito económico, la posición social del autor o la consideración de que sólo se lesiona el sector público; lo cual acarrea, a su vez, una modificación de la frontera de la moral en el ámbito económico, a partir del cual la sociedad considera este tipo de conductas como lícitas, no aceptando el reproche jurídico-penal.

3) La indulgencia con la que la opinión pública ha venido juzgando estos hechos que dan lugar a la facilidad para ocultar el hecho, la escasez de denuncia y la elevada cifra negra en este ámbito delictivo.

²⁸⁶ En este sentido: RIGHI, E., *Derecho...*, cit., págs. 303 y ss. BAJO FERNÁNDEZ, M., / BACIGALUPO SAGESSE, S., *Derecho...*, cit., págs. 27 a 29. BALL, R. A., «El enfoque de la teoría general de sistemas aplicado a los delitos organizacionales de cuello blanco», *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al Prof. SERRANO GÓMEZ*, Madrid, 2006, págs. 122 y ss.

4) La dificultad de persecución pública del delito económico, basada en la redacción de sus tipos, el conocimiento de la técnica penal y el propio sistema de la prueba.

II.- Análisis empírico.

Ya que, como anteriormente hemos apuntado, en los últimos años los datos estadísticos sobre los efectos de la delincuencia económica van en aumento, parece necesario introducir datos empíricos que nos permitan analizar este fenómeno. En este sentido, si nos centramos en el volumen de condenas referidas a los delitos contra el *patrimonio y el orden socioeconómico* -Título XIII del Libro Segundo, «Delitos y sus penas», del Código Penal- podemos observar los siguientes valores²⁸⁷:

| Año | Total Condenados | Título XIII |
|------|---------------------|----------------|
| 2005 | 114.731 | 33.444 |
| 2006 | 127.099 | 36.238 |
| 2007 | 147.160 | 50.918 |
| 2008 | 206.396 | 50.726 |
| 2009 | 221.916 | 50.838 |
| 2010 | 213.878 | 50.791 |

²⁸⁷ Instituto Nacional de Estadística. Seguridad y Justicia. Estadística condenados.

Esto significa que los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico suponen entre un 23 y un 29 % del número total de condenados, es decir, casi un tercio de los delitos cometidos por los reos españoles lo son por delitos relacionados con el Título XIII de nuestro Código Penal.

Sin embargo, es escasa la aplicación práctica que en la actualidad tienen los delitos contenidos en la Sección 3, «Delitos relativos al mercado y a los consumidores», del Capítulo XI, «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores», del Título XII CP, «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico». Así, si concretamos las diligencias previas llevadas a cabo por el Ministerio Fiscal en los delitos relativos al *mercado y a los consumidores* los datos son los siguientes²⁸⁸:

| Año | Diligencias Título XIII CP | Diligencias Delitos: mercado y consumidores |
|------|----------------------------|---|
| 2005 | 2.153.877 | 240 |
| 2006 | 2.017.276 | 57 |
| 2007 | 2.200.702 | 101 |
| 2008 | 2.347.076 | 100 |

²⁸⁸ Memorias elevadas al gobierno de S. M., presentadas al inicio de los años judiciales 2006 a 2011 por el Fiscal General del Estado.

| | | |
|------|-----------|-----|
| 2009 | 2.310.147 | 91 |
| 2010 | 2.032.722 | 140 |

En este sentido, y ya que el objeto de estudio de esta tesis es el delito de publicidad engañosa, estimamos conveniente analizar las siguientes cifras basadas en el número de sentencias localizadas en la jurisdicción penal en relación a este tipo²⁸⁹:

| Año ²⁹⁰ | Autos / Sentencias vía penal | Condenatorias |
|--------------------|---------------------------------|------------------|
| 2000 | 2 | 0 |
| 2001 | 1 | 0 |
| 2002 | 3 | 2 ²⁹¹ |
| 2003 | 1 | 1 ²⁹² |

²⁸⁹ Aranzadi Online-WestlaES

²⁹⁰ Desde la incriminación de este delito en el Código Penal de 1995 hasta el año 2000 no se ha encontrado ninguna sentencia ni auto incoado en virtud del delito de publicidad engañosa.

²⁹¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 383/2002, de 28 de junio (ARP 2002/525), referente a la edición y puesta en circulación de trípticos que anunciaban la apertura de una escuela en la que se cursarían estudios homologados cuando en realidad el proceso de homologación no había concluido y se truncó meses más tarde.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real 218/2023, de 11 de noviembre (ARP 2003/263), sobre el empleo de etiqueta no coincidente con las características esenciales de lo envasado.

²⁹² Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja 17/2003, de 12 de febrero (ARP 2003/331), sobre el empleo de contraetiquetas y precintos

| | | |
|------|---|------------------|
| 2004 | 3 | 0 |
| 2005 | 4 | 0 |
| 2006 | 2 | 0 |
| 2007 | 1 | 0 |
| 2008 | 5 | 1 ²⁹³ |
| 2009 | 4 | 0 |
| 2010 | 2 | 0 |
| 2011 | 0 | 0 |
| 2012 | 1 | 1 ²⁹⁴ |

De esta manera, si observamos los datos ofrecidos podemos determinar que de las veintinueve resoluciones judiciales dictadas desde la incriminación del delito publicitario en el Código Penal de 1995 tan sólo cinco de ellas condenan por el delito de publicidad engañosa²⁹⁵.

simulados del Consejo Regulador con el fin de comercializar un producto con unas características de las que carecía el producto.

²⁹³ Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 14/2008, de 17 de marzo (JUR 2008/182235), referida a la adquisición de una vivienda en una urbanización con determinados servicios comunes por los que los perjudicados pagaron un precio sin llegar a tener los servicios ofrecidos, -esto es servicios comunes, zona de recreo y e jardín, piscina y juegos infantiles- por tratarse de viviendas aisladas.

²⁹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 115/2012, de 9 de febrero (jur 2012/142652), sobre ofrecimiento por Internet puestos de trabajo, previa formación por la que se pagaban sobre 3.000 euros, siendo la misma de baja calidad y no existiendo realmente el puesto de trabajo prometido.

²⁹⁵ Hay que apuntar, en este sentido, que quizás uno de los motivos que afectan a la escasa jurisprudencia condenatoria por este

Ello nos conduce a la siguiente conclusión: Parece evidente que la actual redacción que tipifica este delito no resulta especialmente adecuada de cara a promover los objetivos que pretende, como se comprobará al analizar los elementos de este delito, muestra de ello es la escasa jurisprudencia que sobre esta materia se ha dictado.

Así, en base a lo analizado entendemos que: 1) Los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico suponen casi un tercio del total de condenas impuestas en nuestro país; 2) las infracciones penales contra el patrimonio y el orden socioeconómico motivan el volumen más elevado de incoaciones²⁹⁶.

En atención a ello, consideramos, pues, que la Política Criminal, en cuanto a «preocupación del hombre por encontrar medidas eficaces para luchar contra la criminalidad»²⁹⁷, ha de quedar destinada a provenir a favor de la lucha contra el crimen que el Derecho Penal proporciona desde una visión antropocéntrica del fenómeno a partir de la cual el alejamiento de conceptos vagos y ambiguos la lleven a la determinación de pormenorizadas proposiciones para cada figura delictiva, es por eso que la investigación de la delincuencia económica en la criminalidad resulta fundamental, en el sentido apuntado.

delito se deba a que nuestros tribunales han entendido, en diferentes ocasiones, que el delito de publicidad engañosa, cuando ya la estafa se ha iniciado en su ejecución y el engaño radica sólo en tal publicidad, queda absorbido en ésta.

²⁹⁶ En este sentido: Memoria elevada al Gobierno de S. M. Presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado, Excmo. Sr. D. CÁNDIDO-CONDE PUMPIDO TOURÓN, Madrid, 2010.

²⁹⁷ SÁINZ CANTERO, J. A., *La Ciencia...*, cit., pág. 39.

PARTE SEGUNDA

*ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE
PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN EL CÓDIGO PENAL.*

***CAPÍTULO I.- EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL
TIPO PUBLICITARIO.***

I.- Cuestiones introductorias.

Como estima MORILLAS CUEVA, la función del Derecho Penal moderno pasa por la protección de bienes jurídicos del ciudadano y de la comunidad, con el objeto de mantener en orden la convivencia social²⁹⁸. El análisis de las fundamentales premisas sobre las que se mueve el bien jurídico se hace preciso la hora de determinar el estudio dogmático y político de la figura que en virtud de este trabajo se está investigando, ello en atención a la delimitación, por un lado, de los que debe ser protegido y, por otro, del objeto realmente protegido por la norma penal positiva²⁹⁹.

En contra de lo que un restringido sector de la doctrina considera al asentar la esencia del bien jurídico desde una orientación puramente

²⁹⁸ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...* cit., págs. 93 y 94.

²⁹⁹ Sobre el sentido del bien jurídico: MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 2011, págs. 161 y 162.

sociológica³⁰⁰, hemos de movernos hacia la fundamentación del bien jurídico en aras al constitucionalismo³⁰¹, por cuanto que la tutela penal de los consumidores y usuarios debe garantizar los derechos e intereses de los ciudadanos, conforme a la protección otorgada en el art. 51 de la Constitución española.

ROXIN confía en una teoría enfocada a la Constitución al introducir que los bienes jurídicos «son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema»³⁰². Sin embargo, autores como HASSEMER o JAKOBS se mueven sobre

³⁰⁰ HASSEMER, W., «Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico», *Doctrina Penal*, nº 46/ 47, Buenos Aires, 1989, págs. 275 y ss. Del mismo autor: «¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?», trad. SPÍNULO TÁRTALO, *La teoría del bien jurídico ¿Fundamentos de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid/ Barcelona, 2007, págs. 104 y ss. JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, ed. trad. de CUELLO CONTRERAS / SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Madrid, 1997, págs. 57 y ss. AMELUNG, K., «El concepto de bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos», trad. ORTIZ DE URBINA GIMENO, *La teoría del bien jurídico ¿Fundamentos de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid/ Barcelona, 200, pág. 104.

³⁰¹ CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal español. Parte General*, I, Madrid, 2002, págs. 59 y 60. RUDOLPHI, H. J., «Diferentes aspectos del concepto de bien jurídico», *Nuevo Pensamiento Penal*, nº 5, 1975, págs. 337 a 347. BRICOLA, F., «Teoría general del reato», *Novísimo Digesto italiano*, XIX, 1973, págs. 14 y ss. MANTOVANI, F., *Diritto Penale*, Padova, 2007, págs. 194 y ss.

³⁰² ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General*, I, *Fundamentos, la estructura de la Teoría del delito*, trad. LUZÓN PEÑA, D. M. / DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. / DE VINCETE REMESAL, J., Tomo I, Madrid, 1999, reimpresión de 2006, págs. 55 y 56. En este sentido: CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho...*, cit., pág. 59.

las premisas sociológicas³⁰³; así, mientras que para HASSEMER el bien jurídico supone una posibilidad para asentar las normas punitivas en los factores sociales de criminalización, en atención a la relación que fundamenta el derecho y la vida³⁰⁴; JAKOBS determina el delito por medio de la dañosidad social del comportamiento, sin intermediación de un bien jurídico, aunque relega éste a la protección de las normas, en base a que, según su opinión, las normas que pasan la pantalla de la dañosidad social son normas protectoras de bienes jurídicos, normas para la creación de tales bienes y normas para proteger la paz jurídica³⁰⁵.

Así, el análisis del bien jurídico protegido, por cuanto que tiene «un papel sumamente relevante como integrante de la función de protección básica en la comprensión del Derecho Penal moderno», tal y como manifiesta MORILLAS CUEVA³⁰⁶, da lugar al examen de las peculiaridades que son comunes a los delitos socioeconómicos, a los delitos contra los consumidores y en último término, requiere, del mismo modo, el análisis dogmático y político criminal del bien jurídico que se tutela a través del delito de publicidad engañosa.

³⁰³ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...*, cit., pág. 97.

³⁰⁴ HASSEMER, W., «Lineamientos...», cit., págs. 275 y ss. Del mismo autor: «¿Puede haber...?», cit., pág. 104.

³⁰⁵ Esto no obstante, JAKOBS orienta su tesis hacia la idea de que la finalidad del Derecho Penal no es la protección de bienes jurídicos sino la confirmación de vigencia de la norma, planteamiento sistemático-funcionalista. JAKOBS, G., *Derecho Penal...*, cit., pág. 57.

³⁰⁶ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...* cit., pág. 105.

Es decir, en base a lo señalado el examen del bien jurídico protegido del delito de publicidad engañosa conduce a abordar el estudio de la dogmática jurídica y jurisprudencial que en el tratamiento del valor jurídico protegido tanto de los delitos socioeconómicos, como de los delitos contra los consumidores y del propio delito de publicidad engañosa se ha llevado a efecto; ya que la tutela penal ha de orientar su protección hacia una visión práctica de la misma que ponga en evidencia su contenido constitucional, en este caso reflejado en la determinación del art. 51 de nuestra Carta Magna.

II.- Bien jurídico protegido en los delitos socioeconómicos.

1.- Aspectos introductorios.

En primer término, antes de adentrarnos en el estudio formal del bien jurídico de los delitos socioeconómicos hemos de aclarar que el Derecho Penal económico, se halla regido por idénticos principios jurídicos en los que el propio Derecho Penal, desde su perspectiva ordinaria, se determina; de ello se extrae que, con independencia de la proyección del aspecto económico o socioeconómico, el objeto de estudio en ambos casos será el mismo. Así, cabe destacar que la doctrina ha venido usando las expresiones de «Derecho Penal socioeconómico», «Derecho Penal de la economía» u otros términos similares con el objeto de calificar la naturaleza del objeto que trata de proteger³⁰⁷; sin embargo, existe, al menos apriorísticamente, una

³⁰⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal. Parte*

respuesta, en lo que la teoría general fundamentadora de estos delitos se refiere, común a todos ellos.

Centrándonos, ahora sí, en el análisis que fundamenta el bien jurídico tutelado en este tipo de delitos³⁰⁸, no es discutible que en la última década los delitos económicos han jugado un papel protagonista, en base a que el grado de complejidad y gravedad de las irregularidades económicas sobrepasa las fronteras nacionales para afectar a la competencia internacional³⁰⁹. Es por ello, que el legislador ha ido expandiendo su ámbito de intervención con la creación de nuevas figuras delictivas -lo que científicamente se ha denomina expansionismo del Derecho Penal- lo cual ha conllevado que otros sectores del Ordenamiento jurídico hayan visto cómo su proyección de tutela haya ido en detrimento.

En este sentido, estima MORILLAS CUEVA que dicho fenómeno es relativamente nuevo, que está sin concluir, en continuo proceso de transformación, que es poco homogéneo y que incide de manera desigual en factores como la economía, la cultura, la política, el derecho, etc.³¹⁰ Así, el autor en cita determina que la globalización en

General, Madrid, 1978, pág. 29.

³⁰⁸ Por cuanto que, según MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, se configura como el conjunto de razones que permiten justificar la intervención del Derecho Penal, en la idea de que se caracteriza como un *prius* lógico de la justificación de los contenidos esenciales merecedores de tutela penal, en lo que al del delito y a la pena se refiere MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General*, Valencia, 2011, pág. 140.

³⁰⁹ SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., págs. 67 y 68.

³¹⁰ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...*, pág. 126.

su relación con el Derecho Penal hace que, como fenómeno esencialmente económico que es, se derive hacia la mundialización de determinadas manifestaciones delictivas que requieren de respuesta transnacional; se produce, según su opinión, una globalización del crimen y una globalización de las respuestas frente a crimen³¹¹.

Sobre esta idea, propone MORILLAS CUEVA que el Derecho Penal del futuro afronte esta situación en base al principio de intervención mínima, sin caer en un exceso ínfimo, pero al mismo tiempo afrontando las nuevas formas de criminalización de delincuencia bajo la cobertura de absoluto respeto a los principios limitadores del moderno Derecho Penal, entre los que se encuentra el carácter de *ultima ratio*. Penalización- despenalización son las pautas que han de conformar, en atención a su doctrina, el devenir del Derecho punitivo en su aproximación a los aspectos más positivos de la globalización, y su rechazo a los más negativos. Una estructura penal, en conclusión, más cercana a la de un Derecho Penal mínimo que a un descontrolado expansionismo o a un inquietante simbolismo por la no aplicación real de sus normas³¹².

De igual manera, SILVA SÁNCHEZ constata que la creación de nuevos bienes penales, la ampliación de los espacios de riesgo penalmente relevantes, la flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político criminales de garantía- basados en las siguientes causas de expansionismo: aparición de nuevos riesgos procedentes del ser humano, dada la generalización de la sensación de inseguridad en el ciudadano, la configuración de una sociedad en la que

³¹¹ *Ibidem*, pág. 127.

³¹² *Ibidem*, pág. 130.

se tiende hacia una restricción de las esferas de actuación arriesgada y la identificación social con la víctima del delito antes que con el autor no terminan de explicar racionalmente por qué las demandas de protección por parte de la sociedad se dirige hacia el Derecho Penal³¹³; en base a ello, el mencionado autor hace hincapié en el necesario cambio de perspectiva, por cuanto que la expansión del Derecho punitivo propugna la «administrativización» del Derecho Penal, con el que se modifica el contenido material de los tipos penales³¹⁴.

Así, podemos observar cómo el Derecho Penal moderno se manifiesta en la Parte Especial del Derecho Penal por medio del incremento de delitos o de la agravación de los mismos. De este modo, ciñéndose al marco de la economía, determina HASSEMER que la legislación punitiva se ha centrado en tres instrumentos de desarrollo. Esto es: en primer lugar la protección de bienes jurídicos ha ido marcando su camino por medio de la tutela de bienes universales y no individuales; del mismo modo, la técnica de los tipos de peligro abstracto ha sido usada como recurso con el que se prescinde de la demostración tanto del perjuicio en sí, como de la relación de causalidad; y en último lugar, como consecuencia de los dos dispositivos anteriores, los bienes jurídicos universales y los tipos de peligro conducen hacia la aparición de delitos sin víctimas³¹⁵, que serán objeto de análisis a lo largo del texto que aquí se presenta.

³¹³ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, Madrid, 2001, págs. 26 y ss.

³¹⁴ *Ibidem*, págs. 121 y ss.

³¹⁵ HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, Valencia, 1995, págs. 27 y ss.

En esta línea, el legislador de nuestro país ha optado por la necesidad de tutela de delitos que se mueven en torno a irregularidades económicas; es por ello que nuestro Texto punitivo protege el orden patrimonial y también el prisma socioeconómico a través de un mismo Título, el Título XIII rubricado «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico».

Sin embargo, el Derecho Penal económico constituye uno de los sectores de la Parte Especial del Derecho Penal en el que el uso del concepto de bien jurídico es más problemática, en el sentido de que los objetos merecedores de tutela son más complicados de afilar, al afectar a una serie de intereses de distinta naturaleza, respecto a los que existe una relación discrepante, en lo que a intereses individuales y de grupo se refiere³¹⁶.

Así, a pesar de que el legislador español ha tutelado ambas perspectivas, es decir, la protección del orden patrimonial y también del socioeconómico, sin embargo, ha dejado sin resolver claramente la distinción entre los delitos que atentan contra el patrimonio y los que corrompen el orden socioeconómico, por lo que puede decirse que a través de esta problemática el legislador ha introducido importantes cuestiones dogmáticas.

³¹⁶ PEDRAZZI, *El bien jurídico en los delitos económicos, La reforma penal: delitos socio-económicos*, Madrid, 1985, pág. 282.

2.- Distinción entre delitos patrimoniales y socioeconómicos.

Para MUÑOZ CONDE la propia sistemática legal da lugar a la idea de que todos los delitos que se encuentran tipificados en los Capítulos I a IX son delitos contra el patrimonio -Capítulo I «De los hurtos», Capítulo II «De los robos», Capítulo III «De la extorsión», Capítulo IV «Del robo y hurto de uso de vehículos», Capítulo V «De la usurpación», Capítulo VI «De las defraudaciones», Capítulo VII «De las insolvencias punibles», Capítulo VIII «De la alteración de precios en concursos y subastas publicas», Capítulo IX «De los daños», Capítulo X «Disposiciones comunes a los capítulos anteriores»- ; mientras que los tipificados en los Capítulos XI a XIV serían delitos contra el orden socioeconómico -Capítulo XI «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores», Capítulo XII «De la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural», Capítulo XIII «De los delitos societarios», Capítulo XIV «De la reaceptación y el blanqueo de capitales»³¹⁷-. Del mismo modo, para MESTRE DELGADO existe una clasificación sistemática a partir de la cual se agrupan por un lado los delitos patrimoniales -dentro los cuales se ubica el hurto, los robos, la extorsión, el hurto y el robo de vehículos de motor, la usurpación, las defraudaciones y los daños- y por otro los delitos contra el orden socioeconómico –conformado por las insolvencias punibles, la alteración de precios en concursos y subastas públicas, delitos de propiedad intelectual, delitos contra la propiedad industrial, delitos contra el mercado y los consumidores, sustracción de cosa propia

³¹⁷ Para MUÑOZ CONDE la propia sistemática legal da lugar a decir que todos los delitos que se encuentran tipificados en los Capítulos I a IX son «delitos contra el patrimonio», mientras que los tipificados en los Capítulos XI a XIV serán «delitos contra el orden socioeconómico»; pero sin que ello suponga un criterio rígido. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, cit., pág. 488.

a su utilidad social o cultural, delitos societarios y receptación y conductas afines³¹⁸.

Esto no obstante, para otra parte de la doctrina la denominación aportada por el Texto punitivo de 1995 es simplemente una forma de estructurar el Título XIII, por lo cual resulta absolutamente incorrecto considerar que existe una identificación entre el *nomen* delitos contra el orden socioeconómico, previsto en el Título XIII CP, y el bien jurídico protegido de los delitos contenidos en aquél³¹⁹. Lo que, en opinión de MUÑOZ CONDE, se traduce en que el orden socioeconómico, al que se alude en rúbrica del Título XIII del Código Penal, dista de ser un concepto perfilado y dotado de firmes contornos en el panorama doctrinal contemporáneo; lo que quiere decir que la distinción delito contra el patrimonio y delito contra el orden socioeconómico posee un valor sistemático³²⁰. En este sentido, GONZÁLEZ RUS ha manifestado que la división legal que el legislador ha introducido en el Título XIII, se ha hecho «asignando la naturaleza al delito en función del aspecto lesivo que se considera dominante en cada tipo delictivo», sin desconocer que «los delitos económicos a menudo acaban incidiendo en el patrimonio individual, y que, del mismo modo, algunos delitos patrimoniales tienen

³¹⁸ MESTRE DELGADO, E., *Derecho Penal. Parte Especial*, LAMARCA PÉREZ (Coord.), Madrid, 2011, págs. 255 y 256.

³¹⁹ En este sentido: BAJO FERNÁNDEZ, M., «Los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, nº 3, 1980, pág. 20. MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., pág. 26. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Los delitos económicos en el Proyecto de Código Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, pág. 718. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos societarios en el Código Penal español*, Madrid, 1998, pág. 105.

³²⁰ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, cit., págs. 444 y 445.

una trascendencia que va más allá de lo puramente privado». Lo cual supone, según su criterio, que la asignación de una naturaleza u otra a las correspondientes figuras delictivas no puede hacerse «pretendiendo que delitos patrimoniales sean los que afectan exclusivamente a bienes personales y económicos los que lesionan exclusivamente intereses generales»³²¹.

De este modo, pese a que para ROBLES PLANAS los delitos patrimoniales son aquellos en los se contiene una referencia eminentemente personal, mientras que en los socioeconómicos el peso de la referencia recae en lo social³²², expone MUÑOZ CONDE que nos enfrentamos a un mismo tipo de delincuencia aunque la transformación de la economía en los últimos años ha obligado a la configuración de nuevos tipos delictivos³²³.

Así, tradicionalmente, se ha entendido que la forma básica protección jurídica del patrimonio viene determinada por la concepción patrimonial jurídica, de la económica y la mixta³²⁴:

³²¹ GONZÁLEZ RUS, J. J., *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial*, MORILLAS CUEVA (Coord.), Madrid, 2011, págs. 409 y 410.

³²² ROBLES PLANAS, R., *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, SILVA SÁNCHEZ (Dir.), Barcelona, 2001, págs. 199 y 200.

³²³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, cit., pág. 370.

³²⁴ En este sentido: GONZÁLEZ RUS, J. J., *Sistema...*, cit., págs. 410 y 411. CÁCERES, L., *Delitos contra el patrimonio: aspectos penales y criminológicos*, Madrid, 2006, págs. 20 y ss. PÉREZ MANZANO, M., *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Vol. II, Dir. BAJO FERNÁNDEZ, Madrid, 1998, págs. 441 y 442. ROBLES PLANAS, R., *Lecciones...*, cit., pág. 200.

1) Se entiende por jurídica la referida a la relación que vincula al sujeto con la cosa, integrando el patrimonio tanto las cosas privadas de valor económico como las dotadas de valor de afección, esto es, derechos subjetivos patrimoniales de la persona. Siendo sujeto pasivo del delito sólo el titular del derecho patrimonial lesionado.

2) Por su parte, la concepción económica nace de la idea de que lo importante no es la relación del sujeto con el objeto, sino más bien que éste tenga valor económico, con independencia de que los bienes que se encuentran bajo el poder de una persona se concrete o no en un derecho o de que sea o no susceptible de reconocimiento jurídico.

3) Mientras que mixta se determina como el resultado de la combinación de las dos concepciones anteriores, al tomar como base la posición económica, pero incluyendo solamente las cosas que estén en poder del sujeto en virtud de una relación jurídica, quedando excluidas las posiciones de poder fáctico.

De otro lado, como afirman VIVES ANTÓN / GONZÁLEZ CUSSAC se ha sostenido por algunos autores una concepción personal de patrimonio que gira sobre su condición de instrumento de realización de la personalidad y, en consecuencia, sobrevalora el daño subjetivo que pueden producir las distintas conductas lesivas. Opción que, para estos autores, cuadra mal con nuestro Código ya que atiende, ante todo, al dato objetivo del valor económico³²⁵ y que, como señala GARCÍA ARÁN, ha derivado en el denominado concepto funcional que pone de relieve la

³²⁵ VIVES ANTÓN, T.S. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Comentarios al código Penal de 1995*, vol. II, Valencia, 1996, pág. 1109.

utilidad reportada sobre el titular del objeto, antes que en su valor económico³²⁶.

3.- Concepto de Derecho Penal económico.

Una vez analizada la exégesis que el legislador ha querido otorgar al Título XIII de nuestro Texto punitivo conviene, ahora, efectuar un acercamiento a la noción del contenido del Derecho Penal económico. En base a ello, son dos los conceptos barajados de delitos socioeconómicos: de un lado el Derecho Penal económico en sentido estricto y de otro lado el Derecho Penal económico en sentido amplio, que pasamos a estudiar.

La distinción entre Derecho Penal económico en sentido estricto y Derecho Penal económico en sentido amplio fue tomada por el Proyecto alternativo alemán de Código Penal, Título segundo de su Parte Especial («Delitos contra la economía»), y posteriormente por los proyectos españoles de nuevo Código Penal. En este sentido, cabe destacar la obra de BAJO FERNÁNDEZ que, sobre la idea de conceptualizar el Derecho Penal económico de nuestro país, influyó decisivamente en el primer Proyecto español de Código Penal de 1980³²⁷, el cual ofreció, como una de sus mayores novedades, la creación de una agrupación delictiva, rubricada «Delitos contra el orden socio-económico», integrante del Título VIII de la Parte Especial del

³²⁶ GARCÍA ARÁN, M., *El delito de hurto*, Valencia, 1998, pág. 18.

³²⁷ En este sentido: MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., pág. 27.

mencionado Proyecto; expresión posteriormente sustituida por la nomenclatura «delitos socioeconómicos», término que se mantuvo en los textos prelegislativos posteriores y que fue, finalmente, acogido por el Texto punitivo de 1995.

En esta línea, cabe señalar que el Título VIII del Libro II del Proyecto español de Código Penal de 1980, en virtud del cual «se otorga carta de naturaleza como objeto de protección penal al orden económico entendido en su sentido amplio, como equivalente a regulación de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios de tan elevada importancia para el desarrollo del país»³²⁸, cobijaba un amplio catálogo de infracciones económicas, a través de cincuenta y ocho artículos, organizados en once capítulos: insolvencias punibles (Capítulo I), infracciones de propiedad intelectual y derechos concernientes a la competencia y a los consumidores (Capítulo II), infracciones de los derechos de autor (Capítulo III), infracciones relativas al tráfico de medios de pago y crédito (Capítulo IV), delitos laborales (Capítulo V), delitos financieros (Capítulo VI), delitos contra la Hacienda pública (Capítulo VII), delitos relativos al control de cambios (Capítulo VIII), delitos de contrabando (Capítulo IX), delitos contra la ordenación urbanística (Capítulo X) y juegos ilícitos (Capítulo XI).

De igual modo, con la Propuesta de Anteproyecto de 1983 se mantuvo la presencia de un Título propio (Título XII del libro II), con el objetivo de albergar los «Delitos socioeconómicos» -situando a continuación el Título dedicado a los «Delitos contra el patrimonio»- incluyendo dentro del mismo: las infracciones de la propiedad industrial

³²⁸ Exposición de motivos Proyecto español de Código Penal de 1980.

y derechos que conciernen a la libre competencia y a los consumidores (Capítulo I), sustracción de cosa propia a su utilidad social (Capítulo II), delitos laborales (Capítulo III), delitos financieros (Capítulo IV), delitos contra la Hacienda pública (Capítulo V), delitos relativos al control de cambios (Capítulo VI), reduciendo a seis los capítulos integrantes del Título XII «Delitos socioeconómicos» y a treinta y ocho los artículos.

De otro lado, el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal 1992 renunció a consagrar formalmente la autonomía de la categoría de delitos económicos, toda vez que refundió en un mismo título, Título XII, los tradicionales delitos contra el patrimonio individual y los delitos contra el orden socioeconómico, directriz asumida por el Texto punitivo actual. Sin embargo, tal y como se recogía en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Código Penal 1992, existía una delimitación entre los delitos que prevalentemente habían de catalogarse como puramente patrimoniales de los que habían de referirse al orden socioeconómico, conformados, estos últimos por los delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores, sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural, delitos contra los derechos de los trabajadores, delitos societarios y receptación y blanqueo de capitales excluyendo, por tanto, los delitos contra la Hacienda pública y delitos relativos al control de cambio, que anteriormente sí se recogían³²⁹.

³²⁹ Cabe aclararse en este punto que, tal y como señala SIERRA LÓPEZ, se recogen en distintos capítulos las infracciones de los derechos de la propiedad intelectual y de los delitos relativos a la propiedad industrial, con la pretensión de «dar un marcado carácter patrimonial a los primeros y acentuar en los segundos su naturaleza socioeconómica». SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 92.

Por su parte, el Proyecto de 1994 mantuvo la propuesta de Título común de delitos patrimoniales y socioeconómicos, con la misma identificación de capítulos que el Proyecto de 1992 había introducido. Esto es: delitos relativos a de la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores, sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural, delitos contra los derechos de los trabajadores, delitos societarios, receptación y otras conductas afines.

Llegando, finalmente, al texto definitivo de 1995 que, como anteriormente hemos aludido, ha mantenido, en su Título XIII, la rúbrica «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», que tantos problemas dogmáticos ha generado.

Por lo que al contenido de la disciplina se refiere y desde un *sentido estricto* el Derecho Penal económico queda integrado por aquellas infracciones que atentan contra la actividad interventora y reguladora del Estado en la economía, es decir, por aquellas infracciones que se identifican con el Derecho Penal Administrativo económico³³⁰. Lo que según BAJO FERNÁNDEZ significa las normas jurídicas penales que protegen el orden económico, entendiendo por tal la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía. Consiguientemente, siempre en sentido estricto, delito económico es la infracción que lesiona o pone en peligro esa actividad interventora y reguladora del Estado en la economía, quedando reducido a los delitos que atentan contra la determinación o formación de los precios, los

³³⁰ MARTÍNEZ –BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General...*, cit., pág. 88.

delitos monetarios, las infracciones de contrabando, el blanqueo de capitales y el delito fiscal³³¹.

En esta misma línea, para RUÍZ RODRÍGUEZ seguir la concepción estricta significa que el Derecho Penal económico sea el conjunto de normas jurídicas penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica estatal en la economía³³².

De igual modo, SIERRA LÓPEZ considera que la concepción estricta reconduce los delitos socioeconómicos a los hechos que atentan contra la normativa reguladora del ordenamiento de la economía nacional, que afecta al desarrollo y mejora colectivos³³³.

Por su parte, para MUÑOZ CONDE el concepto estricto de Derecho Penal económico no es otra cosa que la intervención directa del Estado en la relación económica, como un sujeto de primer orden, imponiendo coactivamente una serie de normas o planificando el comportamiento de los sujetos económicos³³⁴.

³³¹ BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho Penal económico, aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, pág. 37.

³³² RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R., *Protección penal del mercado de valores (infidelidad en la gestión de patrimonios)*, Valencia, 1997, pág. 29.

³³³ SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., págs. 67.9 y 70.

En este sentido: BAJO FERNÁNDEZ, M., / PÉREZ MANZANO, M. / SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, 1987, pág. 35.

³³⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, cit., pág. 444.

En segundo lugar, y en atención a lo anteriormente señalado, existe otro sector doctrinal que opina que el concepto de *orden público económico* es mucho *más amplio* que el ya expuesto; el mismo se halla caracterizado por incluir las infracciones vulneradoras de bienes jurídicos *supra* individuales de contenido económico que, aunque no afectan de modo directo a la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía, trascienden la dimensión puramente patrimonial individual³³⁵.

En referencia a ello señala TIEDEMANN que hasta hace pocas décadas la opinión dominante entendía por Derecho Penal económico sólo aquella pequeña parte del Derecho Penal que reforzaba con la intimidación penal el Derecho económico administrativo, es decir, el derecho de dirección y control estatal de la economía; pero que, sin embargo, hoy en Alemania se entiende el Derecho Penal económico en un sentido más amplio, como consecuencia del progreso del derecho económico hacia una disciplina autónoma ampliamente separada del Derecho Administrativo³³⁶.

En esta línea, introduce RUÍZ RODRÍGUEZ que el orden público económico lo constituyen las actividades del Estado para

³³⁵ MARTÍNEZ –BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General...*, cit., pág. 88.

³³⁶ Expansión fomentada en Alemania, por una parte, por varias leyes, sobre todo la primera Ley para la Represión de la Criminalidad Económica de 1976 y la segunda de 1986; y por otra parte por la introducción legal de un catálogo de especiales competencias judiciales para los delitos económicos. La expansión del delito se apoya, además, en el criterio penal y criminológico de la realización del hecho a través de una empresa o en beneficio de una empresa. TIEDEMANN, K., *Lecciones...*, cit., págs. 31 y 32.

conformar económicamente a la sociedad y, además, las directrices básicas sobre las que se asientan, en cada momento histórico, el sistema y la estructura económica de esta misma sociedad; por lo que, podemos señalar que, para el autor en cita el concepto de Derecho Penal económico viene referido al conjunto de normas jurídicas penales que protegen el orden económico como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios³³⁷.

Del mismo modo, concreta BAJO FERNÁNDEZ el Derecho Penal económico es el conjunto de normas jurídicas penales que protegen el orden económico, entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, lo que, desde su punto de vista, se extiende a los delitos de insolvencia, competencia ilícita, usura, estafa, fraudes alimentarios, delitos laborales, delitos relacionados con la actividad de las sociedades mercantiles, receptación, malversación de caudales públicos, falsedad de documentos, etc.³³⁸.

Y en este sentido, también se manifiesta RIGHI, quien introduce que al Derecho Penal económico está conformado tanto por el monopolio que afecta a la libre competencia, como los supuestos de lesión a medidas estatales que impiden el acceso a un mercado a determinadas personas³³⁹.

³³⁷ RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R., *Protección...*, cit., pág. 29.

³³⁸ BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal económico, aplicado a la actividad empresarial...*, cit., pág. 14; MARTOS NUÑEZ, J. A., *Derecho...*, cit., pág. 129.

³³⁹ RIGHI, E., *Derecho...*, cit., pág. 321.

MUÑOZ CONDE, a pesar de introducir una definición de lo que él entiende por Derecho Penal económico en sentido estricto, se decanta por una concepción amplia, basada en la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios; rechazando, como hemos expuesto, la determinación estricta en base a la idea de que la misma no es suficiente para abarcar en ella una serie de hechos de gran trascendencia para los intereses socioeconómicos. Así, según su criterio, actualmente nadie discute que el Estado debe intervenir en la economía, no en cuanto a sustitución de la iniciativa privada, sino controlándola y corrigiendo sus excesos, evitando, por tanto, que la economía de mercado se convierta en una jungla dominada por la ley del más fuerte³⁴⁰.

MARTOS NUÑEZ considera que el Derecho Penal económico supone un conjuro de normas jurídicas que pretenden proteger el sistema económico constitucional, entendiendo por tal el conglomerado de instituciones y mecanismos de producción, distribución, consumo y conservación de bienes y servicios que fundamentan el orden socioeconómico justo, objetivo esencial del Estado social y democrático de Derecho³⁴¹.

En base a lo expuesto, cabe reseñar que ha venido siendo frecuente en nuestra doctrina aludir en el ámbito de los delitos socioeconómicos a un bien jurídico mediato –referido a la finalidad objetiva de la norma³⁴²- como noción diferente de la del bien jurídico

³⁴⁰ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, cit., págs. 444 y 445.

³⁴¹ MARTOS NUÑEZ, J. A., *Derecho...*, cit., págs. 130 y 131.

³⁴² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal*

inmediato (también denominado específico o bien jurídico directamente tutelado) –en cuanto a elemento básico de todo delito³⁴³-. Y en este sentido, se ha entendido que el bien jurídico inmediato es el que incorpora al tipo de injusto o tipo de acción de la infracción delictiva de que se trata³⁴⁴, en virtud del que el bien jurídico desplegará la misión de descubrir el sentido y la finalidad de un tipo en el marco de la interpretación teleológica³⁴⁵; no teniendo por qué acreditar el interprete la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado en el caso del bien jurídico mediato, en base a que el mismo no aparece incorporado en el injusto de la infracción correspondiente³⁴⁶.

En esta línea, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ evidencia en los delitos socioeconómicos una tendencia hacia la diferenciación entre el bien jurídico mediato y el inmediato, en el sentido de que, tal y como expone, en los delitos económicos en sentido amplio al lado del bien mediato existirá un bien jurídico específico en sentido técnico, que normalmente será un bien patrimonial de naturaleza puramente individual, aunque en algunos casos puede tratarse de un bien de índole

económico y de la empresa. Parte General..., cit., pág. 146.

³⁴³ *Ibidem*, pág. 146.

³⁴⁴ LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal. Parte General, I*, Madrid, 1996, pág. 302.

³⁴⁵ COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho...*, cit., pág. 320 y ss.

³⁴⁶ PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho Penal económico: bases político-criminales», *Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED*, nº 11, 2003, pág. 148 y ss.; MATA MARTÍN, R., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, 1997, pág. 63 y ss. y 85 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General...*, cit., pág. 148.

supra individual³⁴⁷. Y sobre esta idea entiende que en los delitos económicos en sentido estricto puede diferenciarse un bien jurídico mediato, que se caracteriza por tratarse de un bien colectivo inmaterial o institucionalizado (es decir, integrado por el orden económico general, aunque sea susceptible de división) y un bien jurídico inmediato, de naturaleza colectiva, que es el interés tutelado en sentido técnico³⁴⁸, como a continuación vamos a analizar.

Por otro lado, se ha discutido sobre la relevancia de los bienes jurídicos individuales y colectivos protegidos en los delitos socioeconómicos³⁴⁹. Y es que, según TIEDEMANN la obra colectiva los delitos económicos y el Derecho Penal económico se caracterizan porque el delito económico no sólo se dirige contra intereses individuales, sino también contra intereses social-*supra* individuales

³⁴⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General...*, cit., págs. 157 y 187.

En esta línea: BAJO FERNÁNDEZ/SUÁREZ GONZÁLEZ, en el orden económico en sentido amplio aparece un bien jurídico de segundo orden «detrás de los intereses patrimoniales individuales». BAJO FERNÁNDEZ / PÉREZ MANZANO / SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial (Delitos patrimoniales y económicos)*, Madrid, 1993, pág. 563.

³⁴⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General...*, cit., pág. 159.

³⁴⁹ Estima MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ que en el ámbito de los delitos socioeconómicos en sentido amplio podemos encontrar tanto bienes jurídicos individuales (con proyección mediata sobre algún aspecto del orden socioeconómico) como bienes jurídicos *supra* individuales (que también pueden tener una proyección mediata sobre un interés jurídico más genérico, vinculado al orden socioeconómico), dentro de los cuales podemos encontrar bienes *supra* individuales o colectivos generales, que se caracterizan por ser intereses pertenecientes a la generalidad de las personas que se integran en la comunidad social, y bienes *supra* individuales o colectivos difusos que no afectan a la totalidad de las personas. *Ibidem*, págs. 152 y 153.

(colectivos) de la vida económica, es decir, se lesionan bienes jurídicos colectivos social-*supra* individuales de la economía³⁵⁰.

Así, MORENO y BRAVO constata la concurrencia de las dos clases de bienes inmediatos o específicos existentes en los delitos socioeconómicos:

a) Individuales o personales (con proyección mediata sobre el orden socioeconómico).

b) *Supra* individuales o colectivos, donde diferencia los que afectan a una generalidad de intereses (bienes jurídicos generales) de los que sólo afectan a un grupo de personas por tratarse de intereses sectoriales (bienes jurídicos difusos)³⁵¹.

Hemos de dejar claro que cuando se hace referencia a bienes jurídicos *supra* individuales, también denominados colectivos, no se está aludiendo a una categoría superior a la del individuo, sino que con dicha acepción se pretende aglutinar a todos los miembros de la sociedad o al colectivo que representan³⁵².

Lo que, en base a la tesis de SOTO, queda caracterizado de la forma que a continuación se expone:

³⁵⁰ TIEDEMANN, K., *Lecciones...*, cit., pág. 32.

³⁵¹ MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., pág. 29.

³⁵² En esta línea: SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 101.

1) La titularidad de estos bienes jurídicos es compartida por el conjunto de la sociedad.

2) Generalmente son indisponibles, en el sentido de que es ineficaz el consentimiento en la lesión o puesta en peligro.

3) Es imposible la división del bien jurídico en partes, de manera que pueda atribuirse de forma individual.

4) Poseen naturaleza «conflictual» en la medida en que las fuentes de peligro para los mismos provienen de actividades lícitas que, sin embargo, han de ser sometidas a control³⁵³.

Es decir, en el orden económico podemos observar cómo la determinación del bien jurídico se refiere al bien jurídico mediato; siendo posible esclarecer que en dicho orden cabe la identificación de un bien jurídico inmediatamente tutelado, que posee naturaleza *supra* individual -en el sentido de delito orientado hacia la tutela de un bien colectivo general institucionalizado, no referido directamente a bienes de naturaleza individual-.

Así las cosas, podremos hallar dos situaciones: por un lado, existe la posibilidad de que se den infracciones en las que sea perceptible la presencia tanto de un bien jurídico inmediato como de un

³⁵³ SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en al sociedad moderna*, Granada, 2003, págs. 194 y ss.

bien jurídico mediato y, por otro lado, es igualmente determinable la opción de que esa doble dimensión no llegue a existir. Sobre esta base, introduce RODRÍGUEZ MONTAÑÉS que la construcción de bienes jurídicos intermedios espiritualizados –tal y como se ha denominado por la doctrina³⁵⁴- surge para ser aplicada a delitos de peligro abstracto que se encaminan hacia la protección de bienes jurídicos *supra* individuales inmateriales o espiritualizados, en los que difícilmente cabe la tipificación de una lesión o de una puesta en concreto peligro, dado que la vulneración de los mismos nunca tiene lugar con una acción típica individual, sino por medio de la reiteración generalizada de conductas; por lo que, el autor en cita, propone la técnica de un bien intermedio con función representativa como técnica de tipificación para la tutela de bienes jurídicos inmateriales, ya que es justamente éste el que ha de resultar inmediatamente puesto en peligro o lesionado, sin que sea preciso acreditar la efectiva lesión o puesta en peligro concreto del bien inmaterial mediatamente tutelado³⁵⁵.

Para SIERRA LÓPEZ, en la concepción amplia adquieren plena relevancia los intereses individuales, lo cual implica que la lesión o puesta en peligro se refiere a intereses patrimoniales individuales, afectándose, secundariamente, al orden económico como bien jurídico *supra* individual³⁵⁶.

³⁵⁴ Por todos: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General...*, cit., pág. 160.

³⁵⁵ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, G., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, págs. 300 y ss.

³⁵⁶ SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., págs. 99 y 100.

HUERTA TOCILDO determina que los delitos contra el orden socioeconómico los constituyen aquellas infracciones que, en primer lugar, lesionan un bien jurídico individual, que en nuestro caso será el patrimonio y, en segundo, ponen en peligro el bien jurídico *supra* individual³⁵⁷.

Desde otra perspectiva GONZÁLEZ RUS considera que la infracción de los delitos socioeconómicos da lugar a la lesión de bienes jurídicos *supra* individuales relacionados con la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios (concepción amplia), aunque estima que los comportamientos contemplados en dichos tipos también pueden afectar a intereses patrimoniales privados- entendiendo por tal los intereses individuales-³⁵⁸.

En la misma línea, establece RUÍZ RODRÍGUEZ que desde un concepto amplio debe exigirse que, para ser punible la conducta considerada como delito socioeconómico, no sólo ataque en primera instancia al patrimonio individual, sino que suponga, en segundo término, una lesión o puesta en peligro del bien jurídico *supra* individual³⁵⁹.

³⁵⁷ HUERTA TOCILDO, S., «Los delitos en el proyecto de C.P. de 1980», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 15, 1981, págs. 475 y 476.

³⁵⁸ GONZÁLEZ RUS, J. J., *Sistema...*, cit., pág. 412.

³⁵⁹ RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R., *Protección penal del mercado de valores (infidelidad en la gestión de patrimonios)*, Valencia, 1997, pág.30.

Para RIGHI, igualmente, los bienes jurídicos que protegen los delitos económicos son colectivos, o si se prefiere, *supra* individuales, aunque de ello no se deduce que no pueda, además, quedar protegido el bien jurídico de un particular. Por lo que, en atención a su criterio, la norma penal trasciende la protección de los bienes particulares o individuales, ocupando el bien colectivo el primer lugar, por ser el que otorga fundamento a la prohibición. En los delitos económicos los intereses de la comunidad están situados en primer plano y, por ello, la incriminación no ha tenido en cuenta la esfera privada del individuo y de su patrimonio; aunque reciban protección incidental³⁶⁰.

Desde otra perspectiva HORMAZÁBAL MALARÉE, siguiendo la tesis de BUSTOS RAMÍREZ, considera que la protección de bienes jurídicos universales (o *supra* individuales) no se realiza para la salvaguarda de intereses individuales, sino que a través de ellos se pretende asegurar las condiciones indispensables para que las diversas situaciones sociales básicas puedan producirse. Y en este sentido considera que no se trata de bienes jurídicos individuales, sino, más bien, de bienes jurídicos microsociales y macrosociales; estando, estos últimos, al servicio de los primeros³⁶¹.

En conclusión, nos decantamos por una opción amplia, por considerarla más adecuada dado que la misma se compadece con las necesidades actuales de la sociedad, los delitos dirigidos contra los consumidores han de configurarse como delitos contra el orden

³⁶⁰ RIGHI, E., E., *Derecho...*, cit., págs. 318, 319.

³⁶¹ HORMAZÁBAL MALARÉE, H., «Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español», *Hacia un Derecho Penal económico europeo*, Madrid, 1995, pág. 189.

socioeconómico. En este sentido, estimamos que el mencionado orden socioeconómico ha de quedar referido al conjunto de normas jurídicas penales que se centran en la protección del referido orden, ello desde una configuración amplia, que se asienta sobre la base de la propia regulación jurídica tanto de la producción, como de la distribución e, igualmente, del consumo de bienes y servicios confortantes del sector económico.

Sin embargo, dado que la estructura del orden socioeconómico ha de determinarse desde la mencionada configuración amplia del prisma socioeconómico, creemos que esto ha de darse sin caer en el olvido de la existencia de una dimensión individual que se ubica detrás del colectivo de los consumidores, en cuanto a la existencia del patrimonio individual existente en cada uno de los consumidores y usuarios que conforman nuestra sociedad.

III.- Bien jurídico protegido en los delitos dirigidos estrictamente contra los consumidores.

Ubicados los delitos contra los consumidores en el ámbito de los socioeconómicos procede, ahora, estudiar el valor jurídico protegido en los delitos dirigidos estrictamente contra los consumidores.

En relación con ello, ha de señalarse, en primer lugar, que un importante sector doctrinal estima que nos encontramos ante delitos que

tienen un bien jurídico difuso³⁶², lo que dificulta la concreción que un bien jurídico debe exigir y nos sitúa en un peligroso ámbito de expansionismo penal.

En esta línea, tal y como anteriormente hemos señalado, en el ámbito de los delitos socioeconómicos puede establecerse una línea divisoria diferenciadora entre bienes *supra* individuales o colectivos que afectan a una generalidad de intereses (bienes jurídicos generales) y bienes jurídicos *supra* individuales que sólo afectan a un grupo de personas, en el sentido de que se trata de intereses sectoriales (bienes jurídicos difusos)³⁶³.

En atención a ello estima SIERRA LÓPEZ que dentro de los delitos que protegen el interés *supra* individual o difuso que no es reconducible a bienes individuales y cuya naturaleza sería, por tanto, inmaterial se encuentran los delitos económicos con los que se afecta la estructura básica del sistema social.³⁶⁴

La construcción de la teoría de los bienes jurídicos difusos es esbozada por TIEDMANN, quien determina que los bienes jurídicos *supra* individuales de la esfera económica no pueden ser incluidos en la categoría de los intereses jurídicos pertenecientes al Estado, pero que tampoco pueden ser identificados con los intereses de un sujeto

³⁶² MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., pág. 30.
SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 104. GONZÁLEZ
RUS, J. J., *Los intereses...*, cit., pág. 32.

³⁶³ MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., pág. 29.

³⁶⁴ SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 104.

económico individual que interviene en el tráfico económico³⁶⁵. En esta línea, considera GONZÁLEZ RUS que con tal denominación se quiere hacer referencia a los intereses propios de categorías, clases o grupos de sujetos, desde su sentido genérico, por cuanto que la expresión viene a indicar un «conjunto de intereses pertenecientes a sujetos diversos que se encuentran en la misma situación en relación a un bien o interés y respecto del que tienen exigencias del mismo tipo»³⁶⁶.

De modo que el alumbramiento de estos bienes de protección sectorial se fundamenta en la idea de que la sociedad actual, caracterizada como sociedad de riesgo, se ha orientado, entre otras cosas, a la protección de intereses de titularidad compartida entre muchos ciudadanos porque, dada la incapacidad de los esquemas clásicos de llevar a cabo una tutela eficaz, se ha tenido que acudir a los mismos para proteger intereses meramente individuales, de carácter social y de naturaleza vaga o difusa³⁶⁷. Así, se dice que con este tipo de bienes se protegen los intereses propios solamente de un sector concreto de la sociedad³⁶⁸; es decir, la doble componente individual y colectiva que caracteriza el interés difuso de los consumidores «puede fragmentarse en la pluralidad de situaciones subjetivas que lo integran»³⁶⁹.

³⁶⁵ TIEDEMANN, K., *Lecciones...*, cit., pág. 35.

³⁶⁶ GONZÁLEZ RUS, J. J., *Los intereses...*, cit., pág. 82.

³⁶⁷ En este sentido: SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., págs. 106 y 107. DOVAL PAIS, A., «Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios, en *Intereses difusos y Derecho Penal*», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, pág. 28.

³⁶⁸ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., págs. 101 y 102.

³⁶⁹ GONZÁLEZ RUS, J. J., *Los intereses...*, cit., pág. 86.

En esta línea, cabe señalar la sentencia, de 30 de noviembre de 2005, de la Audiencia Provincial de Barcelona (JUR 2005/270397), fundamento de derecho noveno, en la que se afirma que «el artículo 282 del Código Penal trata de una figura delictiva que tiende a proteger un interés difuso, de una colectividad, los consumidores».

Por su parte, señala DOVAL PAIS que estos bienes de carácter difuso, que vienen a proteger intereses individuales que ante nuevas fuentes de peligro no pueden verse eficazmente protegidos con los sistemas tradicionales de defensa, se caracterizan por las siguientes notas³⁷⁰:

-Son intereses de los que participan todos los ciudadanos o amplios grupos sociales.

-Tienen un origen fáctico (asociativo, organizativo).

-Han surgido en ámbitos generadores de conflictos.

-Poseen titularidad pluri-subjetiva.

-Su contenido y fundamento se constituye no sobre la base de estos intereses individuales tradicionales, sino a partir de ellos mismos.

Siendo, por tanto, la característica principal de éstos el hecho de que la titularidad de los referidos bienes es colectiva; es decir, en ellos

³⁷⁰ DOVAL PAIS, A., «Estructura...», cit., pág. 28.

participan todos los ciudadanos, o, en su caso, determinados sectores sociales concretos³⁷¹.

De otro lado, debe destacar, en línea con lo ya afirmado, que, aunque los bienes intermedios son intereses *supra* individuales, los mismos están vinculados a un bien jurídico individual (personal); es decir, no hay una protección penal autónoma al bien colectivo, sino que éste se protege en tanto en cuanto va referido a un bien individual³⁷². De lo cual se extrae que no existe, por consiguiente, una protección penal autónoma al bien jurídico colectivo, sino que éste se protege en tanto en cuanto va referido a un bien de naturaleza individual.

De otra parte, ha de señalarse que la técnica mayoritariamente utilizada para brindar protección al interés colectivo de los consumidores, es la del *delito de peligro*. En el sentido de que es suficiente con que se ponga en riesgo de lesión el bien jurídico que se pretende proteger, a diferencia de lo que sucede con los delitos de lesión en los que se requiere que, para su consumación, se produzca una real conculcación del bien jurídico³⁷³. Es decir, para el caso de los delitos de lesión, el menoscabo del objeto jurídico tutelado es efectivo; mientras que en los delitos de peligro, a lo que se llega es a una anticipación de la línea de intervención penal a un momento anterior al de la efectiva lesión, consumándose con la concurrencia de un mero

³⁷¹ SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., págs. 108 y 109.

³⁷² *Ibidem*, págs. 104 y 105.

³⁷³ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General, t. II, vol. I, Teoría jurídica del delito. Nociones generales. El delito doloso: Juicio de antijuricidad*, Madrid, 2008, pág. 85.

peligro para el bien jurídico, concebido como «una simple probabilidad de lesión»³⁷⁴.

MUÑOZ CONDE cree que la técnica utilizada para ofrecer protección al interés colectivo al que hemos aludido es la del delito de peligro³⁷⁵. Del mismo modo, según MORENO BRAVO, la tipificación el Derecho Penal económico se realizará por medio de delitos de peligro abstracto³⁷⁶.

En el mismo sentido, la jurisprudencia es reiterativa a la hora de afirmar el carácter de peligro de este tipo de delitos. Y en pos de ello la sentencia 228/2000, de 3 de abril, de la Audiencia Provincial de Granada (ARP 2000/2424), ha señalado que la protección penal debe ir dirigida «a un colectivo indeterminado de personas, debiéndose acreditar capacidad lesiva a una generalidad de ellas, los consumidores globalmente considerados», en cuanto a delito de peligro, basado en la protección de un bien jurídico colectivo y difuso. Del mismo modo, la Audiencia Provincial de La Rioja en sentencia 17/2003, de 12 de febrero (ARP 2003/331) afirma, en su fundamento de derecho sexto, que el comportamiento típico del art. 282, en cuanto a marco a partir del cual lleva a efecto una actividad relativa a los consumidores, es un tipo de delito de peligro³⁷⁷.

³⁷⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General...*, cit., pág. 192.

³⁷⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial...*, cit., pág. 443.

³⁷⁶ MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., pág. 31.

³⁷⁷ En la misma línea se manifiestan las sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 101/2005, de 22 de marzo (ARP 2005/129). Sentencia Tribunal Supremo 357/2004, de 19 de marzo (RJ 2004/1848). Sentencia número 608/2008, de 12 de diciembre de la

Pero, no en vano, los delitos de peligro se dividen, a su vez en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. Así:

- En los delitos de peligro concreto el peligro forma parte del tipo, siendo, por tanto, necesaria la demostración de la efectiva puesta en peligro del bien protegido³⁷⁸; es decir, estos delitos tienen expresamente establecida en el tipo la necesidad de que se haya provocado una concreta situación de peligro³⁷⁹. Lo que según MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ supone un resultado consistente en la creación de un concreto peligro de lesión para el bien tutelado³⁸⁰.

- Mientras que los delitos de peligro abstracto son aquellos en que el tipo penal se reduce simplemente a describir una forma de comportamiento que según la experiencia general representa en sí misma un peligro para el objeto protegido sin necesidad de que se haya

Audiencia Provincial de Sevilla (ARP 2009/391); sentencia 7/2008, de 14 de febrero, de la Audiencia Provincial de Salamanca (ARP 2009/979); Auto número 605/2008, de 9 de octubre de la Audiencia Provincial de Madrid (JUR 2009/107071); sentencia 14/2008, de 17 de marzo de la Audiencia Provincial de A Coruña (JUR 2008/182235); Auto número 311/2006, de 30 de mayo de la Audiencia Provincial de Castellón (JUR 2007/42454); sentencia 15/2005, de 11 de abril, de la Audiencia provincial de Burgos (ARP 2005/268). Sentencia del Tribunal Supremo 27/2009, de 26 de enero (RJ 2009/812). Sentencia del Tribunal Supremo 1097/2009, de 17 de noviembre (RJ 2009/5847).

³⁷⁸ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General*, t. II..., cit., pág. 85.

³⁷⁹ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General...*, cit., pág. 350.

³⁸⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General...*, cit., pág. 192.

verificado³⁸¹; es decir, se presupone que ciertas conductas entrañan siempre peligro de manera que su realización se supone, sin más, peligrosa según un juicio que proporciona la experiencia social³⁸².

Es decir, en palabras de MORILLAS CUEVA, en los delitos de peligro abstracto el peligro no pertenece a las características del tipo, sino que únicamente existe una presunción de que la situación es peligrosa por sí misma, sin que ello sea preciso concretarlo en el caso específico³⁸³; por lo que es suficiente la comprobación de una peligrosidad general de la acción del sujeto activo para un bien jurídico, sin que, por ende, «se requiera concreción del peligro, que denote una probabilidad inmediata o próxima de lesión»³⁸⁴.

Ello se traduce en que el legislador incrimina las conductas no por su peligrosidad, sino por la valoración, generalmente estadística, que demuestra que en la mayoría de las ocasiones en que esa conducta se ha producido ha resultado ser peligrosa; es decir, hay, pues, una simple presunción de peligro. En este sentido, estima MIR PUIG que será requisito necesario el hecho de realizar un juicio *ex ante* acerca de la peligrosidad de la conducta³⁸⁵.

³⁸¹ MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., págs. 31 Y 32.

³⁸² QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General...*, cit., pág. 350.

³⁸³ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General, t. II...*, cit., pág. 85.

³⁸⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General...*, cit., págs. 192 y 193.

³⁸⁵ MIR PUIG, S., *Derecho...*, cit., págs. 165 y 166.

Dicho esto, hemos de saber que para TIEDEMANN los delitos de peligro abstracto constituyen una adecuada forma de reacción del Derecho Penal en el ámbito de los bienes jurídicos *supra* individuales (colectivos)³⁸⁶. Mientras que para otro sector doctrinal la técnica de los delitos de peligro abstracto da lugar a la indeterminación de la frontera del peligro, permitiéndose justificar el adelantamiento de las barreras de protección penal, sin exigir que una persona individual determinada entre en la órbita de la acción peligrosa³⁸⁷; y, en este sentido, estiman que es más adecuado hablar de delito de peligro hipotético, dado que el mismo constituyen una situación intermedia entre el delito de peligro abstracto (que recordamos se limita a establecer la presunción *iuris et de iure* de que una acción es peligrosa para un bien jurídico), y el delito de peligro concreto (que exige la efectiva puesta en peligro del bien tutelado)³⁸⁸. Siendo lo verdaderamente identificador de estos delitos «la incorporación explícita al injusto de elementos típicos normativos de aptitud, o sea, elementos de valoración sobre la potencialidad lesiva de la acción del agente, cuya concurrencia habrá de ser constatada por el juez»³⁸⁹.

³⁸⁶ Por todos TIEDEMANN, K., *Manual...*, cit., pág.67.

³⁸⁷ Por todos: DEMETRIO CRESPO, E., «A propósito del bien jurídico en el delito publicitario tipificado en el artículo 282 del Código Penal», *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, Cuenca, 2005, págs. 159 y ss.

³⁸⁸ En este sentido: PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 155.

En la misma línea, determina DEMETRIO CRESPO que la configuración del tipo como delito de peligro hipotético, que no exige por tanto un peligro concreto, pero sí un peligro potencial o lo que es lo mismo, una peligrosidad concreta de la conducta para el bien jurídico individual complementado, podría venir a suavizar en parte la ausencia de una carga de legitimidad suficiente que justifique el tipo penal. DEMETRIO CRESPO, E., «A propósito...», págs. 170 y 171.

³⁸⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General...*, cit., pág. 195.

Así, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ determina que las principales diferencias existentes entre los delitos de peligro abstracto formal y los de aptitud está en que mientras que en los delitos de peligro abstracto formales el interés abstracto resulta vulnerado con la mera infracción de la prohibición, sin que el injusto penal incorpore restricción típica alguna; con delitos de peligro hipotético se exige una idoneidad objetiva de la conducta para producir el perjuicio de los intereses de los consumidores, debiendo ser dicho perjuicio grave y manifiesto³⁹⁰.

PUENTE ABA establece que con los delitos de aptitud o de peligro hipotético no se castiga simplemente la realización de una conducta abstractamente peligrosa, sino que se exige que, en el supuesto concreto, se demuestre que tal actuación es efectivamente idónea para producir un peligro concreto para un bien jurídico³⁹¹.

Ahora, según estima la autora en cita, es necesario que el intérprete realice, con estos tipos de peligro hipotético, dos juicios para determinar la tipicidad de una conducta; esto es, en primer lugar se hará un juicio *ex ante* para concretar si la conducta del agente es apta para producir un peligro para el bien jurídico, además de subsumirse formalmente en el tipo, y en segundo término, se llevará a cabo un juicio *ex post* que verifique el cumplimiento del requisito de aptitud, la posibilidad del resultado de peligro, es decir, averiguar si en el caso concreto ha sido posible un contacto entre la acción y el bien jurídico,

³⁹⁰ *Ibidem*, pág.193 y 194.

³⁹¹ PUENTE ABA, L. M., *Los delitos contra los consumidores (artículos 281 a 283 del Código Penal)*, Valencia, 2003, pág. 18.

como consecuencia del cual se hubiera podido producir un peligro efectivo para ese bien jurídico. En otros términos, afirma que es necesario acreditar no solo la peligrosidad de la acción sino también la posibilidad del resultado peligroso³⁹².

A modo de conclusión, el estudio del bien jurídico protegido en los delitos dirigidos estrictamente contra los consumidores se ha centrado en la convergencia de los elementos que dificultan una intervención penal restrictiva en la materia; de un lado, el carácter colectivo del bien jurídico y de otro la naturaleza jurídica de dicho bien protegido.

Por lo que se refiere al carácter colectivo de este tipo de delitos, entendemos que a través del mismo se afecta a la estructura básica del sistema social, relegándose su protección a los bienes jurídicos *supra* individuales, en el sentido de que la lesión de tales valores que protegen los intereses colectivos no se produce por cada acción, sino por la reiteración generalizada de actos individuales contrarios al sistema.

En cuanto a la naturaleza del bien jurídico protegido en los delitos contra los consumidores, generalmente delitos de peligro abstracto, estimamos que no resulta necesario que se cree un daño, sino que es suficiente con la presunción de que la situación es peligrosa por sí misma; por lo que el desmedido expansionismo penal al que se puede dar origen a través de esta técnica debe resolverse, tal y como señala MORILLAS CUEVA, teniendo en cuenta que la intervención mínima es un criterio fundamental de política criminal dirigido al legislador

³⁹² PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 156.

como regla de actuación punitiva únicamente en los casos en que sea absolutamente necesario, pero dicho principio no puede ser utilizado para desproteger a la sociedad de los ataques más intensos a bienes jurídicos relevantes³⁹³.

IV.- Bien jurídico protegido en el delito de publicidad engañosa.

El precepto que es objeto de atención, el artículo 282 del CP, tipifica el denominado delito publicitario, determinándose como el paradigma de los delitos socioeconómicos, ubicado sistemáticamente en la Sección III del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal.

Sin embargo, si tenemos en cuenta las posiciones que en torno al bien jurídico tutelado en el delito de publicidad engañosa se han planteado hemos de observar una cuádruple dimensión; lo cual supone uno de los mayores problemas que en torno a este delito se plantean. En este sentido, las distintas posiciones doctrinales son: El buen sistema de mercado, la libertad de disposición económica, la veracidad y los intereses de los consumidores, que pasamos a analizar.

³⁹³ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General*, t. II..., cit., págs. 158 y 159.

a) *Institución esencial para el buen del sistema de mercado.*

Desde esta teoría, la protección ofrecida al delito de publicidad engañosa es consecuencia de la defensa otorgada a la confianza en una actividad publicitaria como medio de acercamiento de los productos o servicios a los consumidores, con lo que, se está teniendo en cuenta el correcto funcionamiento del sistema económico³⁹⁴.

Así, podemos decir que desde esta perspectiva la competencia actúa como límite de la libertad de empresa, lo que acarrea que el individuo tenga que respetar un conjunto de valores (valor de mercado, de concurrencia, de competitividad, de productividad empresarial o eficiencia económico-social, de adecuación socioeconómica de la actividad empresarial) que determinan el funcionamiento de la competencia en el propio sistema económico. Por lo que la protección ofrecida al delito de publicidad engañosa puede ser consecuencia de la defensa otorgada al conjunto de los consumidores, en el sentido de que se protege la confianza en una actividad publicitaria como medio de acercamiento de los productos o servicios a los consumidores, y como consecuencia de ello se estarían teniendo en cuenta el correcto funcionamiento del sistema económico³⁹⁵.

En base a lo afirmado, SIERRA LÓPEZ estima que el delito de publicidad falsa en su origen evitaba que el comerciante obtuviera una ventaja desleal frente al resto de competidores -ya que los

³⁹⁴ SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., 117.

³⁹⁵ *Ibidem*, págs. 111 y 112.

intereses de los consumidores se encontraban protegidos solo de modo indirecto-. Así, estima la autora en cita, que lo que aquí se protege es la competencia como instrumentación, esto es, el interés de los que intervienen en la actividad económica siempre que la competencia sea transparente.³⁹⁶

En este sentido, deben ser traídas a colación las palabras de ERHARD quien, resaltando la importancia de la relación entre la actividad publicitaria y los consumidores, afirma que las mejores mercaderías podrían permanecer en los almacenes de una empresa y pudrirse si no se dan a conocer adecuadamente al público consumidor mediante la correcta campaña publicitaria³⁹⁷, pero ello ha de desarrollarse sobre la base de determinados valores de mercado ya que, tal y como afirma MORENO y BRAVO, si se despliega alguna promoción publicitaria falsa que provoque una desigualdad entre los competidores que concurren al mercado, con el consiguiente perjuicio para los empresarios que ven que sus productos no son elegidos por los consumidores porque éstos están recibiendo una información mendaz sobre las condiciones de los primeros, se llevará a efecto una paralización de la colocación de los productos o servicios de estas empresas en el mercado³⁹⁸.

Del mismo modo, TIEDMANN considera que a través del delito que estamos estudiando se protegerían tanto los intereses de los consumidores como los de los competidores, ya que con la publicidad

³⁹⁶ *Ibidem*, págs. 111 y 112.

³⁹⁷ Tomado de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Consideraciones...», pág. 36.

³⁹⁸ MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., pág. 36.

como instrumento de la competencia se persigue tanto la promoción de ventas, la dirección del consumo, como la creación de necesidades en este ámbito³⁹⁹. En referencia a ello, la sentencia del Tribunal Constitucional 146/1996, de 19 de septiembre de 1996 (RTC 1996/146), fundamento de derecho cuarto, manifiesta que en el control de la actividad publicitaria ilícita «no son sólo los derechos e intereses de los consumidores los tutelados, sino, también, el de los competidores y, muy especialmente, el interés público en el mantenimiento en el mercado de un orden comercial libre y no falseado».

En contra de lo señalado, CARRASCO ANDRINO rechaza esta tesis, dada su excesiva vaguedad e imprecisión. La autora en cita opina, a este respecto, que el tipo penal vigente, a diferencia del Proyecto de Código Penal de 1992, sólo tiene en cuenta el posible perjuicio del consumidor. De manera que si las alegaciones falsas causaran un perjuicio a otros competidores, no resultarían penalmente típicas. Sin embargo, esta tesis sí era aplicable al artículo 287 del Proyecto de Código Penal de 1992, por cuanto que la desvalorización típica de las alegaciones falsas se hacía depender alternativamente del perjuicio al consumidor o a los demás concurrentes en el mercado⁴⁰⁰.

³⁹⁹ TIEDEMANN, K., «Nebenstrafrecht einschliesslich Ordnungswidrigkeitenrecht (Wettbewerbsrecht)», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (86), 1974, pág. 1021. Tomado de SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 112.

⁴⁰⁰ CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., pág. 87.

En este sentido SÁNCHEZ GARCÍA afirma el carácter pluriofensivo del delito. SÁNCHEZ GARCÍA, I., «El nuevo delito...», pág. 562, afirma el carácter pluriofensivo del delito.

b) *Libertad de disposición económica.*

Desde esta teoría, hay un bien jurídico común a todos los delitos de competencia desleal, y este es la libertad de competir. En este sentido, estima DELMATO CELSO que la libertad que todos tienen de competir es el bien jurídico que la ley penal aquí efectivamente resguarda⁴⁰¹. Del mismo modo, MUÑAGORRI LAGUÍA considera que el interés tutelado en este tipo delictivo es la libertad de disposición económica del consumidor, en la contratación de los productos o servicios ofertados o publicitados⁴⁰².

Sin embargo, desde esta posición considera SIERRA LÓPEZ que nos encontramos con la figura delictiva del tipo del artículo 282 sólo cuando pueda ponerse en peligro la libre disposición de un gran número de consumidores, dado que la libertad de disposición económica es un interés de naturaleza individual, pero al que ha de otorgarse carácter *supra* individual a fin de que puede justificarse como bien jurídico protegido. En base a esta consideración, estima la autora en cita que la lesión del bien jurídico individual se convierte en la lesión de un bien colectivo cuando con el delito se afecta a un gran número de personas⁴⁰³.

Así, la figura delictiva que estamos analizando sólo se ve tutelada cuando pueda ponerse en peligro la libre disposición de un gran

⁴⁰¹ DELMATO CELSO, *Delitos de concurrencia desleal*, Buenos Aires, 1973, págs. 14 y ss.

⁴⁰² MUÑAGORRI LAGUÍA, I., *La protección...*, cit., págs. 72 y 73.

⁴⁰³ SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 117.

número de consumidores, dado que con la presencia de un bien jurídico individual a lo que se da lugar es a problemas de encuadre en lo que a la protección de intereses colectivos se refiere; en base a que, dado que la libertad de disposición es un interés de naturaleza individual, ha de otorgársele carácter *supra* individual con el fin de justificarse como bien jurídico protegido⁴⁰⁴.

Es decir, la posición doctrinal defensora de la libertad de disposición económica como bien jurídico protegido es rechazada por autores como SIERRA LÓPEZ en atención a dos concepciones: la primera referida a que las propias características del supuesto bien jurídico no se corresponde con las necesidades que debe cumplir el mismo, al ubicase la conducta delictiva dentro del marco de los delitos contra el orden socioeconómico; y la segunda fundamentada en la idea de que con este delito no se sanciona la publicidad engañosa capaz de lesionar la libertad de voluntad del consumidor, sino que lo que se castiga es aquella publicidad que causa un perjuicio al mismo; determinando, así, que de apreciarse falsedad publicitaria debe admitirse la presencia del delito, pero no por la lesión a una libertad de disposición *supra* individual, sino porque lo que efectivamente se siente lesionado son los intereses económicos de los consumidores⁴⁰⁵.

En esta línea, CARRASCO ANDRINO señala que no se admite, según su opinión, como bien jurídico protegido la libertad de disposición económica del consumidor dado que, aunque es cierto que el engaño publicitario incide sobre la libertad de elección del consumidor, sin embargo no es éste el criterio de desvalor adoptado en

⁴⁰⁴ *Ibidem*, pág. 117.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, págs. 118 y 119.

el tipo penal; ya que el tipo delictivo que estamos estudiando se refiere, de manera genérica, al posible perjuicio al consumidor, de modo que en principio hay que entender incluidos tanto los peligros sobre el patrimonio como los que puedan recaer sobre la salud o vida del consumidor. Además, estima que la Ley General de Publicidad recoge un supuesto de ilicitud que puede incidir de una manera más intolerable sobre la libertad de disposición económica, sin que, en cambio, ello haya dado lugar a intervención penal específica⁴⁰⁶.

c) Principio de veracidad.

Esta tesis representa la posición doctrinal mayoritaria que basa su criterio en la idea de que el bien jurídico protegido es el derecho a recibir una información veraz.

Así, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO señala, en relación a este principio de veracidad, que la promulgación de la Constitución de 1978 marcó un hito fundamental para la protección de los consumidores en nuestro país, al incluir un artículo específicamente dedicado a consagrar esa protección, se trata del art. 51⁴⁰⁷. Según el

⁴⁰⁶ Se refiere, CARRASCO ANDRINO, al caso de publicidad subliminal, en el que la facultad de elección del consumidor se ve anulada no ya por la existencia de un engaño, sino porque el mensaje publicitario y su asociación a determinadas sensaciones se reciben y se asimila de manera inconsciente. CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., págs. 86 y 87.

⁴⁰⁷ Estima el autor en cita que este precepto constitucional se inspira en la referida Resolución del Consejo del CEE, de 14 de abril de 1975 relativa a un Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección y de información de los consumidores, donde se enumeran como derechos del

autor en cita, este artículo ha venido a reconocer al más alto nivel los derechos que con carácter general se considera que deben tener los consumidores y su efecto fundamental radica -según el art. 53, apartado 3 de la propia Constitución- en que su contenido se constituye como principio que ha de inspirar la promulgación de leyes y la actuación de autoridades y Tribunales⁴⁰⁸.

En la misma línea, cabe mencionar que nuestra Carta Magna reconoce y protege el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, en el apartado primero del art. 20. Con lo que se concibe, por tanto, la veracidad como uno de los principios generales integrantes de la publicidad económica⁴⁰⁹.

Además, la exigencia de veracidad publicitaria es constante en la normativa reguladora de productos y servicios. En este sentido, el Estatuto de Publicidad de 1964 hizo referencia a este principio, exigiendo el respeto de la verdad para evitar la deformación de los hechos o la inducción a error, en sus artículos 6 y 8, y lo consideró como un servicio definido para los consumidores, y como un instrumento ordenado para orientar la libertad de elección de los mismos y para favorecer la lícita concurrencia en el mercado, según se su artículo 10. En la misma línea, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley

consumidor un conjunto de derechos idénticos a los previstos en el artículo 51 de nuestra Constitución. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La protección...», cit., págs. 14 y ss.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, pág. 68.

⁴⁰⁹ En este sentido: SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., págs. 112 y ss.

General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, reconoce, en su artículo 8, como uno de los derechos básicos de los consumidores el principio de veracidad de los medios publicitarios.

En este sentido, dado que la exigencia de veracidad publicitaria es constante en la normativa reguladora de productos y servicios, la misma se ha identificado doctrinalmente como bien jurídico protegido en el delito de publicidad engañosa: el derecho a la información veraz de los consumidores o el interés de éstos en la veracidad de los medios publicitarios.

En este sentido, CHOCLÁN MONTALVO reconoce como objeto inmediato de protección, en el delito de publicidad falsa, el derecho de los consumidores a recibir una información veraz en la actividad publicitaria⁴¹⁰. TAMARIT SUMALLA manifiesta, por su parte, que el bien jurídico protegido en este delito de publicidad engañosa es el derecho de los consumidores a una información veraz sobre los productos y servicios ofrecidos en el mercado⁴¹¹. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ entiende que el específico bien jurídico que se protege en el delito de publicidad engañosa queda definido como la veracidad de los medios publicitarios⁴¹². MORENO y BRAVO estima que el interés de los consumidores de obtener la máxima

⁴¹⁰ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «El delito...», cit., pág. 2.

⁴¹¹ TAMARIT SUMALLA, J.M., «La tutela...», cit., págs. 333 y 334.

⁴¹² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte Especial*, Valencia, 2011, pág. 227.

información veraz se convierte en la finalidad primordial que persigue el principio de veracidad⁴¹³.

Dentro de esta tesis, destacan también la de BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGESSE quienes estiman, igualmente, que el bien jurídico protegido en este delito se concreta específicamente en el derecho a la información veraz sobre los diferentes productos o servicios que facilitan el conocimiento adecuado sobre el uso, consumo y disfrute de los mismos⁴¹⁴; SUÁREZ GONZÁLEZ considera que el bien jurídico de la publicidad engañosa se concreta en el derecho a una información veraz sobre los productos y servicios que se ofertan en el mercado⁴¹⁵; GONZÁLEZ RUS estima que el artículo 282 que castiga el delito de publicidad engañosa trata de un delito dirigido a «la tutela de los intereses económicos de los consumidores», más concretamente, el interés en garantizar «el principio de veracidad en la actividad publicitaria, que constituye requisito fundamental para asegurar su libertad de elección de productos y servicios»⁴¹⁶; CASTELLÓ NICÁS determina que el tipo penal del artículo 282 protege a los consumidores en cuanto a destinatarios de una publicidad cuya veracidad tienen derecho a exigir y en cuanto a que también tienen derecho a elegir libremente los artículos

⁴¹³ MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., pág. 36.

⁴¹⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGESSE, S., *Derecho...*, cit., págs. 557 y 558.

⁴¹⁵ SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, vol. II, BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), Madrid, 1998, 542.

⁴¹⁶ GONZÁLEZ RUS, J. J., *Sistema...*, cit., pág. 601.

que adquieren o los servicios que desean que se les presten en base a una publicidad auténtica⁴¹⁷.

Del mismo modo, VALLE MUÑIZ / MORALES PRATS introducen que la identificación de un bien jurídico digno de tutela no presenta dificultades pues, el derecho de los consumidores y usuarios a recibir una información veraz de los productos y servicios ofertados en el mercado, goza de un anclaje constitucional y legal indudable; estiman, en este sentido, que el bien jurídico se configura en torno al concepto de veracidad de la información⁴¹⁸.

Para SANTAELLA LÓPEZ, los destinatarios o receptores de la publicidad obtienen su principal amparo respecto a los mensajes publicitarios mediante la represión de la publicidad engañosa, que en nuestro Derecho se instrumenta por medio del derecho de veracidad⁴¹⁹.

Según DEL MORAL GARCÍA el bien jurídico aquí protegido radica en el derecho de los consumidores a recibir una información veraz de servicios por parte del mercado, pues solo así se garantiza una auténtica libertad de elección de los productos y servicios por parte del consumidor⁴²⁰.

⁴¹⁷ En esta línea: CASTELLÓ NICÁS, N., *Comentarios...*, cit., pág. 225.

⁴¹⁸ VALLE MUÑIZ, J. M. / MORALES PRATS, F., *Comentarios...*, cit., pág. 850.

⁴¹⁹ SANTAELLA LÓPEZ, M., *Introducción...*, cit., pág. 269.

⁴²⁰ DEL MORAL GARCÍA, A., «La protección...», cit., págs. 111 Y 112.

Para CARTAGENA PASTOR, el bien jurídico protegido viene constituido por el derecho de los consumidores a una información veraz para así mantener la libertad de elección para adquirir un producto o servicio⁴²¹.

En opinión de RUBIO LARA el bien tutelado se centra la veracidad de los medios publicitarios⁴²². De igual manera, TERRADILLOS BASOCO señala que el bien jurídico protegido en este tipo delictivo, que se enraíza, tal y como anteriormente hemos señalado, en el artículo 51 de la Constitución Española, se centra en la veracidad de los medios publicitarios⁴²³.

DEMETRIO CRESPO señala que con el delito de publicidad engañosa del artículo 282 CP se trata de tutelar el derecho a recibir una información veraz sobre los productos o servicios anunciados⁴²⁴.

Al hilo de lo expresado, y en atención al tratamiento constitucional de la publicidad engañosa, establece RUÍZ-RICO LÓPEZ-LENDÍNEZ que la exigencia de veracidad que se impone a la actividad publicitaria supondrá un límite a la libertad de iniciativa

⁴²¹ CARTAGENA PASTOR, F., «Publicidad ilícita...», cit., pág. 122.

⁴²² RUBIO LARA, P. A., *Parte Especial del Derecho Penal Económico (una aproximación al estado de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia españolas)*, Madrid, 2006, págs. 92 y 93.

⁴²³ TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, NICOLAS GARCÍA RIVAS (Coord.), CUENCA, 2005, pág. 146.

⁴²⁴ DEMETRIO CRESPO, E., «A propósito...», cit., pág. 170.

económica del empresario dentro del ámbito publicitario, y que contribuye a la igualdad y libertad, a la que hace referencia el artículo 9.2 CE⁴²⁵.

Sobre la base de las premisas aquí expuestas, cabe señalar que también la jurisprudencia se ha manifestado en este sentido, y en base a ello destaca la sentencia 228/2000, de 3 de abril, de la Audiencia Provincial de Granada (ARP 2000/2424) que introduce que la finalidad de la norma punitiva del artículo 282, «no es otra que la protección a la información veraz de las ofertas y publicidad en el mercado».

Sin embargo, existen posturas doctrinales en contra de esta teoría y, en esta línea, SIERRA LÓPEZ no coincide con la posición que defiende tesis de veracidad como bien jurídico digno de tutela, basándose, para ello, en las siguientes razones:

En primer lugar estima que no toda alegación falsa realizada a través de un medio publicitario es penalmente relevante; solo lo es aquella que aparece como adecuada para causar un perjuicio.

Luego de ser el bien jurídico protegido el derecho a recibir información veraz, ni se hubiera mencionado la necesidad de las alegaciones falsas y manifestación de características inciertas idóneas para ocasionar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, ni

⁴²⁵ RUIZ-RICO LÓPEZ-LENDÍNEZ, J. J., «Comentarios al artículo 51 CE», *Constitución española de 1978*, t. IV, ALAZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), Madrid, 1984, pág. 416.

tampoco aparecería el artículo 282 entre los delitos contra el orden socioeconómico.

En segundo término, entiende la autora en cita que el ámbito de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios rebasa la protección del consumidor, en el sentido de que los conceptos de destinatario de la publicidad y consumidor no son técnicamente equiparables; y es que, según su opinión, todo consumidor es destinatario de la publicada, pero no todo sujeto pasivo de la actividad publicitaria ostenta la cualidad de consumidor. Por ello de haber elegido el legislador penal el derecho a recibir información veraz, afirma SIERRA LÓPEZ, que éste hubiera aludido a los mismos sujetos a los que se refiere la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En último término, estima que tampoco puede verse el principio de veracidad o el derecho de los consumidores a recibir información veraz sobre los bienes y servicios, como una especie de autorregulación de los participantes en el mercado; pues en la actualidad aparece solo como una forma de control de las conductas en el mercado⁴²⁶.

En este sentido, la autora⁴²⁷ considera que es precisamente la exigencia de veracidad lo que ha llevado a un sector de la doctrina penal a confundir el bien jurídico protegido del artículo 282 con el derecho a recibir una información veraz sobre bienes y servicios, al entender que el medio publicitario es el que defiende el interés digno de

⁴²⁶ SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 114.

⁴²⁷ Quien se basa en la idea de que el artículo 282 defiende los intereses económicos de los consumidores frente a las actuaciones empresariales de promoción de ventas y publicidad de productos que tienden a atraer a posibles clientes comerciales. *Ibidem*, pág. 130.

tutela. Y continua exponiendo que ciertamente el principio de veracidad es un principio que informa la normativa civil, mercantil y administrativa en materia de promoción y publicidad; pero estima que el papel que juega en estos cuerpos legislativos no es el que el Código Penal ha querido otorgarle, entre otras razones porque en los sectores jurídicos mencionados el principio de veracidad se enmarca en el juego de la economía de mercado, protegiendo a todos sus participantes y no únicamente a los consumidores. En el Código Penal es innegable que el principio de veracidad rige en esta fase precontractual, pero en la medida en que no se castiga toda alegación falaz sino solo las que afectan a los intereses económicos de los consumidores, carece de entidad para poder elevarlo a la categoría de bien jurídico⁴²⁸.

En la misma línea, CARRASCO ANDRINO rechaza, igualmente, la posibilidad de que el delito publicitario integre un bien jurídico encaminado a la salvaguarda de la veracidad en los medios publicitarios como una condición previa que preserva los intereses del consumidor. Así, estima la autora en cita que no se protege la veracidad en la publicidad, porque para que las alegaciones falsas sean típicas se exige que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, a no ser que el posible perjuicio se interprete como equivalente a engaño de consumidor; y, además, opina que el principio de veracidad se define en la Ley General de Publicidad y el Ley de Competencia Desleal desde el parámetro subjetivo de la inducción a error al consumidor, no desde la falsedad objetiva de lo manifestado⁴²⁹.

⁴²⁸ *Ibidem*, págs. 130 y 131.

⁴²⁹ Esta autora considera más acorde con la estructura típica del precepto analizado situar el objeto jurídico tutelado en los intereses individuales del consumidor, ya que el tipo requiere la puesta en peligro directa de dichos intereses. CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., págs. 85 y 86.

d) Intereses de los consumidores.

Por la propia existencia de relaciones de conflictividad entre los sujetos que participan en el mercado un sector doctrinal defiende la idea de que el bien jurídico protegido, en el delito de publicidad engañosa, son los intereses en sí mismos considerados de los propios consumidores.

El mencionado planteamiento se basa en que con la promulgación de la Constitución Española de 1978 se da paso al reconocimiento y a la protección de los intereses de los consumidores⁴³⁰. En esta línea, cabe señalar que, tal y como establece BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, el significado del artículo 51 de nuestra Carta Magna se centra en la limitación a la libertad de empresa, que pretende establecer un equilibrio en las relaciones entre la empresa y el consumidor, con la idea de defender a la parte más débil, esto es consumidor, por no tener ésta posibilidades suficientes de hacer valer sus derechos individualmente⁴³¹.

En el mismo sentido, estima BAJO FERNÁNDEZ que con la prohibición de publicidad engañosa lo que se pretende es preservar el

⁴³⁰ En este sentido se manifiesta BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: «La protección...», cit., págs. 22 y 23.

⁴³¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La protección...», cit., págs. 22 y 23.

interés del consumidor, como parte más débil, frente a la del empresario⁴³².

Por su parte, SUÁREZ GONZÁLEZ considera que esa tesis vendría respaldada, por tanto, por la rúbrica de la Sección 3ª del Capítulo XI «De los delitos relativos al mercado y a los consumidores», que conlleva a la determinación de que sea el interés económico y social de los consumidores el bien jurídico tutelado por el delito previsto en el artículo 282 CP⁴³³.

En esta línea se manifiesta la jurisprudencia dado que como señala la sentencia 9/2001 del Juzgado de lo Penal núm. 23 de Madrid, de 29 de enero (APR 2001/10), la protección de la marca tiene como finalidad la de satisfacer «los legítimos intereses de los consumidores y usuarios». Del mismo modo, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja 17/2003, de 12 de febrero (ARP 2003/331), determina que en este tipo de delito lo que se intenta proteger son «los intereses de los consumidores».

Esta tesis, viene referida, desde una perspectiva jurisprudencial, tanto a los intereses económicos como los intereses sociales de los consumidores; mientras que para un sector de la doctrina científica viene determinada únicamente en los intereses económicos, y no sociales de los dichos consumidores.

⁴³² BAJO FERNÁNDEZ, M., «Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones criminales», *Hacia un Derecho Penal económico europeo*, Jornadas en Honor del Prof. KLAUS TIEDEMANN, Madrid, 1995, pág. 64.

⁴³³ *Ibidem*, pág. 542.

En base a la primera de las posturas señaladas es amplia la jurisprudencia que se centra en la idea de que el bien jurídico protegido en el delito de publicidad engañosa son tanto los intereses económicos como los intereses sociales de los consumidores. Así:

- La sentencia número 34/2000, de 15 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Toledo (ARP 2000/3009) estima que «es esencial a la hora de llevar a término cualquier interpretación del precepto legal no olvidar la perspectiva de los intereses socio-económicos (...) de los consumidores».

- La sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja 17/2003, de 12 de febrero (ARP 2003/331), manifiesta, por su parte que el bien jurídico protegido en este delito «se despliega en los intereses económicos y sociales de los consumidores».

- La sentencia de 30 de noviembre de 2005, de la Audiencia Provincial de Barcelona (JUR 2005/270397) dice que «no puede entenderse excluidos del tipo los perjuicios que no sean estrictamente económicos, porque, de ser así, los perjuicios para la salud y la seguridad de los consumidores tan sólo tendrían protección muy parcial en concretos preceptos del Código Penal, siendo así que aquellos valores -salud, seguridad- son dignos de igual o superior protección».

Sin embargo, como anteriormente hemos apuntado, existe un sector de nuestra doctrina que estima que han de excluirse otros intereses que no sean estrictamente los económicos del ámbito de protección del delito de publicidad engañosa, dado que si acudimos, por

ejemplo, a los artículos 361, 361 bis y 362 del Texto punitivo, comprobamos que el interés social se encuentra ahí específicamente tutelado. Es decir, según palabras de SIERRA LÓPEZ⁴³⁴, no tiene sentido que el legislador penal haya querido reiterar la protección de los intereses sociales de los consumidores acudiendo para ello a ámbitos estrictamente económicos, máxime cuando con los preceptos mencionados se cubren de manera amplia los supuestos de alegaciones falsas o manifestaciones de características inciertas sobre medicamentos, idóneas para perjudicar la salud de los consumidores; o sobre productos alimentarios, ya recogidos en los artículos 363 y siguientes⁴³⁵.

Es decir, tal y como señala MAPELLI CAFFARENA el contenido del bien jurídico del art. 282 CP se vincula a los intereses económicos de los consumidores, como una de las partes de las relaciones comerciales en un modelo socioeconómico de libre mercado⁴³⁶.

En esta línea también se manifiesta PORTERO HENARES, para quien es necesario aproximarse al objeto de protección de los consumidores en el seno del mercado, siempre desde la base material constitucional y comunitaria; y es por ello que, desde el artículo 1 de la Constitución Española y desde el artículo 153 del Tratado de la Comunidad Europea, el autor en cita introduce que la selección del bien jurídico en este delito adquiere pleno fundamento y justificación de la

⁴³⁴ SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., págs. 129 y 130.

⁴³⁵ Título XVII «De los delitos contra la seguridad colectiva», Capítulo III «De los delitos contra la salud pública» Código Penal.

⁴³⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., pág. 49.

perspectiva del interés económicos, en cuanto que el mismo posee un contenido estrictamente comercial, es decir, económico⁴³⁷.

Si duda, esta opción puede ser atractiva en la concreción del bien jurídico, aunque, también, presenta, por su amplitud e imprecisión, diversos problemas de cara a una mayor concreción y mejor exégesis de la norma. En consecuencia, se debe acotar en la línea que ahora exponemos.

Así, en atención a lo expuesto paso a lo largo de este Capítulo, paso a señalar las conclusiones que extraigo. Por un lado, podemos observar que el legislador español ha tutelado aquellas irregularidades que se mueven en torno a los *delitos económicos*. En este sentido, hemos analizado la especial protección otorgada por el Código Penal de 1995 tanto al orden patrimonial como al socioeconómico, introduciéndose, a través de un mismo Título -Título XIII- rubricado «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», la defensa de los ciudadanos en base a la preservación del orden patrimonial y también del socioeconómico.

Por consiguiente, consideramos acertada la diferenciación entre los delitos que atentan contra el patrimonio y los que corrompen el orden socioeconómico. Ello como fundamento de que estimamos que, aunque los delitos socioeconómicos a menudo acaban incidiendo en el patrimonio individual de concretas víctimas, sin embargo se encuentran

⁴³⁷ PORTERO HENARES, M.: «La solución de conflictos en la regulación de la publicidad ilícita», *Protección Penal del consumidor en la Unión Europea*, GARCÍA RIVAS (Coord.), Cuenca, 2005, págs. 317 y 318.

perfectamente integrados por conductas que dañan los intereses económicos *supra* individuales o colectivos. Así, apoyamos esta tesis en la teoría de GONZÁLEZ RUS quien conviene como útil la distinción entre una y otra clase de delitos, ya que si es el bien jurídico el que constituye el elemento fundamental para la interpretación de los tipos y la delimitación del injusto en cada uno de ellos, entonces deberá aceptarse, también, que «antes o después habrá de hacerse la concreción del que tutela cada figura delictiva, sin que ello exima el hecho de que sistemáticamente se traten conjunta o separadamente unos y otros delitos»⁴³⁸.

Por lo que respecta a la determinación de la configuración del Derecho Penal económico, íntimamente relacionado con la configuración del bien jurídico protegido, y dado que doctrinalmente se han diferenciado distintas posiciones, estimamos que el mismo queda referido al perfil amplio de lo que por el Derecho Penal económico se entiende. Es decir, si desde un punto de vista estricto éste se configura como el conjunto de normas jurídicas penales que protegen el orden económico – configurado como la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía-, desde la determinación amplia ha de regirse por la conjunto de normas jurídicos penales que protegen el orden económico – en cuanto a regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios-; por lo que creemos acertada la segunda de las teorías expuestas, en base a que la intervención del Estado en la economía, persigue el control y la corrección de los excesos que en la actual economía de mercado se desencadenan, dado que la expansión de las irregularidades económicas sobrepasa las fronteras nacionales para afectar a la competencia internacional. En este sentido, parece obvio que una noción restrictiva de Derecho Penal económico no permite afrontar

⁴³⁸ GONZÁLEZ RUS, J. J., «La reforma...», cit., pág. 131.

problemas actuales que afectan gravemente a los consumidores, es por ello que hemos de decantarnos por la noción amplia.

De otro lado, creemos que, al lado del bien que tutela la finalidad objetiva de la norma, existirá un bien jurídico específico en sentido técnico, en cuanto a elemento básico de todo delito. Y por lo que respecta a la dirección de los delitos económicos, opinamos que los mismos se caracterizan porque no solo se dirigen contra intereses individuales, sino, también, contra intereses *supra* individuales (colectivos) que conforman la vida económica.

Por lo que respecta al estudio genérico del bien jurídico protegido en los *delitos dirigidos estrictamente contra los consumidores*, cabe señalarse que intervienen dos elementos que dificultan la intervención penal en esta materia; así, tanto el carácter colectivo del bien jurídico, como su naturaleza, generalmente, como delitos de peligro, determinan la difícil configuración de estos tipos delictivos.

En atención a ello, y sobre la idea de que los delitos económicos se encuadran dentro de los delitos que protegen el interés *supra* individual o difuso, que no es reconducible a bienes individuales, podemos señalar que los bienes jurídicos *supra* individuales quedan estructurados, en esfera económica, sobre el fundamento de que la determinación de la sociedad actual ha de centrarse en la protección de aquellos intereses de titularidad compartida entre muchos ciudadanos que, sin embargo, no pueden verse eficazmente protegidos con los sistemas tradicionales de defensa.

De otra parte, hemos de utilizar la institución de delito de peligro como base de protección del interés colectivo de los consumidores; en base a que es suficiente con que se ponga en riesgo de lesión el bien jurídico que se pretende proteger, a diferencia de lo que sucede con los delitos de lesión, en los que se requiere que, para su consumación, se produzca una real conculcación del bien jurídico. Sobre esta idea se asientan, jurisprudencialmente, las bases de la configuración de la protección penal de consumidores y usuarios; siempre que se use la técnica de los delitos de peligro hipotético, dado que los mismos constituyen una situación intermedia entre el delito de peligro abstracto (que se limita a establecer la presunción *iuris et de iure* de que una acción es peligrosa para un bien jurídico) y el delito de peligro concreto (que exige la efectiva puesta en peligro del bien tutelado); ya que si se usa la técnica de los delitos de peligro concreto el peligro forma parte del tipo, siendo necesaria la demostración de la efectiva puesta en peligro del bien protegido –con lo cual quedarían impunes determinados comportamientos delictivos, como la publicidad engañosa- y si lo que se utiliza es el sistema del peligro abstracto se puede dar lugar a la indeterminación de la frontera del peligro, con lo que podría justificarse el adelantamiento de las barreras de protección penal.

Es decir, con los delitos peligro hipotético a lo que se da lugar es a la demostración de que la conducta es potencialmente idónea para producir un peligro concreto para el bien jurídico que se pretende proteger por medio del tipo delictivo, no castigándose, por tanto, la simple realización de una conducta abstractamente peligrosa.

Por lo que respecta al *delito de publicidad engañosa*, estimamos que ha de obviarse la teoría que se centra en la idea de que el bien

jurídico protegido es la veracidad porque el principio de veracidad no juega en la esfera penal en la medida en que no se castiga toda alegación falaz sino solo las que afectan a los intereses económicos de los consumidores. Igualmente, consideramos que ha de rechazarse la idea de que el delito publicitario tutela la libertad de disposición económica, ya que lo que el mismo castiga es aquella publicidad que causa un perjuicio al consumidor; es decir, aunque es cierto que el engaño publicitario incide sobre la libertad de elección del consumidor, sin embargo no es éste el criterio de desvalor adoptado en el tipo penal. En último término, no nos posicionamos en la idea de que sea el buen sistema de mercado lo que haya de preservarse, ya que el Derecho Penal vigente sólo tiene en cuenta el posible perjuicio del consumidor y no a otros competidores, resultando atípicas los perjuicios resultantes de la actuación publicitaria engañosa vertidos sobre el resto de concurrentes en el mercado.

En atención a ello, nos decantamos por la teoría referente a la protección de los intereses de los consumidores, en cuanto a objeto de protección de los mismos en el seno del mercado, desde una previsión puramente económica, ya que ha de excluirse de dicho ámbito protector el interés social, dado que no tiene sentido que el legislador haya querido volver a tutelar penalmente determinados intereses que se encuentran específicamente previstos en el Código Penal; así, justificamos dicha conceptualización en base a que el artículo 51 de nuestra Carta Magna garantiza la defensa de los consumidores y usuarios, determinándose como máxima expresión de las normas organizadoras de nuestro Ordenamiento jurídico.

Esto no obstante, opinamos que la proclamación de procedimientos eficaces a los se refiere el mencionado precepto no ha de orientarse a la simple divulgación de fórmulas técnicas, sino entendemos

que ello ha de hacerse por medio del uso racional de las misas, puesto que en caso contrario los procedimientos no podrán considerarse eficaces. En esta línea, entendemos que la desmedida anticipación penal en ciertos ámbitos ha dado pie a la proliferación de clasificaciones del bien jurídico complejas o discutibles, que permiten utilizar el Derecho Penal para proteger funciones o instituciones abstractas que guardan una relación demasiado superficial o inconsistente con los bienes jurídicos pertenecientes al individuo y pueden ocultar un flagrante desconocimiento del principio de intervención mínima y de los límites del Derecho Penal para silenciar algo a todas luces evidente. Es por ello que hemos optado por delimitar la tesis por la que nos decantamos, en base a la idea de configurar como bien jurídico protegido en el tipo publicitario el patrimonio de los consumidores, en cuanto colectivo, que es puesto gravemente en peligro por conductas como la publicidad engañosa que no siempre pueden reprimirse a través del delito de estafa al ser éste de resultado –mientras que el de publicidad engañosa es un delito de simple actividad- y que puede por ello justificar una limitada anticipación de la intervención penal que, por otra parte, necesitaría para una mejor eficacia una mayor precisión técnica y una configuración más ambiciosa, en línea con el Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, pues creemos que lo contrario nos llevaría a un simbolismo a todas luces nocivo para un Derecho Penal que pretenda ser eficaz y a su vez no rebasar sus propios límites.

De este modo, entendemos que el delito publicitario se ordena como un delito de peligro para los intereses económicos de los consumidores -conformados de manera global a partir de la configuración patrimonial de dos o más individuos, dándose opción al desempeño de una función involucrada en la defensa de distintas personas- en el que la consumación no requiere que llegue a producirse un perjuicio efectivo.

Lo expuesto supone que el ámbito de aplicación del delito publicitario cubra los intereses *supra* individuales, esto es, de los consumidores y usuarios, que pueden experimentar lesiones de trascendencia económica, tutelándose, por tanto, una relación jurídica que tiene valor económico y que puede ser comprendida bajo el término de patrimonio.

Sin duda estamos, pues, ante un delito de peligro hipotético para los intereses patrimoniales del conjunto de consumidores. Determinándose, por tanto, como un bien jurídico de tutela de carácter colectivo centrado en la posibilidad de puesta en peligro del patrimonio económico de la generalidad de consumidores y usuarios en su conjunto. Peligro que se configura como «posible» o «hipotético», en cuanto a que se presenta como la publicidad engañosa que puede provocar un perjuicio efectivo en el consumidor, siendo imprescindible acreditar la peligrosidad de la acción y la posibilidad de que se lleve a cabo un resultado peligroso; lo cual supone una mayor concreción que la ambigua propuesta de peligro abstracto al conformarse como una figura más garantista con el sistema jurídico-penal, en el sentido de delimitar el ejercicio del poder punitivo del Estado, con el objeto de obedecer a una serie de principios que salvaguardan las garantías, propias del Estado social y democrático de Derecho.

Así, como dice MORILLAS CUEVA, es imprescindible entender que la auténtica eficacia del principio de legalidad viene determinada en la práctica por la técnica empleada en la descripción de conductas prohibidas y en la fijación de las penas, debiendo intervenir el Derecho Penal sólo en los casos más graves de ataques a intereses sociales fundamentales, de manera que cuando los bienes que se presumen de necesaria protección

puedan serlo por mecanismos distintos y menos lesivos al ciudadano que los empleados por el Derecho Penal, aquéllos tienen prioridad para delimitar una adecuada política social⁴³⁹.

En este sentido, aunque han surgido diversas teorías en contra de la tipificación del delito publicitario⁴⁴⁰, desde nuestro punto de vista

⁴³⁹ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...*, cit., págs. 141, 157 y 158.

⁴⁴⁰ Así, SÁNCHEZ GARCÍA considera que el delito de publicidad falsa presenta reparos desde el punto de vista de intervención mínima del Derecho Penal. SÁNCHEZ GARCÍA, I., «El nuevo delito...», cit., págs. 563 y 564.

VALLE MUÑIZ alerta de que, aun reconociendo que la intervención penal supera con éxito la necesaria legitimación sobre criterios de proporcionalidad o justicia, existen dudas sobre la conveniencia de sancionar la publicidad engañosa por existir otros medios menos gravosos pero de igual o menor eficacia; ello porque la decisión criminalizadora no se asienta tan solo sobre criterios de merecimiento de pena, sino también sobre postulados de necesidad de pena. En ese ámbito, recuerda que la identificación de un bien jurídico digno de tutela es presupuesto irrenunciable de la penalización, mas, por sí solo, insuficiente. Habrá que demostrar que el Derecho Penal es idóneo y adecuado para proceder a la reclamada tutela jurídica con criterios de practicabilidad de la intervención. Y no sólo eso, sino que, dado su elevada carga aflictiva, deviene ineludible la prueba sobre la inexistencia de otros instrumentos normativos- por definición- menos gravosos capaces de proceder de igual o mayor eficacia a la protección del bien jurídico. Entiende el autor que sobre ella gira el punto débil o vulnerabilidad de la decisión criminalizadora. VALLE MUÑIZ, J. M. / MORALES PRATS, F., *Comentarios...*, cit., pág. 850.

Del mismo modo, aunque según MORENO y BRAVO lo expuesto en nuestra Carta Magna exige que se adopten, por el legislador, las medidas necesarias para arbitrar procedimientos eficaces que sirvan a la protección de los derechos e intereses económicos de los consumidores y usuarios -de modo que se está facultando a los poderes públicos a que se sirvan de todos los recursos de que dispone nuestro Ordenamiento jurídico y, entre ellos, si fuere necesario, acudir al Derecho Penal con objeto de proteger más eficazmente los derechos e intereses de los consumidores y usuarios-; sin embargo, introduce que es preciso mencionar que existen normas alternativas que permiten la imposición de sanciones civiles y administrativas, medios de solución no punitivos, que permiten la resolución de los conflictos ocasionados por la publicidad falsa cuando no revisten la gravedad suficiente para ser elevados a la

entendemos que es oportuna la creación del delito de publicidad engañosa por cuanto que consideramos necesaria la tutela de la situación de desigualdad en que se halla el colectivo de consumidores al ponerse en peligro el patrimonio de los mismos ante la comisión de este delito; ello con fundamento en el carácter de derecho fundamental que la Constitución española otorga a la protección de los mismos.

En esta línea, CUERDA RIEZU se inclina por el mantenimiento de la incriminación del artículo 282 CP en base a que, no porque existan otras vías de protección frente a la publicidad ilícita (extrajurídica, civil, administrativa), ello signifique que sea concluyente para excluir la protección penal de la misma⁴⁴¹.

Por su parte, para TAMARIT SUMALIA la dificultad estribará en que, admitida la intervención penal en el campo de la actividad publicitaria, se respete el carácter subsidiario o de *ultima ratio* del Derecho Penal. Problema que era resuelto, según su opinión, por la Memoria explicativa del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 donde se manifestaba que debían atraerse «al campo penal los comportamientos más graves en materia de infracciones publicitarias,

categoría de ilícito penal. MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., págs. 40 a 43.

De igual manera, para MUÑOZ CONDE el Derecho Penal «pasa a ocupar un papel preventivo más afín al Derecho Administrativo, con el que pueden confundirse, cuando no a utilizarse como pretexto para ocultar los déficits del funcionamiento de los sistemas de control administrativo, mucho más eficaces cuando se emplean correctamente y a tiempo». MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial...*, cit., pág. 511.

⁴⁴¹ CUERDA RIEZU, A., «Contribución a la polémica sobre el delito publicitario», *Estudios sobre Consumo*, n.º 35, octubre, 1995, pág. 73.

dejando a las restantes en el marco administrativo». Así, la tipificación de la publicidad engañosa debía establecerse «lejos de la idea de criminalizar toda clase de ponderación excesiva de productos o servicios por parte de quien los ofrece, pero se ha estimado que la Ley penal tampoco podía quedar inactiva, en esta era de la publicidad, frente a las falsas alegaciones sobre la naturaleza, composición, origen o cualidades esenciales de los productos o servicios anunciados cuando se trata de mendacidades capaces por sí mismas de inducir a error al consumidores y fueren intencionadamente formuladas». En este sentido, introduce el autor en cita que en aplicación del principio de *ultima ratio* parece claro que sólo deberá producirse la intervención del Derecho Penal en aquellos supuestos graves de publicidad falsa y ello siempre de modo complementario y secundario a la actuación preventiva en el Derecho Administrativo⁴⁴².

Según MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, la necesidad de intervención del legislador penal se justifica en las graves actuaciones de publicidad falsa al constituir una conducta intolerable que conculca intereses jurídicos individuales, como la salud y el patrimonio, y, colectivos, concretados en los intereses de los consumidores y empresarios en el orden del mercado; por lo que defendiendo el doble carácter fragmentario del Derecho Penal, estima este autor que el ordenamiento jurídico punitivo sólo ha de reaccionar ante los ataques más graves para los bienes jurídicos, pues, según su doctrina, sólo deberán recibir respuesta penal aquellos actos de publicidad engañosa que, de manera más grave, atenten contra los intereses jurídicos de los consumidores⁴⁴³.

⁴⁴² TAMARIT SUMALLA, J.M., «La tutela...», cit., pág. 327.

⁴⁴³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Consideraciones...»,

En la misma línea, el Tribunal Supremo, en sentencia número 1097/2009, de 17 de noviembre (RJ 2009/5847), señala en este sentido que «la mayor o menor minuciosidad de los términos en que se presenta la publicidad de un producto son decisivos para su valoración desde una perspectiva jurídica, dentro del marco de los derechos de los consumidores o bien cuando el reproche se eleva a las esferas penales que solo deben intervenir cuando la falsedad de los términos publicitarios se manifiesta o pueda inducir a engaño. Es cierto que la línea divisoria entre la publicidad ilícita que sobrevalora las cualidades del producto, las que exagerándolas hasta términos irreales y la que lisa y llanamente utiliza el engaño como medio de comunicarse con los potenciales consumidores, es siempre muy tenue, de tal modo que de llegar al extremo más riguroso de la sanción penal debe limitarse a casos de grave contravención de la buena fe y fidelidad que se debe a los consumidores como titulares de derechos que vienen marcados por los principios rectores de la política social y económica sancionados por la Constitución». Y, en atención a ello, continúa exponiendo que «la decisión es por supuesto ajena a cualquier posición de poder o de monopolio que reduzca la capacidad de análisis, ponderación y decisión de la persona afectada. En estos casos estaríamos ante una influencia indebida que debiera ser erradicada del sistema comercial por medios ajenos al Derecho Penal, debiendo hacerse a cargo de esta responsabilidad los poderes públicos a través de sus organismos reguladores o por medio del control de las reglas del mercado».

Además, el Auto número 88/2002, de 28 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Guadalajara (JUR 2003/72984), ha introducido

que «la protección penal debe quedar reservada a las conductas de publicidad engañosa más graves, por cuanto que tengan capacidad lesiva respecto de una generalidad, exigiéndose además la posibilidad de que se causa un perjuicio grave y manifiesto».

Del mismo modo, la sentencia del Tribunal Supremo 357/2004, de 19 de marzo (RJ 2004/1848), la sentencia número 608/2008, de 12 de diciembre (ARP 2009/391), de la Audiencia Provincial de Sevilla, la sentencia 7/2008, de 14 de febrero (ARP 2009/979), de la Audiencia Provincial de Salamanca, el Auto número 605/2008, de 9 de octubre (JUR 2009/107071), de la Audiencia Provincial de Madrid, la sentencia 14/2008, de 17 de marzo (JUR 2008/182235), de la Audiencia Provincial de A Coruña, el Auto número 311/2006, de 30 de mayo (JUR 2007/42454), de la Audiencia Provincial de Castellón, la sentencia 15/2005, de 11 de abril, de la Audiencia Provincial de Burgos (ARP 2005/268); señalan que «ha de entenderse, por las características del hecho, que de este comportamiento pueda derivarse un perjuicio grave y manifiesto para el sujeto pasivo: los consumidores, con lo cual quedan excluidos de esta clase de delito aquellos casos que por su menor entidad no merezcan la actuación del Derecho Penal. Perjuicio grave o manifiesto para los consumidores quiere decir aptitud para producir graves daños o perjuicios».

En este sentido, DEL MORAL GARCÍA establece que «para alcanzar los objetivos del artículo 51.1 de la Constitución Española no puede despreciarse el papel del Derecho Penal, aunque sin olvidar su carácter subsidiario- *ultima ratio*-. De manera que es preferente acudir al derecho privado y al derecho administrativo sancionador; aunque, según

parte de la doctrina, para las conductas más intolerables contra los consumidores es irrenunciable el recurso al Derecho Penal»⁴⁴⁴.

En referencia a lo expuesto, señala OLMEDO CARDENETE que el Derecho Penal ha de cumplir con su función de *ultima ratio* y no como instrumento duro y cruel del Estado, que lo convierta en una herramienta que pretenda suplir las insuficiencias del sistema⁴⁴⁵.

En base a ello, la Audiencia Provincial de Zaragoza, en sentencia número 101/2005, de 22 de marzo (ARP 2005/129), señala que «existe un principio básico en el Derecho Penal, cual es el de intervención mínima, cuyas consecuencias y la obligada interpretación de las normas jurídicas de conformidad con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, así como la existencia dentro de la esfera civil de unos cauces adecuados para que los interesados puedan dilucidar sus diferencias, impone como lógica consecuencia una aplicación restrictiva y estricta de las normas penales correspondientes, doctrina aplicable al caso que nos ocupa».

Al hilo de lo expuesto, la sentencia de 30 de noviembre de 2005, de la Audiencia Provincial de Barcelona (JUR 2005/270397), precisa que «debe tenerse en cuenta el principio de intervención mínima del Derecho Penal, o principio de subsidiariedad, cuyo valor interpretativo es indudable y que obliga a considerar que otras ramas del derecho

⁴⁴⁴ DEL MORAL GARCÍA, A., «La protección del consumidor frente a la actividad publicitaria: perspectiva penal», *Protección Penal de Consumidores y Usuarios*, Madrid, 2002, págs. 105 y 106.

⁴⁴⁵ OLMEDO CARDENETE, M. / ARAÚJO NETO, F., *Introducción al Derecho Penal*, Perú, 2007, pág. 61.

sancionador contemplan la conducta, como es el Derecho Administrativo; y, en consecuencia, sólo caben en el tipo delictivo aquellas formas de etiquetaje o menciones que sean idóneas para la contratación de bienes, productos o servicios y constituyan una más grave infracción».

En parecidos términos la Audiencia Provincial de Granada, en el Auto 356/2008, de 13 de junio (JUR 2009/32134), señala que «la publicidad u oferta del producto, para ser típica, ha de ser dolosamente engañosa por recaer conscientemente en falsas alegaciones o inciertas características sobre los productos ofertados, utilizada por tanto como reclamo para la captación de clientes con la subsiguiente potencialidad lesiva para los consumidores en general a quienes va dirigida; de ahí ese plus de antijuricidad en que consiste el delito cual reclama el principio de intervención mínima del Derecho Penal en contraposición a los menores incumplimientos contractuales o incluso las infracciones administrativas en materia de consumo cuando exista disparidad entre las características del producto ofertado y las que éste presente en realidad».

Así, podemos señalar que la práctica jurisprudencial es rígida a la hora de apreciar la existencia del delito de publicidad engañosa, recogido en el precepto 282 de nuestro Texto punitivo. En referencia a ello encontramos el Auto número 27/2006, de 27 de enero, de la Audiencia Provincial de Pontevedra (JUR 2009/457426), por el que se desestima un recurso de apelación en base a que «resulta forzada la vía penal, regida por el principio de mínima intervención», y que «la cuestión planteada es más propia de la jurisdicción civil».

En este sentido, según GONZÁLEZ RUS la cuestión debe examinarse desde la perspectiva del principio de intervención mínima, para lo cual precisa que, ya que los medios de protección dispuestos por las demás ramas del Ordenamiento jurídico no ofrecen respuestas adecuadas y dado que los comportamientos relativos a la publicidad ilícita son, atendidos los daños reales o potenciales, lo suficientemente intolerables como para merecer la atención penal, parece conveniente que la publicidad engañosa sea objeto de tipificación específica⁴⁴⁶.

Del mismo modo, según MORILLAS CUEVA la necesidad del Derecho punitivo para asegurar la convivencia social es hoy por hoy indispensable, pero únicamente en clave de última opción del ordenamiento jurídico. Según su tesis, la prioridad la tienen otros instrumentos de control más moderados, si éstos son suficientes para esa protección, por lo que esta exigencia del Estado social ha de dirigirse hacia una limitada utilización e intervención de los mecanismos. En este sentido, cree el autor en cita, que dicho cometido -del que se deriva el principio de intervención mínima, junto con las circunstancias en las que se mueve nuestra sociedad conducen a la dicotomía reducción-ampliación de la esfera penal en la que, por la vigencia de este principio,⁴⁴⁷ ha de prevalecer siempre la primera, sin que ello suponga menoscabo esencial en la defensa de la sociedad, de acuerdo con los

⁴⁴⁶ GONZÁLEZ RUS, J. J., *Los intereses...*, cit., págs. 211 y 212.

⁴⁴⁷ Ello sobre la base de protección de bienes jurídicos como función esencial que da lugar al principio de protección de bienes jurídicos, de vital importancia en un Estado social y democrático de Derecho. MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...*, cit., pág. 157.

objetivos generales que interesan a la comunidad esculpidos en los valores constitucionales fundamentales⁴⁴⁸.

En nuestra opinión, tal y como hemos apuntado, entendemos oportuno acoger el delito publicitario en nuestro sistema punitivo, siempre y cuando se sea cauteloso a la hora de optar por la regulación penal de esta figura, puesto que, como señala BENÍTEZ ORTÚZAR, ha de reservarse para el ámbito punitivo a «aquellas conductas más graves e intolerables»⁴⁴⁹. Así, acogiéndonos a la idea de TERRADILLOS BASOCO, no se trata de reivindicar una indiscriminada criminalización de esta conducta –que no sólo resultaría ilegítima, sino también disfuncional-, pero tampoco cabe la inhibición cuando esas conductas afecten a bienes jurídicos esenciales⁴⁵⁰, como es el caso del delito de publicidad engañosa.

Siguiendo a SILVA SÁNCHEZ, la justificación del delito de publicidad engañosa, en cuanto delito socioeconómico de consumo que es, ha de cumplir una serie de requisitos exigibles a todo bien jurídico penal⁴⁵¹. En primer lugar, que el menoscabo del bien jurídico suponga un daño para la sociedad en general. En segundo término, que el bien jurídico tenga reconocimiento constitucional y, en último lugar, que el bien jurídico *supra* individual protegido se refiera a bienes individuales

⁴⁴⁸ *Ibidem*, págs. 157 y 158.

⁴⁴⁹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I., «Derecho Penal y marcas. Protección penal de los signos distintivos», *Marca y publicidad comercial. Un enfoque interdisciplinar*, *La Ley*, Madrid, 2009, pág. 913.

⁴⁵⁰ TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Delitos...», cit., págs. 21 y 22.

⁴⁵¹ Sobre la política criminal sobre la delincuencia la globalización: SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal*, Buenos Aires, 2006, págs. 91 y ss.

como parámetro de justificación del mismo. Además de ello, resulta necesario asegurar que el nuevo bien jurídico está necesitado de protección penal y que es merecedor de la misma; es decir, hay que comprobar que respeta el principio de intervención mínima del Derecho Penal, partiendo de la base de que otros medios menos lesivos son ineficaces; ello en atención a que la tutela penal esté justificada por la importancia del bien jurídico y por la gravedad del ataque al mismo⁴⁵².

Por lo que respecta al primer requisito, es decir, que el menoscabo del bien jurídico suponga un daño para la sociedad, parece fácil que se cumpla, en base a dos criterios: 1) El primero se refiere a que la configuración de la actual sociedad de consumo en masa invade nuestro mundo civilizado, y 2) el segundo apunta a que en la ampliación progresiva del mercado los oferentes de bienes y servicios tienden a abusar de su situación de preeminencia afectando con sus actuaciones al colectivo de consumidores.

En cuanto al reconocimiento constitucional del bien jurídico protegido en el delito de publicidad engañosa queda patente que nuestra Carta Magna plasma la necesidad de protección del mencionado colectivo, recogiendo en su artículo 51 la garantía tanto de consumidores como de usuarios. Además, como delito socioeconómico que es, la Constitución española de 1978 consagra como derecho fundamental, en su artículo 38, la economía de mercado. En último término, el artículo 51 de nuestra Texto constitucional reconoce como principio rector de la política social y económica la defensa de los consumidores con eficacia vinculante, en atención a lo dispuesto en el artículo 53.3 de dicho Texto; por lo que podemos concluir que se tutelan en nuestra Constitución las

⁴⁵² SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, págs. 267 y ss. y 285 y ss.

mencionadas libertades y derechos fundamentales con lo que queda cumplido otro de los requisitos exigidos para la justificación político criminal de la figura delictiva que estamos estudiando.

Por otra parte, ya que la sociedad del riesgo es la que en la actualidad parece caracterizar el Derecho Penal de nuestros días -sobre la base de que son los bienes *supra* individuales los que constatan la extensa afectación individual- podría quedar satisfecha la tercera condición. Parece sencillo apuntar hacia este criterio, ya que el carácter expansivo de las conductas peligrosas llevadas a cabo dentro del mercado conducen hacia una masiva distribución de productos y servicios, pudiéndose dar lugar a la ampliación de los actos de consumo, que, por otra parte, podrían afectar al patrimonio de los consumidores y usuarios, aumentándose, por tanto, el número de bienes individuales puestos en peligro.

De otro lado, respecto al principio de intervención mínima entendemos que será satisfecho siempre y cuando la tutela penal del comportamiento estudiado se refiera en la práctica a ataques que supongan un peligro especialmente grave e intolerable para los intereses de los propios consumidores y usuarios; ello lo fundamentamos en la idea de que el Derecho Penal es la *última ratio* en base a lo cual sólo se ha de intervenir en los casos más graves de ataques a intereses sociales fundamentales.

En este sentido, siguiendo a MORILLAS CUEVA, creemos que el Derecho Penal del futuro ha de afrontar el avance social en base al principio de intervención mínima, sin caer en un exceso ínfimo y, al mismo tiempo, haciendo frente a las nuevas formas de criminalización de

delincuencia bajo la cobertura de absoluto respeto a los principios limitadores del moderno Derecho Penal, entre los que se encuentra el carácter de *ultima ratio*. Es decir, la penalización- despenalización son las pautas que han de conformar el devenir del Derecho punitivo en su aproximación a los aspectos más positivos de la globalización, y su rechazo a los más negativos; determinado, por tanto, por una estructura penal más cercana a la de un Derecho Penal mínimo⁴⁵³.

Como conclusión final, justificamos la intervención penal del delito publicitario como forma de protección de los derechos de los consumidores en atención al planteamiento expuesto por GONZÁLEZ RUS, quien se centra en dos ideas: Por un lado que la tutela comprometida en nuestra Carta Magna le otorgan una importancia de carácter fundamental en el Ordenamiento jurídico y, por otro, que la conveniencia de la intervención penal en este ámbito se hace evidente por la falta de concienciación social sobre la entidad criminal de este tipo de comportamientos⁴⁵⁴, que en este caso se concreta en la comisión de una conducta susceptible de poner en peligro de forma notoria el patrimonio del colectivo de consumidores.

⁴⁵³ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...*, cit., pág. 130.

⁴⁵⁴ GONZÁLEZ RUS, J. J., *Los intereses...*, cit., pág. 146.

***CAPÍTULO II.- TIPO DE INJUSTO DEL DELITO
PUBLICITARIO.***

I.- Sujeto activo.

La concreción del sujeto activo del delito publicitario no ha resultado dogmáticamente pacífica, viéndose dificultada por la regulación de manera específica y pormenorizada de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a raíz de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

En este sentido, dentro de la estructura típica del delito, tienen especial significado las personas que intervienen en su comisión, en base a que el concepto de sujeto activo viene predeterminado por la idea de capacidad de la acción⁴⁵⁵. Así, inicialmente, el sujeto activo del delito es aquél que realiza la acción típica⁴⁵⁶, no debiendo ser identificado, tal y

⁴⁵⁵ ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2010, pág. 223.

⁴⁵⁶ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General, t. II...*, cit., pág. 159.

como determina un sector de nuestra doctrina⁴⁵⁷, con el autor del mismo, dado que mientras que el sujeto activo supone un elemento de la formulación típica, el autor se manifiesta en la realización concreta del tipo –llevando a cabo «todos los elementos configuradores del delito, objetivos y subjetivos, que generan responsabilidad»-⁴⁵⁸. Debiéndose aclarar que el hecho de que sujeto activo y autor deben ser conceptualmente diferenciados no implica, necesariamente, que estemos ante categorías desconectadas⁴⁵⁹.

De este modo, dado el marco de la concepción significativa de la acción, hay que diferenciar entre sujeto activo, que define en abstracto al sujeto descrito en los diferentes tipos de acciones de las figuras delictivas de la Parte Especial del Derecho Penal⁴⁶⁰, y autor, en cuanto a productor material del hecho descrito en la proposición normativa que alude, por tanto, a la persona que realiza el sentido de la acción⁴⁶¹. En este apartado vamos a centrarnos en el estudio del sujeto activo del tipo delictivo publicitario.

En atención a lo expuesto, por lo que respecta al sujeto activo, y a diferencia de lo que venía ocurriendo con en el Derecho Penal

⁴⁵⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho...*, cit., págs. 267 y 268. COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho...*, cit., pág. 353. QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General...*, cit., pág. 636.

⁴⁵⁸ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General, t. II...*, cit., pág. 160.

⁴⁵⁹ COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho...*, cit., pág. 534.

⁴⁶⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte Especial...*, cit., pág. 279.

⁴⁶¹ *Ibidem*, pág. 279.

proyectado⁴⁶², el artículo 282 del Texto punitivo ha sido definido por un importante sector doctrinal como un delito especial propio o impropio⁴⁶³; ello en base a que tal y como manifiesta MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, el círculo de sujetos activos de los delitos especiales propios aparece restringido a un número limitado de personas en los que las específicas condiciones o cualidades personales no encuentran correlato en un figura delictiva común paralela ejecutable por cualquier persona⁴⁶⁴. Lo que en palabras de ORTS BERENGUER / GONZÁLEZ CUSSAC significa que «la norma penal condiciona las personas que pueden ser autores materiales de la conducta típica, y lo hace exigiendo determinadas características, sin las cuales, ese delito en concreto no podrá apreciarse», por lo que los delitos especiales en sentido estricto son aquellos en los que «para la realización de su injusto se requiere necesariamente la concurrencia de una determinada cualidad personal»⁴⁶⁵.

En base a lo expuesto se extrae, como primera conclusión, que el tipo penal publicitario exige la presencia de determinadas cualidades personales para que el sujeto que comete la conducta típica descrita en el precepto llegue a convertirse en sujeto activo; lo cual se concreta en la

⁴⁶² Los artículos 42 Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980, 279 Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 y 287 Proyecto de Código Penal de 1992 configuraban al delito de publicidad engañosa como un delito común, dado que se refería a «el que», no reduciendo, por tanto, el círculo de posibles sujetos activos del delito.

⁴⁶³ En esta línea: CARRASCO ANDRINO, M. M., *Derecho Penal español. Parte Especial (II)*, ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), Valencia, 2011, pág. 589. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «El delito...», cit., pág. 3. MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., pág. 53. SÁNCHEZ GARCÍA, I., «El nuevo delito...», cit., pág. 565.

⁴⁶⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte Especial...*, cit., pág. 280.

⁴⁶⁵ ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio...*, cit., pág. 224.

referencia expresa que el art. 282 CP hace de fabricantes y comerciante.

En este sentido, el Tribunal Supremo en sentencia 357/2004, de 19 de marzo (RJ 2004/1848), referida a la comercialización de botellas con falsas etiquetas de denominación de origen, manifiesta literalmente en su fundamento de derecho sexto que entre los elementos constitutivos del delito del art. 282 CP encontramos como sujeto activo a «fabricante o comerciante», tratándose, por tanto, «de un delito especial propio».

Sobre esta línea, considera GONZÁLEZ RUS que fabricante o comerciante son los que, cualquiera que sea su papel específico en el ciclo de producción, distribución o comercialización de un producto, «hacen publicidad del mismo dirigida a los consumidores»⁴⁶⁶.

De este modo, podemos afirmar que el legislador se refiere a comerciante y fabricante como si se tratara de dos sujetos distintos, queriendo aludir con ello a dos momentos diferentes de la actividad empresarial o comercial⁴⁶⁷, es por eso que, con objeto de alcanzar una mayor aproximación a la discusión doctrinal centrada en la determinación de la mayor o menor extensión en la concepción del sujeto activo del delito del artículo 282, conviene analizar qué se entiende por comerciante y cuándo una persona es fabricante.

Así, en primer lugar, por lo que respecta al *comerciante*, hemos de acudir a la legislación extrapenal, concretamente al Código de

⁴⁶⁶ GONZÁLEZ RUS, J. J., *Sistema...*, cit., pág. 601.

⁴⁶⁷ Lo que SIERRA LÓPEZ determina como fase de elaboración o creación del producto y fase de comercialización. SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 179.

Comercio de 1885, para conocer su definición. En este sentido, el art. 1 del mencionado Código introduce que son comerciantes:

1. «Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente.
2. Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código».

En consecuencia, es comerciante aquella persona dedicada a realizar transacciones de compraventa en el mercado, como empresario individual, o en representación de una sociedad. Definición, esta última, defendida por PUENTE ABA y excluyente de aquellos comerciantes que realizan la extracción de las riquezas naturales, tales como agricultura, ganadería y/o pesca, y de aquellos que se dedican a la transformación de las materias primas naturales y a su conversión en productos útiles, como industria y manufactura⁴⁶⁸. Ello podríamos identificarlo como la definición estricta de sujeto activo del tipo penal recogido en el art. 282.

Sin embargo, desde una concepción amplia de sujeto activo la doctrina mercantil⁴⁶⁹ parece equiparar el término comerciante con el de empresario, determinándose por tal a toda «persona física o jurídica que por sí o por medio de delegados ejercita y desarrolla en nombre propio una actividad en el mercado constitutiva de empresa, adquiriendo la

⁴⁶⁸ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 360.

⁴⁶⁹ SÁNCHEZ CALERO, F., *Principios de Derecho Mercantil*, Pamplona, 2009, pág. 61 y 62. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 2010, pág. 81. ROJO, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, MENÉNDEZ / ROJO (Dirs.), Navarra, 2001, pág. 45.

titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de esa actividad»⁴⁷⁰; dándose cabida, en base a esta concepción, a aquellas actividades no puramente comerciales, sino también industriales, bancarias, de almacenes generales de depósitos, transporte, etc.⁴⁷¹

A ello se refiere tanto la jurisprudencia como la legislación extrapenal. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9514), equipara los términos comerciante y empresario; sobre la idea de que la previsión establecida, en la actualidad, por la doctrina mercantil ha acuñado el concepto empresario como «aquella persona física o jurídica que con capacidad legal y de modo profesional combina capital y trabajo para la producción de bienes y/o servicios en orden a su colocación en el mercado y con animo ordinariamente de obtener una ganancia o beneficio»⁴⁷². Del mismo modo, el art. 4 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios establece que es empresario todo individuo que realiza una actividad profesional⁴⁷³. Conformándose, doctrinalmente, de igual

⁴⁷⁰ PUENTE ABA, L. M., *Los delitos...*, cit., pág. 47.

⁴⁷¹ SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 178.
CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., pág. 94.

⁴⁷² MORENO CANOVÉS, A. / RUÍZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código Penal (concordados y con jurisprudencia)*, Zaragoza, 1996, pág.165.

En la misma línea: BROSETA PONT, M. / MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, v. I., Madrid, 2011, págs. 87 y ss. VICENT CHULIA, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, 2007, págs. 30 y 40.

⁴⁷³ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Artículo 4. Concepto de empresario.

A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada.

manera, en base a que el concepto de empresa se determina en atención al «ejercicio profesional de una actividad económica planificada, con la finalidad de intermediar en el mercado de bienes o servicios»⁴⁷⁴.

De este modo, en la medida en que nos hemos decantado por delimitar la concreción del uso racional del bien jurídico tutelado en el tipo publicitario, centrado en el patrimonio del colectivo de consumidores puesto en peligro por la conducta publicitaria engañosa, estimamos, para una mejor eficacia en su aplicación, que la previsión del sujeto activo de este delito ha de quedar perfilada desde el entendimiento de que comerciante-empresario es aquel operador profesional que actúa en el mercado⁴⁷⁵; lo cual conlleva, a su vez, que para que la conducta sea típica se requiera que el propio emisor de la publicidad actúe profesionalmente en la promoción de bienes y servicios en el mercado. Con esto se justificaría, además, la represión de las conductas de publicidad engañosa, dada la situación de desigualdad del consumidor frente a los oferentes de determinados bienes y servicios⁴⁷⁶.

De otro lado, por lo que respecta al *fabricante*, y en atención a la definición ofrecida por el Diccionario de la Real Academia Española, dicho vocablo conceptúa como tal a todo aquel individuo que realice la acción de fabricar, es decir, aquel sujeto que produce objetos. Sin embargo, si nos basamos en las previsiones de la Ley de Responsabilidad

⁴⁷⁴ Por todos: PUENTE ABA, L. M., *Los delitos...*, cit., pág. 47.

⁴⁷⁵ En este sentido, CARRASCO ANDRINO incluye a quien realiza una actividad en el mercado no solo comercial, sino también de carácter industrial, de transporte, bancaria, etc. CARRASCO ANDRINO, M. M., *Derecho Penal...*, cit., pág. 587.

⁴⁷⁶ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., págs. 361 y 362.

Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos, de 6 de julio de 1994, podemos confinar la definición de fabricante desde una concepción más amplia que la expuesta por la RAE; en este sentido, en el apartado primero del artículo 4 de la referida Ley, establece que será fabricante:

«a) El de un producto terminado.

b) El de cualquier elemento integrado en un producto terminado.

c) El que produce una materia prima.

d) Cualquier persona que se presente al público como fabricante, poniendo su nombre, denominación social, su marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto o en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o de presentación».

Es decir, en atención a esta concepción se entenderá por fabricante aquel que lo sea en su sentido estricto, pero también se conocerá por fabricante al agricultor, constructor⁴⁷⁷ y a todo aquel individuo que se presente al público como verdadero fabricante, a través de la señalización de su nombre, o de cualquier otro signo distintivo, en la propia presentación del producto al mercado; dándose con ello lugar a lo que PUENTE ABA denomina como categoría de productores aparentes o de sujetos que al comercializar un artículo con su propia marca, hacen creer al público que son los auténticos fabricantes del bien ofrecido⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La protección...», cit., pág. 285. CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., pág. 93.

⁴⁷⁸ PUENTE ABA, L. M., *Los delitos...*, cit., págs. 48 y 49.

Así, en base al tipo penal del artículo 282 del Código Penal, y con el objeto de ofrecer una mayor concreción de lo que doctrinalmente es entendido por fabricante, podemos considerar como tal, no tanto al trabajador que literalmente elabora los productos, sino al titular de la fábrica productora de los artículos en cuestión, dado que solo el titular de la fábrica será el auténtico emisor de la publicidad.

Es por eso que, a modo de conclusión, si nos acercamos a una concepción restrictiva de fabricantes y comerciantes, el tipo no se adaptaría a la realidad socioeconómica del mundo publicitario, por lo que como dice MAPELLI CAFFARENA, es aconsejable, dadas las importantes razones de política criminal que concurren, determinar este delito desde una concepción extensiva y no jurídico-comercial⁴⁷⁹, en la medida en que es la notoria puesta en peligro del patrimonio del colectivo de consumidores el bien jurídico que se protege a través del delito de publicidad engañosa.

Por otra parte, en cuanto a la responsabilidad del que actúa en nombre de otro, la misma es claramente admisible en base al art. 31 CP, ya que, como afirma MORILLAS CUEVA, la génesis de tal precepto deriva de la «pretensión legal de impedir una posible impunidad en tipos penales que requieren unas determinadas características para poder aplicarles una pena; tipos especiales, generalmente por la cualificación del sujeto activo en los que se utilizaban a otro sujeto que no reunía las exigencias requeridas para actuar»⁴⁸⁰. De este modo, el vigente art. 31 de nuestro Código Penal dota de fundamento legal la punición a las personas físicas que sin tener las condiciones reclamadas por el tipo obran en

⁴⁷⁹ MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., pág. 58.

⁴⁸⁰ MORILLAS CUEVA, L., *Addenda a la obra Derecho Penal. Parte General, t. II...*, cit., pág. 11.

nombre de otro que sí las posee, sea persona jurídica o persona física; siempre y cuando: 1) El actuante sea administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica; 2) la persona física obre en su nombre o representación legal o voluntaria; 3) el actuante responda personalmente aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo; 4) estas últimas circunstancias se den en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre⁴⁸¹.

Como consecuencia directa de lo estudiado, cabe analizar el ámbito de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en cuanto a sujetos activos del tipo publicitario, dada su estrecha relación con los medios publicitarios. El día a día nos hace ver cómo en la mayor parte de las ocasiones los auténticos redactores y emisores de los mensajes publicitarios falsos no son los fabricantes o comerciantes, a los que se refiere el art. 282 CP, sino más bien las agencias de publicidad. Sobre esta base, señala MUÑAGORRI LAGUÍA que la redacción del precepto penal publicitario permite diferenciar aquellos sujetos activos que en sus ofertas hacen alegaciones falsas de los sujetos que hacen en la publicidad alegaciones falsas activos (dentro de los cuales pueden ser incluidas las agencias de publicidad), sin necesidad de que sean de sus productos; de este modo, las agencias de publicidad pueden ser considerados autores en los responsables en los mismos términos que los fabricantes o comerciantes⁴⁸², ya que en la práctica, a excepción de los comerciantes minoristas, la confección de la publicidad de los productos es encargada por fabricantes y empresas a las agencias publicitarias especializadas en la elaboración de la misma.

⁴⁸¹ *Ibidem*, pág. 11.

⁴⁸² MUÑAGORRI LAGUÍA, I., *La protección...*, *cit.*, págs. 89 y ss.

De esta manera, tras la reforma del Código Penal de 22 de junio de 2010 – Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal-, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha visto respaldada legalmente en el sentido de que el artículo 31 bis de nuestro Texto punitivo ha incorporado la responsabilidad directa de las personas jurídicas, ello en base a que, de una forma discutible, se ha pretendido amparar, tal y como se señala en su Exposición de Motivos, los numerosos instrumentos internacionales que demandan una respuesta penal clara para la responsabilidad penal de las personas jurídicas, puesto que la sociedad actual se presenta con un grado de complejidad en la que la intervención social ya no tiene lugar exclusivamente entre sujetos individuales⁴⁸³. En este sentido, tal y como afirma MORILLAS CUEVA, muchos han sido los planteamientos doctrinales al respecto y también las respuestas legislativas sobre un tema que «ha propiciado un amplio debate, fundamentalmente en los últimos años»⁴⁸⁴.

El Preámbulo de la Ley 5/2010 determina que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física, en base a lo cual se suprime el apartado 2 del art. 31 CP y se proyecta un «modelo de responsabilidad directa y cumulativa de las personas jurídicas, en el que dicha responsabilidad es compatible, por ser autónoma y paralela, con la de la persona física»⁴⁸⁵.

⁴⁸³ BACIGALUPO SAGESSE, S., «De las personas criminalmente responsables. De los delitos y faltas», *Comentarios al Código Penal*, GÓMEZ TOMILLO (Dir.), Valladolid, 2010, pág.271.

⁴⁸⁴ MORILLAS CUEVA, L., *Addenda...*, cit., pág. 1.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, pág. 2.

El legislador ha optado por una doble vía de regulación en el art. 31 bis CP: por un lado, acoge la imputación de aquellos delitos llevados a cabo en nombre de personas jurídicas o por cuenta de las mismas, y en su provecho, cometidos por las personas que tienen poder de representación en las mismas; y por otro, aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en la hipótesis anterior⁴⁸⁶.

De este modo, dentro del catálogo de delitos en los que el legislador ha previsto la responsabilidad penal de las personas jurídicas encontramos el tipo publicitario, ya que el art. 288 CP así lo determina. Por lo que, si el hecho es cometido por los representantes legales o administrativos de hecho o de derecho o por quienes, estando sometidos a la autoridad de los mismos y no ejerciéndose el debido control, pueden cometer el hecho en nombre de la persona jurídica, en su provecho o por su cuenta, se dará lugar a tal responsabilidad penal, ya que el modelo seguido por el legislador es igual que el que en su día usó para las consecuencias accesorias, esto es *numerus clausus*, y así se determina específicamente en el apartado primero del art. 31 bis CP, en donde se introduce que sólo serán penalmente responsables las personas jurídicas en los supuestos previstos en este Código.

En esta línea, MIR PUIG señala como rasgos fundamentales del nuevo sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica, aplicables al delito de publicidad engañosa, los siguientes⁴⁸⁷:

⁴⁸⁶ *Ibidem*, pág. 12.

⁴⁸⁷ MIR PUIG. S., *Derecho...*, cit., págs. 201 y ss.

a) La LO 5/2010 establece un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica de *numerus clausus*, circunscrito, por tanto, a un catálogo cerrado de delitos legalmente previsto. En otros delitos, no cabe declarar responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero sí se prevé la facultad de que el Juez adopte alguna de las medidas del art. 129 CP.

b) Según el modelo previsto por la LO 5/2010, la responsabilidad de la persona jurídica no sustituye a la de la correspondiente persona física, sino que se acumula a ésta. Así, se consagra un modelo de responsabilidad de la empresa por el delito cometido por la persona física que actúe en su nombre o representación.

c) El precepto no define la expresión persona jurídica. Tampoco lo hace ningún otro precepto del CP, por lo que será de aplicación, a tales efectos, el concepto extrapenal de persona jurídica.

d) Quedan excluidas: a) Las entidades de Derecho público y asimilados; b) entidades mercantiles estatales (cámaras de comercio, colegios profesionales, etc.) y ejercientes privados de funciones públicas; y c) agentes políticos y sindicales.

e) Para la imputación de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha optado por un sistema de doble vía. Por una parte, la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas. Por otra, la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados.

f) En el nuevo sistema, la responsabilidad penal de la persona jurídica tiene cierta autonomía con respecto a la del autor del delito. En este sentido, se desvincula la responsabilidad penal de la persona jurídica de la propia de la persona física que comete el delito, por lo que siempre que concurren los presupuestos previstos en el art. 31 bis. 1 CP la sociedad responderá, aunque la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Esto no obstante, el inciso 2º del precepto vuelve a vincular la responsabilidad de la persona jurídica con la de la física al establecer una regla de compensación de la responsabilidad de la sociedad con la del autor del delito. Por su parte, el art. 31 bis. 3 CP abunda en la idea de que la responsabilidad penal de la sociedad no es accesoria de la de la persona física autora del delito.

g) El art. 31 bis CP recoge un catálogo de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Lo expuesto, si lo llevamos al ámbito publicitario, tal y como tendremos ocasión de estudiar, tiene fiel reflejo en la posible aplicación práctica, en el sentido de condenar a quien actúa desde la dirección o responsabilidad de una persona jurídica.

De esta manera, y ya que estimamos que el bien jurídico exige la tutela del patrimonio de los consumidores en su conjunto, nos posicionamos sobre la idea de equiparar, dado el momento actual de desarrollo económico, el término comerciante con el de empresario. En esta línea, prevemos que por tal ha de entenderse a toda persona que por sí o por medio de un delegado ejecute una actividad en el mercado, sobre la base de la adquisición de la titularidad de obligaciones y derechos que provengan de la referida actividad. Por otra parte, en base a decretar la

especificación en la conceptualización del término fabricante, consideramos por tal aquel individuo que comercializa un artículo, ya que si nos anclamos en una definición estricta dejaríamos fuera del ámbito de aplicación del tipo delictivo publicitario a aquellos sujetos que se dedican a producir objetos en serie, no siendo, por tanto, nunca emisores de los mensajes publicitarios, tal y como se señala en el artículo 282 del Código Penal de 1995, en el que específicamente se establece que las ofertas y publicidad han de provenir de los fabricantes. Es por ello que consideramos adecuada las redacciones ofrecidas tanto por el Proyecto de Código Penal de 1980 como por la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, en virtud de las cuales el delito publicitario no era un delito especial propio o en sentido estricto, dado que sujeto activo podía serlo cualquiera⁴⁸⁸, y no únicamente fabricantes o comerciantes, como ocurre con el vigente delito publicitario.

De *lege lata*, y en base a lo expuesto, queda patente que la previsión de sujeto activo del delito publicitario pasa, en la actualidad, por la delimitación tanto de fabricante como de comerciante, desde un punto de vista amplio, en el que se englobe al conjunto de personas que se dediquen de modo activo a la vida económica. Como propuesta de *lege ferenda* estimamos que habría sido más deseable que el legislador hubiera configurado este precepto desde el punto de vista de un delito común, con lo que se evitarían estos problemas interpretativos y se facilitaría la ampliación práctica del tipo a aquellos supuestos en los que lo verdaderamente relevante es el perjuicio grave y manifiesto causado al consumidor.

⁴⁸⁸ En concreto ambos textos introducían en su configuración la descripción de sujeto activo a través de la manera «el que», empleándose, por tanto, un sujeto activo común, no concretado con términos especiales como en la actualidad sucede con el tipo contenido en el art. 282 CP.

Por otro lado, consideramos que, en atención a la previsión de nuestro Texto punitivo, los administradores de hecho o de derecho de una persona jurídica, o los individuos que actúen en nombre o representación legal o voluntaria de otro, podrán responder personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de nuestro delito requiere para poder ser sujeto activo del mismo, siempre y cuando, esto sí, tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre el individuo. Es decir, los directivos de las agencias de publicidad pueden ser considerados responsables penales en los mismos términos en que lo son los fabricantes o comerciantes de alegaciones falsas o manifestaciones de características inciertas.

En cuanto a la responsabilidad de las personas jurídicas entendemos que en la actual sociedad globalizada la mayor parte de las prácticas publicitarias es confeccionada por agencias de la publicidad que se encargan ofertar los productos, tras el encargo de fabricantes y comerciantes, por lo que en base a la Ley 5/2010 queda determinada la responsabilidad directa penal de la persona jurídica, con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física, en base a lo cual se suprime el apartado 2 del art. 31 CP.

II.- Sujeto pasivo.

Como afirma MORILLAS CUEVA existe bastante coincidencia doctrinal en estimar al sujeto pasivo como «el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito o falta realizado»⁴⁸⁹. En el

⁴⁸⁹ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General*, t. II..., cit., pág. 173.

mismo sentido COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN dicen que sólo la titularidad del bien jurídico determinan la condición de sujeto pasivo⁴⁹⁰; por lo que el sujeto pasivo del delito no debe confundirse con el perjudicado por el mismo⁴⁹¹.

De este modo, si nos centramos en el art. 282 podemos observar que el Código Penal exige que el sujeto pasivo del delito publicitario se halle bajo la denominación de consumidor, ello lo hace en una evidente alusión a la necesidad de encontrarnos ante un sujeto pasivo plural, lo que significa, en palabras de MORILLAS CUEVA, que la relación entre el sujeto pasivo y el bien jurídico protegido en este delito se halla indeterminada por ofender a una colectividad plural de individuos⁴⁹².

Así, el análisis del sujeto pasivo del delito de publicidad engañosa, concretado en el consumidor, pasa, necesariamente, por el estudio de lo que por tal se entiende. En este sentido, hemos de señalar que el término «consumidor», a pesar de que ya en 1937 fue referido por el juez BLACK sobre la idea de «el ciudadano no tiene ninguna obligación de sospechar de la honestidad de aquellos con quien establece relaciones comerciales. Las leyes están hechas para proteger tanto al confiado como al sospecho»⁴⁹³, logra su reconocimiento social y

En el mismo sentido: ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio...*, cit., pág. 240.

⁴⁹⁰ COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho...*, cit., pág. 361.

⁴⁹¹ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General...*, cit., pág. 636.

⁴⁹² En esta línea: MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General, t. II...*, cit., pág. 175.

⁴⁹³ MARTÍNEZ GUERRA, A., «La nueva Directiva europea sobre practicas comerciales desleales. Consumidores, publicidad engañosa y sanción penal», *Sentencias de TSJ Y AP y otros*

económico tras el discurso que el 19 de marzo de 1962 dirigió el Presidente KENNEDY al Congreso de los Estados Unidos. Es a partir de este momento cuando se considera que comienza a evidenciarse el esfuerzo por generar una nueva concepción en la política de los consumidores⁴⁹⁴.

Sin embargo, la conceptualización de lo que por consumidor o usuario se entiende queda regida por las diferentes previsiones legales que los distintos Ordenamientos jurídicos perfilan. En base a ello, pasamos a analizar nuestro sistema con objeto de concretar la figura del consumidor desde el punto de vista penal, es decir, con objeto de poder determinar el sujeto pasivo del tipo publicitario.

Para ello, en primer lugar hemos de tener en cuenta que el legislador ha prescindido en la Ley General de Publicidad de concretar el sujeto pasivo, en cuanto a receptor de la actividad publicitaria⁴⁹⁵. Sin embargo, si observamos la definición que la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad otorga a los destinatarios de la publicidad, podemos entender que los mismos se encuentran constituidos por el conjunto de personas a las que se dirige el mensaje publicitario o a las que el mismo alcance⁴⁹⁶; es decir, nos encontramos ante una

Tribunales, número 22/2004, Aranzadi, Pamplona, 2005.

⁴⁹⁴ ESCAJEDO SAN EPUFANIO, L. «La base...», cit., págs. 233 y 234.

⁴⁹⁵ SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 193.

⁴⁹⁶ Artículo 2 de la Ley 34/1998, de 11 de noviembre.

A los efectos de esta Ley, se entenderá por publicidad: toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones; y por destinatarios: las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que este alcance.

definición amplia⁴⁹⁷ que permite englobar diferentes sectores de personas, físicas y jurídicas, consumidores todas ellas, desde el momento en que se convierten en destinatarios de campañas publicitarias, aunque las mismas no vayan dirigidas para ellas -piénsese en el caso de los padres que son lo que van a comprar los juguetes anunciados con el fin de captar la atención de los niños-⁴⁹⁸.

De este modo, lo que parece claro es que el sujeto pasivo del delito de publicidad falsa es de carácter plural, estando constituido por el grupo colectivo de consumidores, en cuanto a titular del bien jurídico protegido. Así, doctrinalmente se entiende que el carácter difuso del sujeto pasivo de este delito viene constituido por un grupo amplio e indeterminado de sujetos, los consumidores, que no llega a abarcar a la sociedad en general, dado que los intereses de los consumidores, como demandantes de bienes o servicios, se contraponen a los intereses de otro grupo social bien diferenciado, el de los empresarios que ofrecen tales

Igual regulación ofrecía el art. 2 del derogado Estatuto de la Publicidad que atendía a la publicidad como divulgación para dirigir la atención del público.

⁴⁹⁷ En este sentido, GONZÁLEZ RUS diferencia la noción amplia -que incluye a toda persona que contrata con el objeto de consumir, es decir, para utilizar un bien o servicio, aunque no sea para sí mismo- de la concepción restringida de consumidor -que considera como consumidor aquel que contrata con el fin de consumir o utilizar los bienes o servicios para satisfacer exclusivamente sus necesidades personales o familiares, excluyendo del concepto la profesionalidad-. GONZÁLEZ RUS, J. J., *Los intereses...*, cit., págs. 53 y ss.

⁴⁹⁸ Señala SIERRA LÓPEZ en esta línea que la necesidad de captar y dirigir a los sujetos, en cuanto a destinatarios finales se refiere, coloca a los comerciantes en posiciones especialmente agresivas, en donde el uso de todo tipo de medios para atraer la atención de la clientela- que se encuentra motivada y decidida por un producto o servicio- termina convirtiendo la publicidad en una actividad de exaltación de los productos. SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 194.

productos o servicios en el mercado⁴⁹⁹. En base a ello QUERAL JIMÉNEZ estima que no se puede afirmar que el sujeto pasivo en este delito está constituido por la comunidad en general⁵⁰⁰.

Del mismo modo, en la medida en que a través del delito de publicidad engañosa existe un peligro hipotético para el patrimonio del conjunto consumidores, hemos de analizar la definición general de consumidor recogida en el art. 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en virtud de la cual se consideran consumidores a las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional; es decir, será consumidor quien adquiere bienes o servicios para utilizarlos o consumirlos en su ámbito personal, familiar o doméstico, sin volver a introducirlos en el mercado mediante su reventa o cesión a terceros⁵⁰¹.

Sobre esta base, hay que resaltar que dicha conceptualización se recoge en una de las más tempranas definiciones legales de consumidor.

⁴⁹⁹ En esta línea: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2008, versión CD-ROM; CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal. Parte Especial*, VIVES ANTÓN (Dir.), Valencia, 1999, pág. 524; GONZÁLEZ RUS, J. J., *Sistema...*, cit., pág. 601.

⁵⁰⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte Especial*, Barcelona, 2010, pág. 790.

⁵⁰¹ En esta línea: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO establece que, en este sentido, cualquier transmisión o cesión ajena al mercado no incide en la consideración del transmitente como destinatario final, es decir, seguirá teniendo tal cualidad aunque realice una cesión o transmisión más allá de su ámbito familiar, siempre y cuando no llegue a suponer una nueva introducción en el mercado del bien o servicio adquiridos. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, 1999, pág. 29 y ss.

Esta es la ofrecida por la Carta de Protección del consumidor del Consejo de Europa (Resolución n° 543, de 17 de mayo de 1973), en la que se considera consumidor a «una persona física o jurídica a la que se proporcionan géneros y servicios para su uso privado». Y del mismo modo, la jurisprudencia europea ha venido de delimitar el concepto de consumidor en atención al destino final de bien o servicio que el mismo utiliza para satisfacer sus necesidades privadas, ajenas a cualquier actividad comercial o profesional; como ejemplo de ello destaca la sentencia del TJCE de 3 de julio de 1997, asunto C-269/95, en la que se hace referencia, igualmente, a la cualidad de consumidor en unas circunstancias determinadas, aclarando que tal condición puede perderse si la situación aparece con connotaciones bien diferenciadas⁵⁰².

Sin embargo, si analizamos la legislación de otros países podemos observar cómo no se menciona expresamente al consumidor como sujeto pasivo en el delito de publicidad falsa. Esto no obstante, en el ordenamiento jurídico francés este silencio parece no resultar problemático puesto que resulta obvio que el delito de publicidad engañosa está destinado a proteger a los consumidores, dado que se incluye en el *Code de la consommation*. Por su parte, en Alemania se han barajado diferentes posiciones que han venido a considerar como sujeto pasivo de este delito no sólo al consumidor o destinatario final, sino también al comerciante individual o al pequeño empresario, a las personas carentes de formación especializada y que pueden ser fácilmente engañadas por un mensaje publicitario falso e, incluso, se ha afirmado que el pequeño comerciante o el empresario individual podrían

⁵⁰² RODRÍGUEZ BENOR, A., «Delimitación de la noción de consumidor en la contratación mercantil internacional a los fines de la delimitación del órgano judicial competente según el Convenio de Bruselas de 1968», *La Ley*, núm. 6, 1997, pág. 343.

hallarse en una indefensión semejante frente a una publicidad falsa proveniente de una poderosa y experta empresa mayorista⁵⁰³.

En semejantes términos podemos observar que la definición otorgada por el Real Decreto por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias puede dar lugar a importantes problemas de interpretación. En atención a lo expuesto cabe hacer mención al caso en que el adquirente de un bien o servicio no lo vuelva a introducir en el mercado, pero lo utilice en un proceso de producción o comercialización de bienes o servicios para el mismo mercado; aquí, si tenemos en cuenta el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, el adquirente no tendría la condición de consumidor, puesto que solo será consumidor la persona física o jurídica que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

En este sentido, se nos presenta una doble alternativa en lo que al perfil otorgado al consumidor a efectos del art. 282 del CP se refiere. Es decir, ¿cabe restringirlo estrictamente al consumidor final? O, por su parte ¿es posible dar cabida también a los empresarios y profesionales en determinados casos?

En atención a lo señalado, son dos las opciones señaladas, esto es concepción estricta y amplia de consumidor, que pasamos a estudiar.

⁵⁰³ Opciones, todas ellas, analizadas por PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., págs. 285 y 286.

La concepción restringida entiende al consumidor como destinatario final, en cuanto a sujeto que destina los productos o servicios a satisfacer necesidades privadas o familiares⁵⁰⁴. En base a ello cabe señalar la opción planteada por MUÑAGORRI LAGUÍA, quien considera que el concepto de consumidor del art. 282 de nuestro Texto punitivo ha de ser aun más restrictivo dado que el Derecho Penal no puede proteger sin más al conjunto total de los consumidores considerados como posibles adquirentes de bienes y servicios. Así, este autor afirma que el sujeto pasivo del delito de publicidad engañosa no ha de estar constituido por todos aquellos «a los que meramente el mensaje publicitario alcance, sin más requisitos, pues sistemáticamente tienen que ser posibles afectados por un perjuicio grave y manifiesto»⁵⁰⁵; y del mismo modo, cabe mencionar la opción planteada por SIERRA LÓPEZ, para quien el concepto establecido por el legislador se inclina por proteger un círculo cerrado y concreto de sujetos, los consumidores finales, es decir, los sujetos que adquieren los bienes o servicios para utilizarlos o consumirlos sin que vuelvan a salir al mercado⁵⁰⁶

Desde otra perspectiva, existen opiniones que mantienen un concepto más amplio de consumidor⁵⁰⁷, más acorde con la noción ofrecida por la Ley General de Publicidad, que recordamos introducía que los destinatarios de la misma se encuadraban en el conjunto de personas a las que se dirige el mensaje publicitario o a las que el mismo alcance, ello en el sentido de abarcar a todo sujeto al que se dirige la

⁵⁰⁴ SÁNCHEZ GARCÍA, I., «El nuevo delito...», cit., pág. 566. MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., pág. 59.

⁵⁰⁵ MUÑAGORRI LAGUÍA, I., *La protección...*, cit., pág. 92.

⁵⁰⁶ SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 199.

⁵⁰⁷ PUENTE ABA, L. M., *Los delitos...*, cit., págs. 19 y ss. CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., págs. 91 y ss.

publicidad aunque no sea destinatario final. En esta línea, CARRASCO ANDRINO manifiesta que excluir por la sola razón de la profesionalidad a los sujetos que adquieren bienes o servicios no para consumirlos directamente, sino para emplearlos en la producción de otros bienes o servicios, y a los que de cualquier modo se destina una parte de la publicidad, reduce, desde su punto de vista, el ámbito de aplicación del delito publicitario; en base a que:

- 1) Estos sujetos también son destinatarios de la publicidad.

- 2) De no protegerse este sector la transparencia de mercado pondría en peligro y afectaría al sistema de competencia.

- 3) El legislador ha querido recoger, según la opinión de la autora en cita, todas las posibles formas de publicidad engañosa, con independencia de que el destinatario adquiriera el bien para satisfacer una necesidad personal, particular o profesional o industrial⁵⁰⁸.

En este sentido, PUENTE ABA propone emplear como criterios de delimitación del sujeto pasivo los fundamentos que justifican la intervención penal para sancionar determinadas conductas de publicidad falsa. Y en aras a ello señala que la necesidad de tutela penal de los consumidores tiene su explicación en el hecho de que los mismos se hallan en una situación de inferioridad frente a los sujetos que ofrecen bienes o servicios, en base a que dicha indefinición se caracteriza principalmente «por la gran abundancia y complejidad de las ofertas existentes en el mercado y por el

⁵⁰⁸ CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., págs. 91 y 92.

déficit de información de los potenciales adquirentes»⁵⁰⁹. Y fundamentándose en esto justifica que no hay inconveniente alguno en extender el ámbito de protección de la norma a los empresarios o profesionales que se hallan en una situación de inferioridad e indefensión, al estar frente a una publicidad proveniente de otros empresarios más poderosos o con mayor preeminencia en el mercado⁵¹⁰.

Sobre la determinación de que el tipo publicitario no introduce una concreción de lo que por sujeto pasivo del delito publicitario se entiende, y en base a la previsión extrapenal que por medio de la Ley General de Publicidad otorga una concepción amplia del mismo -en cuanto a receptor de la actividad publicitaria, que permite englobar diferentes sectores de personas, físicas y jurídicas, conforme a consumidores que se convierten en tal desde el momento mismo en que son destinatarios de campañas publicitarias-, consideramos que el sujeto pasivo, sobre el que recae la acción delictiva del artículo 282 del Código Penal, lo constituye el grupo colectivo de consumidores.

Así, mantenemos, de *lege lata*, un concepto amplio, en el convencimiento de que la exclusión del ámbito conceptual de consumidor a determinados sujetos, por la sola razón de su profesionalidad, no es suficiente si tales empresarios o profesionales se hallan en una situación de desigualdad en relación con otros colegas más poderosos.

Sobre esta idea proponemos que la configuración de consumidor atienda al marco preciso en que se difunde la publicidad, con el objetivo

⁵⁰⁹ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 287.

⁵¹⁰ *Ibidem*, pág. 287.

de determinar si los sujetos a los que se dirige el mensaje se encuentran en una real situación de desigualdad; y para ello será, precisamente, el hecho de hallarse en tal estado lo que permitirá calificar a un potencial adquirente como consumidor. En este sentido, no se puede obviar el bien jurídico seleccionado y el hecho que una restricción del concepto sin justificación podría generar ámbitos de impunidad.

III.- Objeto material.

De acuerdo con el artículo 282 CP, «serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos».

En atención a esta previsión, la fundamentación del castigo queda referida a las alegaciones o manifestaciones falsas o inciertas vertidas sobre los productos o servicios que hayan sido ofertados o publicitados, siempre y cuando, tales alegaciones o manifestaciones viertan sobre el consumidor un potencial peligro, basado en la gravedad y manifestación del mismo.

De esta manera, si analizamos el objeto material referido al delito publicitario, hemos de orientarnos sobre dos premisas: en primer término, hemos de concretar lo que se entiende por producto o servicio y, en segundo lugar, hemos de analizar la investigación hacia la previsión

de la oferta y de la publicidad.

1.- Productos o servicios del delito de publicidad engañosa.

Señala MORILLAS CUEVA que el objeto material del delito, en general, es la persona o cosa sobre la que recae la acción típica⁵¹¹; así, si nos centramos en el delito particular que estamos estudiando, el objeto material será de tipo real por recaer sobre los productos o servicios.

De este modo, por *producto* se entiende, en equivalencia a lo señalado en el Diccionario de la Real Academia, «cosa producida», en el sentido de «cosa o servicio creados con valor económico»; es decir, cualquier cosa susceptible de ser adquirida en el mercado, sea mueble o inmueble, incluyendo las materias primas o los productos financieros⁵¹².

Por su parte, con el término *servicio* se alude a las prestaciones de actividades, lo que gramaticalmente significa «prestación humana que satisface alguna necesidad social y que no consiste en la producción de bienes materiales».

Sin embargo, la doctrina ha manifestado que esta configuración tan amplia del objeto material no respeta los principios de taxatividad y de intervención mínima; dado que los términos típicos no

⁵¹¹ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General*, t. II..., cit., pág. 175.

⁵¹² PUENTE ABA, L. M., *Los delitos...*, cit., pág. 21.
CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., pág. 122.

son lo suficientemente precisos y terminantes, sino que supone una expresión genérica que permite que los Tribunales apliquen el tipo a cualquier declaración publicitaria falsa, aunque recaiga sobre las características insignificantes de los productos o servicios⁵¹³, por lo que el olvido del principio de intervención mínima del Derecho Penal, podría dar opción a la actuación del mismo en ámbitos donde sería suficiente la aplicación de medidas protectoras más benignas, propias del Derecho Civil o del Administrativo⁵¹⁴.

En este sentido, señala SIERRA LÓPEZ que el delito de publicidad engañosa ha de centrar su atención en las características de los productos o servicios ofertados o publicitados, *sensu contrario*, toda alegación falsa o manifestación de características inciertas que no recaiga sobre los mismos, no integra el tipo delictivo⁵¹⁵.

Sin embargo, el actual Texto punitivo sigue las variaciones ya ofrecidas por el Proyecto de Código Penal de 1992, que en su art. 287 castigaba a los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hicieran alegaciones falsas o manifestaran características inciertas sobre dichos productos o servicios y

⁵¹³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte Especial...*, cit., pág. 233. VALLE MUÑIZ, J. M., *Comentarios...*, cit., pág. 852.

En este sentido, señala PUENTE ABA que con ello se permite incluir en el tipo todo mensaje publicitario cualquiera que sea su tema o el objeto sobre el que recae, por lo que al incluir en el tipo cualquier clase de publicidad se podrá castigar conductas que inciden sobre productos o servicios no demasiado relevantes y para cuyo castigo sería suficiente la aplicación de sanciones menos coercitivas. PUENTE ABA, L. M., *Los delitos...*, cit., págs. 21 y 22.

⁵¹⁴ PUENTE ABA, L. M., *Los delitos...*, cit., pág. 25.

⁵¹⁵ En esta línea: SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 164.

por el artículo 278 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994, que sancionaba, igualmente, a los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios hicieran alegaciones falsas o manifestaran características inciertas sobre los mismos; suprimiéndose, de este modo, cualquier referencia a las características de los productos o servicios anunciados, tal y como se había hecho en el Proyecto de Ley Orgánica de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 que aludían, respectivamente, al que hiciere en la actividad publicitaria falsas alegaciones sobre la naturaleza, composición, origen o cualidades sustanciales de los productos o servicios anunciados -art. 342-, o sobre la naturales composición, virtudes o cualidades sustanciales de los productos o servicios anunciados –artículo 279-.

Tal supresión no ha estado exenta de críticas y, en este sentido, señala MARTINEZ PÉREZ que habría sido más conveniente la regulación ofrecida por el Proyecto de Ley Orgánica de 1980 y por la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, ya que apreciaban con mayor concreción el precepto regulador de la publicidad falsa⁵¹⁶.

Para CHOCLÁN MONTALVO la necesidad de que las alegaciones falsas y /o las manifestaciones inciertas, prevista en el tipo publicitario, sea idónea para producir grave perjuicio en el consumidor excluye a aquellas falsedades que no recaigan sobre características esenciales de los bienes y servicios, y en base a ello considera que hubiera sido más adecuado que el legislador hubiera previsto una lista

⁵¹⁶ MARTINEZ PÉREZ, C., «El delito de publicidad engañosa en el Anteproyecto de Código Penal Español de 1992», *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*, Jornadas en honor del Profesor KLAUS TIEDEMANN, Madrid, 1995, pág. 235.

cerrada de las circunstancias de los productos y servicios objeto de tales alegaciones o manifestaciones⁵¹⁷.

Sobre dicha idea el autor en cita introduce que el tipo contenido en el art. 282 CP puede vincularse a las exigencias del art. 5 de la Ley General de Publicidad que, en concreto, determina las falsedades sobre las características esenciales de los productos o servicios pueden constituir el objeto de la acción punible⁵¹⁸. Es decir, para determinar si una publicidad es engañosa, se tendrán en cuenta todos sus elementos y principalmente las indicaciones concernientes a:

«1. Las características de los bienes, actividades o servicios, tales como:

- a) Origen o procedencia geográfica o comercial, naturaleza, composición, destino, finalidad, idoneidad, disponibilidad y novedad.
 - b) Calidad, cantidad, categoría, especificaciones y denominación.
 - c) Modo y fecha de fabricación, suministro o prestación.
 - d) Resultados que pueden esperarse de su utilización.
 - e) Resultados y características esenciales de los ensayos o controles de los bienes o servicios.
 - f) Nocividad o peligrosidad.
2. Precio completo o presupuesto o modo de fijación del mismo.
 3. Condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización a entrega de los bienes o de la prestación de los servicios.
 4. Motivos de la oferta.

5. ⁵¹⁷ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «El delito...», cit., pág.

⁵¹⁸ *Ibidem*, pág. 5.

5. Naturaleza, cualificaciones y derechos del anunciante, especialmente en lo relativo a:

- a) identidad, patrimonio y cualificaciones profesionales.
- b) Derechos de propiedad industrial o intelectual.
- c) Premios o distinciones recibidas.

6. Servicios post-venta»⁵¹⁹.

En esta línea, estima LAMPE que la prohibición jurídico penal, en el campo de la publicidad engañosa, debe centrarse en dos tipos de engaño: en primer término el referido a los bienes y servicios ofrecidos con especial referencia a la calidad, origen y naturaleza de los mismos y, en segundo lugar, el que apunta al precio de esos bienes y servicios⁵²⁰.

Por su parte, MORENO Y BRAVO, entiende que el objeto material del delito de publicidad engañosa puede venir referido: al precio, en cuanto a oferta global o de alguna mercancía o servicio ofrecido, calidad, composición, naturaleza u origen del bien. En definitiva, cualquier circunstancia relevante y esencial para la utilidad o aprovechamiento del producto o servicio⁵²¹, excluyendo del ámbito de aplicación del art. 282 CP cualquier otro tipo de engaño diferente en las características esenciales de los productos y servicios⁵²²; es decir,

⁵¹⁹ Artículo 5 de la Ley General de Publicidad.

⁵²⁰ LAMPE, E. J., «La protección jurídico-penal de la competencia económica en el Anteproyecto de Código Penal español de 1983», *La reforma penal, Delitos socioeconómicos*, Madrid, 1985, pág. 382.

⁵²¹ MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., págs. 116 y 117. En la misma línea: CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., pág. 123. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico, Parte Especial...*, cit., pág. 233.

⁵²² MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., págs. 116 y 117.

quedando fuera del ámbito de lo punible aquellas alegaciones falsas que no se refieran a los productos o servicios, sino por ejemplo, a los motivos de la oferta, a los premios o galardones obtenidos por el anunciante, siempre que no tengan relevancia con la calidad del producto, al patrimonio o a otros aspectos personales del anunciante, al destino que va a otorgarse a las ganancias, etc.⁵²³

Así, y dado que el Código Penal de 1995 no introduce el criterio de *numuerus clausus* referido a las características del objeto, previsto tanto en el Proyecto de 1980 como en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, determinamos, de *lege lata*, como extremos esenciales de los bienes o servicios ofertados o publicitados, en virtud de los cuales puede ponerse en potencial peligro el patrimonio del conjunto de los consumidores los que a continuación se enumeran:

1.- En atención a la naturaleza se puede entender que la misma viene constituida por las características definitorias de un bien o servicio, es decir, por la calidad de los mismos; en base a la composición y/o a la efectividad de dicho bien o servicio⁵²⁴. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 2ª) núm. 218/2002, de 11 noviembre (ARP 2003\263) condena a un individuo en base a que el etiquetado de un producto no coincidía con las características esenciales de lo envasado.

2.- El origen, resulta especialmente importante para que el

⁵²³ En este sentido: CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., pág. 122.

⁵²⁴ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 313.

consumidor conozca la certeza de este dato, ya que funciona como un elemento diferenciador de las ofertas de una misma clase de bienes o servicios, al indicar la procedencia, tanto en sentido geográfico como empresarial⁵²⁵. En esta línea, destaca la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal núm. 357/2004, de 19 marzo (RJ 2004\1848), referida a la comercialización de botellas con falsas etiquetas de denominación de origen.

3.- El modo y fecha de fabricación, constituyen una indicación sobre la calidad de los productos o servicios⁵²⁶. En base a ello, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja (Sección Única) núm. 17/2003, de 12 febrero (ARP 2003\331), condena por el delito publicitario, en virtud del empleo de contra etiquetas y precintos simulados con el fin de comercializar un producto con unas características de las que carece.

4.- En cuanto a la fijación del precio, resulta esencial en el sentido de que dicho dato puede falsear el verdadero valor económico de lo anunciado⁵²⁷. Destaca la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 1ª) núm. 101/2005 de 22 marzo ARP 2005\129, basada en el señalamiento de ciertas obligaciones de garantía o aval de determinadas cantidades entregadas a cuenta.

5.- Por lo que respecta a la cantidad de existencias, la información de esta circunstancia es relevante, en el sentido de que si casi no se

⁵²⁵ PUENTE ABA, L. M., *Los delitos...*, cit., págs. 26 y 27.

⁵²⁶ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 315.

⁵²⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, cit., pág. 512.

poseen existencias ello podría dar lugar a la coacción del comprador indeciso que se decide por la compra ante la posibilidad de que se agote en breve el artículo ofrecido⁵²⁸ -lo cual debe relacionarse con el delito de detracción del mercado de materias primas p productos de primera necesidad, previsto en el art. 281 CP-. En esa orientación, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 13 de de enero de 1999 (RJCA 1999\924), considera que no debía apreciarse falsedad sobre las existencias cuando el oferente no tiene el producto debido a un retraso del proveedor o porque se agotan las reservas antes de lo previsto.

6.- Las utilidades que suponen los efectos o resultados que caben esperarse de los productos o servicios ofertados, por lo que este extremo se muestra importante en la determinación del requisito típico de aptitud que causa a los consumidores un perjuicio económico de carácter grave y manifiesto⁵²⁹.

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 1ª) núm. 383/2002, de 28 de junio, ARP 2002\528 condena por la puesta en circulación de trípticos en los que se anunciaba la apertura de una escuela de turismo en la que se cursarían estudios homologados, cuando en realidad el proceso de homologación no había terminado y se truncó meses después de iniciarse las clases.

7.- El alcance de los compromisos asumidos por la anunciante supone una cláusula ya incluida en la actual redacción del art. 282 CP, en el sentido de que las declaraciones referidas al comerciante o fabricante serán penalmente relevantes en la medida en que estén directamente

⁵²⁸ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 316.

⁵²⁹ En esta línea: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Consideraciones...», cit., pág. 85.

relacionadas con las características de lo que ofrecen en el mercado, es decir, con las condiciones relevantes para adquisición o contratación del producto o servicio⁵³⁰; constituyéndose un elemento esencial en relación al compromiso que sobre el bien o servicio adquiere el anunciante. En esta línea, parece ilógica la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 522/2009, de 14 mayo RJ 2010\976, que no llega a condenar por publicidad engañosa, dado que no constaba que el alcance de los anuncios que formaran parte de la trama dirigida al engaño de los compradores para la compra de las viviendas fuera de carácter público.

8.- En último término, por lo que se refiere a las cualidades sustanciales, las mismas suponen un elemento esencial para motivar una decisión de compra por parte del propio consumidor o usuario⁵³¹.

Así, destaca la sentencia de Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 2ª) núm. 14/2008, de 17 de marzo, JUR 2008\182235 centrada en la adquisición de unas viviendas en una urbanización con determinados servicios comunes por los que se pagó un precio sin llegar a tener los perjudicados tales servicios ofrecidos.

En atención a lo señalado, consideramos que ha de castigarse este tipo de comportamiento siempre que la gravedad de la conducta ponga en peligro el patrimonio de los consumidores al quedar afectadas propiedades esenciales sobre las que recaen los productos o servicios ofertados o publicitados -tales como la naturaleza, la composición, el

⁵³⁰ CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., pág. 103. QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...*, cit., págs. 790 y 791.

⁵³¹ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 318.

origen, el modo y fecha de fabricación, la fijación del precio, la cantidad de existencias, las propiedades, el alcance de los compromisos asumidos por el anunciante o las cualidades esenciales-.

2.- Publicidad y ofertas en el delito de publicidad engañosa.

El tipo publicitario recogido en el precepto 282 de nuestro Texto punitivo exige que el objeto material no recaiga sobre cualquier producto o servicio, sino sobre el ofertado o publicitado. Por ello se puede deducir que la intervención penal se limita al ámbito publicitario comercial, determinado por DE LA CUESTA RUTE, como aquel sector de la realidad de signo económico «en el que los intereses son susceptibles de satisfacción a través de los contratos»⁵³².

En este sentido, con el objeto de determinar los límites de este delito, cabe analizarse lo que se entiende por publicidad y por oferta. Por lo que respecta al concepto de *publicidad* si acudimos a la legislación extrapenal, concretamente al art. 2 de la Ley General de Publicidad de 1988, podemos entender por publicidad «toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones»; de lo cual se extrae que sus principales características se basan en que:

⁵³² DE LA CUESTA RUTE, J. M. / DE LA OLIVA SANTOS, A., «Tratamiento jurídico en España de la comunicación publicitaria ilícita», *Diario La Ley*, 1981, tomo 4, págs. 894 y 895.

1) La publicidad es una forma de comunicación, principalmente informativa, en el sentido de que a través de la comunicación se ponen en contacto emisor y receptor y de que por medio de la información se manifiestan las características sobre las que se desea informar⁵³³.

2) La actividad publicitaria se da en el contexto de una actividad profesional, es decir, el anunciante es un agente económico que pretende que por medio de la publicidad se compre y utilicen los productos o servicios que se anuncian.

3) El principal objetivo del anunciante es promover la contratación de bienes y servicios ofertados.

Precisamente es esta última característica la que define la dimensión funcional de la publicidad como «actividad dependiente o instrumental de otra principal de carácter económico»⁵³⁴; es decir, a raíz de la definición otorgada por la Ley de 1988 la publicidad se entiende desde un concepto de carácter económico-mercantil, ya que la esencia de dicha definición está constituida por la existencia de una promoción directa o indirecta a la contratación de bienes y servicios⁵³⁵.

La actual legislación publicitaria permite identificarla con cualquier forma de comunicación, como anteriormente hemos señalado al

⁵³³ SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 145.

⁵³⁴ CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., pág. 96 y 97.

⁵³⁵ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 290.

anunciar la primera de las características aportadas por la Ley General de Publicidad, dejando a un lado la previsión que de la misma hacía el Estatuto de Publicidad de 1964, en el que se recogía que sólo podía darse desde medios de comunicación de masas⁵³⁶. De este modo, en la actualidad la publicidad puede adoptar cualquier forma, directa o indirecta, siempre que su finalidad sea la de contratar bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones, ya sea a través de radio, televisión, prensa, propaganda, panfletos, octavillas, catálogos, carteles, cine, teléfono, trato individual con el cliente, representantes de comercio, etc.

En esta línea, y dado el carácter tan amplio que la fórmula presenta, una postura doctrinal mercantilista entiende que dentro de la misma cabe cualquier trato preliminar en la adquisición de un bien o servicio, en base a que éste persigue la referida contratación⁵³⁷; sin embargo, otro sector determina que el elemento característico de la publicidad viene dado por ser ésta una forma de comunicación dirigida a un indeterminado grupo de sujetos, ya que la misma es fundamentalmente una forma de comunicación social⁵³⁸.

De lo expuesto se extrae que, según un importante sector de

⁵³⁶ DE CUESTA RUTE, J. M., *Régimen jurídico de la publicidad*, Madrid, 1974, pág. 38. SANTAELLA LÓPEZ, M., *El delito publicitario (aspectos penales de la comunicación publicitaria)*, Madrid, 1981, pág. 38.

⁵³⁷ Por todos: LEMA DEVESA, C., «La publicidad...», cit., pág. 6136.

⁵³⁸ En este sentido: GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «La armonización del régimen jurídico aplicable a la publicidad engañosa en la CEE (Introducción al estudio de la directiva CEE 84/450, de 10 de septiembre de 1984)», *Revista de las Instituciones Europeas*, 15/2 mayo-agosto, 1988, págs. 459 y ss.

nuestra doctrina⁵³⁹, cualquier tipo de comunicación puede considerarse de naturaleza publicitaria siempre que la misma persiga esa finalidad, siendo indiferente el medio en que se manifieste o el acompañamiento o no físico del producto o servicio cuando es presentado en el propio mercado, pudiéndose integrar aquellas incitaciones a la contratación que se presentan en el etiquetado del bien que se ofrece. Esto no obstante, algún autor considera que la actividad publicitaria implica una actuación consistente en hacer llegar un mensaje al conocimiento de una masa de personas y ello no permite que la información que se consigna en el etiquetado, en el sentido de información prevista en el producto en su presentación en el mercado, constituya verdadera publicidad⁵⁴⁰.

De otro lado, la expresión *oferta* permite abarcar aquellos supuestos en los que las alegaciones falsas o manifestaciones inciertas no se desarrollan en el ámbito de la actividad publicitaria propiamente dicha. Así, desde el punto de vista mercantil la actividad publicitaria se ha venido a definir como «proposición hecha con el fin de recontractar, como acción de manifestar a otro un negocio jurídico para inducirle a que lo adopte»⁵⁴¹; lo que en palabras de SIERRA LÓPEZ viene a significar declaración de voluntad en virtud de la cual el oferente pasa a manifestar la intención de llegar a la formación de un contrato y por medio de la que establece los requisitos necesarios del contrato al que se quiere llegar, de

⁵³⁹ VALLE MUÑIZ, J. M. / MORALES PRATS, F., *Comentarios...*, cit., pág. 1300. MUÑAGORRI LAGUÍA, I., *La protección...*, cit., pág. 105. SÁNCHEZ GARCÍA, I., «El nuevo delito...», cit., pág. 565. LUZÓN PEÑA, D. M., *El delito publicitario en el nuevo Código Penal de 1995*, Cartas CEDEF 1996, nº 1, pág. 5. MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., págs. 80 y 81.

⁵⁴⁰ En esta línea: TAMARIT SUMALLA, J.M., «La tutela...», cit., págs. 341 y 342.

⁵⁴¹ ARRILLAGA, J. I., «Valor de las ofertas hechas a personas indeterminadas», *Revista de Derecho Mercantil*, 1952, pág. 12.

forma tal que dicho contrato va a quedar formalizado si se produce la aceptación⁵⁴².

En esta línea, cabe señalar las acepciones asignadas a la oferta, ya que por un lado se la entiende como promoción y, de otra parte, se la considera desde su punto de vista comercial.

Así, hemos de señalar que un sector doctrinal determina la oferta a través de la Ley de 1/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, en cuanto a promoción dentro del marketing, ya que el art. 27 de la referida Ley introduce el concepto de ventas de promoción u oferta⁵⁴³, como equivalente a la promesa que se hace de dar, cumplir o ejecutar algo, o propuesta para contratar⁵⁴⁴.

Desde otra perspectiva, si nos centramos en los artículos 8 y 9 de la Ley 1/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, la oferta ha de entenderse desde su sentido comercial dado que la misma consistirá en la

⁵⁴² SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 149.

⁵⁴³ Artículo 27. Concepto.

1. Se consideran ventas de promoción o en oferta aquellas no contempladas específicamente en otro de los Capítulos del presente Título, que se realicen por precio inferior o en condiciones más favorables que las habituales, con el fin de potenciar la venta de ciertos productos o el desarrollo de uno o varios comercios o establecimientos.

2. Los artículos que vayan a comerciarse como productos en promoción podrán adquirirse con este exclusivo fin, no podrán estar deteriorados, ni tampoco ser de peor calidad que los mismos productos que vayan a ser objeto de futura oferta ordinaria a precio normal.

3. Será de aplicación a las ventas de promoción lo dispuesto en los artículos 33 y 34 de la presente Ley.

⁵⁴⁴ GONZÁLEZ RUS, J. J., *Sistema...*, cit., pág. 601.
HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., «El delito...», cit., pág. 1106.

exposición y venta de mercancías al comprador por parte del vendedor, en un ofrecimiento público de venta. En atención a dicha perspectiva se manifiesta parte de la doctrina civilista al vincular el término oferta con la previsión señalada por la Real Academia de la Lengua, que define oferta como «conjunto de bienes o mercancías que se presentan en el mercado con un precio concreto y en un momento determinado»⁵⁴⁵; y, de igual modo, un sector de la doctrina viene a concebir la oferta desde su concepción amplia, dado que, como señala MAPELLI CAFFARENNA, no hay fundamento legal que identifique la interpretación restrictiva, a pesar de que en el lenguaje comercial usual identifique la palabra oferta con las ventas en promoción o rebajas, por lo que incluye «tanto la macro publicidad dirigida al conjunto de consumidores sin distinción, como la publicidad a domicilio»⁵⁴⁶.

Esto no obstante, la interpretación del término oferta, en el sentido de oferta comercial, da lugar a que se rechace como presupuesto del tipo contenido en el art. 282 CP la realización de una oferta a un sólo individuo, dado que según establece PUENTE ABA el ofrecimiento de un bien o servicio a un único individuo no puede considerarse oferta comercial, «puesto que esa actuación aislada no se integra en el tráfico de mercancías dentro del mercado»; y ello sobre la consideración de que el rasgo que caracteriza a la publicidad es precisamente que las comunicaciones informativas y las manifestaciones persuasivas de la empresa no van dirigidas a un comprador concreto, sino a la masa de consumidores⁵⁴⁷; sin embargo, algún autor admite la inclusión de la

⁵⁴⁵ PASCUAU LIAÑO, M., *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO / SALAS HERNÁNDEZ (Coords.), Madrid, 1992, págs. 155 y 156. DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, 2005, pág. 65.

⁵⁴⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., págs. 79 y 80.

⁵⁴⁷ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., págs.

oferta individual en el delito publicitario, siempre y cuando pueda determinarse la oferta como ofrecimiento individual que se lleva a cabo sucesivamente en distintas personas, manteniéndose sus mismas características siempre que la misma se repita⁵⁴⁸.

Así, en base a la previsión contenida en la Ley General de Publicidad de 1988, entendemos por publicidad toda forma de comunicación realizada en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, siendo la principal característica el hecho de que a través de la misma se pretende la promoción de la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones. Es por ello que, dada la dimensión funcional de la publicidad, debemos concluir que la misma se centra en la actividad dependiente o instrumental de otra principal de carácter económico.

De otra parte, creemos que la publicidad puede adoptarse de cualquier forma, directa o indirecta, siempre que su finalidad sea la de contratar bienes y servicios. En este sentido, hemos de determinar dentro de la misma cualquier trato preliminar en la adquisición de un bien o servicio, cualquier incitación a la contratación que se presentan en el etiquetado del bien que se ofrece siempre y cuando ésta persigue la contratación.

Por lo que respecta a la expresión oferta, hemos de destacar que a través de la misma se permite abarcar aquellos supuestos en los que las alegaciones falsas o manifestaciones inciertas no se desarrollan en el

293 y 294.

⁵⁴⁸ En este sentido: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa., Parte Especial...*, cit., pág. 233.

ámbito de la actividad publicitaria propiamente dicha; y, a modo de conclusión, señalamos que la misma encuadra toda declaración de voluntad en virtud de la que el oferente manifiesta su intención de llegar a la formación de un contrato, es decir, oferta desde su vertiente comercial, en atención a la previsión recogida en la legislación extrapenal, concretamente en la Ley 1/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, siempre y que la misma se dirija a la masa de consumidores.

IV.- Conducta típica.

1.- Hacer alegaciones falsas o manifestar características inciertas.

Según COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, el sentido de la exigencia típica de una conducta no radica en que la misma sea el fundamento del injusto penal, sino en que represente una de las condiciones para que un determinado injusto pueda tener relevancia a efectos penales⁵⁴⁹. En esta línea, afirman los autores en cita que lo fundamental desde la teoría del delito es, no tanto determinar si ha habido o no una acción, sino si se ha llevado a cabo o no «la acción descrita en la pertinente y singular figura de la Parte Especial»⁵⁵⁰.

En base a lo expuesto se hace preciso el análisis de la acción típica del art. 282 CP que consiste en hacer alegaciones falsas o

⁵⁴⁹ COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho...*, cit., pág. 368.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, pág. 369.

manifestar características inciertas sobre los productos o servicios, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores.

Un pequeño recorrido por los antecedentes legislativos de esta figura hace que nos centremos, en primer término, en los Proyectos de 1980 y de 1983 en los que la redacción de la acción típica consistía en hacer alegaciones falsas. Si nos basamos en el criterio gramatical acuñado por el Diccionario de la Real Academia Española, podemos entender por tal aquellos supuestos basados en citar, traer uno a favor de su propósito, como prueba, disculpa o defensa, algún hecho, dicho, ejemplo, etc.; sin embargo, con el Proyecto de 1992, se añadió la expresión manifestar características inciertas, con lo que se amplió el ámbito de intervención para el caso de cometerse el delito publicitario. Es decir, con el Proyecto de 1992, además de preverse la actividad publicitaria mediante discursos escritos y orales, se admitió la posibilidad de que el tipo se realizara mediante imágenes, fotografía, sonido, o, incluso, a través de olores o colores que contuvieran un mensaje publicitario⁵⁵¹.

Así, el término alegar se refiere a exponer méritos o servicios; mientras que manifestar conlleva incluir en el tipo cualquier forma de expresión que adopte el mensaje publicitario. Es por ello que puede decirse que la conducta típica del delito de publicidad engañosa ha pasado de un criterio restrictivo, en lo que a la interpretación se refiere, a la inclusión de toda forma de expresión publicitaria que como tal se

⁵⁵¹ MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., pág. 65.
PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario...*, cit., págs. 325 Y 326. SÁNCHEZ GARCÍA, I., «El nuevo delito...», cit., pág. 566. CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., págs. 97-98 y 102-103.

ajuste a la ilicitud determinada por el Texto punitivo⁵⁵². En este sentido, debemos tener en cuenta que el tipo permite englobar toda forma de comunicación, en cuanto a manifestación oral o escrita, gráfica, fotográfica, por medio de sonido o imagen, como anteriormente hemos apuntado⁵⁵³.

De otra parte, y dado que la exégesis del precepto lo requiere, las alegaciones han de ser *falsas* y las manifestaciones *inciertas*, bastando con la realización de una sola de las dos modalidades de conducta para dar lugar al delito. Para ello hay que considerar que ambas expresiones son equivalentes, es decir, lo incierto debe ser equivalente a lo no cierto o no verdadero, y lo falso es igual a lo falto de realidad o de veracidad⁵⁵⁴. Pues si falso significa falto a la realidad o de veracidad, contrario a la verdad e incierto se determina como equivalente a no cierto o no verdadero, podemos señalar que ambos calificativos han de emplearse como sinónimos, en regencia a la discordancia con la realidad o la discrepancia esencial entre lo que se alega y lo que se representa.

La primera aproximación a la expresión alegaciones falsas pasa por la revisión de la normativa extrapenal. En esta línea, el art. 3 de la Ley General de Publicidad determina como ilícita la publicidad engañosa y, del mismo modo, el art. 5 la Ley de Competencia Desleal considera acto engañoso cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación

⁵⁵² CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «El delito...», cit., pág. 4. SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 152.

⁵⁵³ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «El delito...», cit., pág. 4. MOLINA BLÁZQUEZ, C., «La criminalización de la competencia desleal en el Proyecto de Código Penal de 1992», *Revista del Poder Judicial*, nº 28, 1992, pág. 249.

⁵⁵⁴ PUENTE ABA, L. M., *Los delitos...*, cit., pág. 33.

induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos:

«a) La existencia o la naturaleza del bien o servicio.

b) Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio.

c) La asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones.

d) El alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o profesional o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta.

e) El precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio.

f) La necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación, y la modificación del precio inicialmente informado, salvo que exista un pacto posterior entre las partes aceptando tal modificación.

g) La naturaleza, las características y los derechos del empresario o profesional o su agente, tales como su identidad y su solvencia, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus

conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido.

h) Los derechos legales o convencionales del consumidor o los riesgos que éste pueda correr».

La interpretación de la expresión «alegaciones falsas y manifestación de características inciertas» ha de centrarse, desde la vertiente penal, en la concreción del término en base a la protección de un bien jurídico centrado en el peligro que puede conllevar la conducta publicitaria para el patrimonio del conjunto de consumidores; ello sobre la idea de que aunque las alegaciones falsas son las que no se corresponden con la verdad en la información, esto no debe entenderse, tal y como estima SIERRA LÓPEZ, en términos absolutos por cuanto «el mensaje publicitario nunca responde íntegramente a la verdad ni, por otra parte, hay obligación de que así sea»⁵⁵⁵. En base a ello el Tribunal Supremo ha reconocido, en la sentencia de 14 de octubre de 1988 (RJ 1988/7917), que la publicidad «conlleve casi siempre un mensaje que no responde íntegramente a la verdad y que la exageración suele ser la nota dominante».

En base a lo expuesto podemos afirmar que es falso aquello que no se corresponde con la realidad, es decir, *sensu contrario*, quedarán fuera del tipo las meras exageraciones publicitarias consideradas «socialmente adecuadas», en el sentido de que sólo podrá haber imputación si lo que se produce es un aumento del riesgo permitido⁵⁵⁶, dado que la utilidad social del sector de la actividad correspondiente

⁵⁵⁵ SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 153.

⁵⁵⁶ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «El delito...», cit., 1996, pág. 4.

impide considerarla penalmente típica⁵⁵⁷; y se producirá riesgo permitido, dice MORILLAS CUEVA, cuando existiendo riesgo jurídicamente relevante, éste es permitido⁵⁵⁸. Esto da lugar, según QUINTERO OLIVARES, a que la regla habitual de la publicidad moderna sea la exageración de las propiedades o calidades de los productos, hasta el punto de que en los modos comerciales actuales es casi socialmente adecuado exagerar y desfigurar en la actividad publicitaria, del mismo modo que es corriente el «escepticismo del público al que esa propaganda se dirige⁵⁵⁹.

En el mismo sentido, establece TORÍO LÓPEZ que en determinados sectores o ámbitos particulares se consideran tolerados los comportamientos inexactos, deformaciones de la verdad, conductas en definitiva que por su divergencia con la realidad objetiva han de considerarse como engañosas; por lo que la acción que se mantiene dentro de los límites de lo socialmente permitido en un determinado ámbito no traspasa los límites de lo que se entiende penalmente relevante⁵⁶⁰. Es decir, si ello lo extrapolamos al ámbito de la publicidad comercial, podemos determinar que está tolerado todo comportamiento socialmente permitido siempre que entre dentro de los márgenes de imprecisión con la realidad, dado que, tal y como expone CHOCLÁN MONTALVO, se trata de comportamientos dirigidos a la obtención de un mayor beneficio empresarial que aunque son incorrectos, sin embargo,

⁵⁵⁷ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General*, t. II..., cit., pág. 127.

⁵⁵⁸ *Ibidem*, pág. 127.

⁵⁵⁹ QUINTERO OLIVARES, G., «Observaciones sobre la parte especial del Anteproyecto de Código Penal (delitos contra la vida y al libertad y contra el patrimonio y el orden económico), *La reforma del Derecho Penal*, MIR PUIG (Dir.), Barcelona, 1980, pág. 262.

⁵⁶⁰ TORÍO LÓPEZ, A., *Acción y resultado típico en la estafa procesal*, Salamanca, 1982, pág. 887.

«forman parte de la dinámica contractual»⁵⁶¹.

Así, la admisión de la exageración publicitaria no conlleva que la misma se presente en los términos de la publicidad falaz, sino que se precisa la diferenciación entre ambas. En esta línea, se entiende, unánimemente en la doctrina⁵⁶², que la exageración publicitaria se define en base a la tesis de LEMA DEVESA, para quien la misma se representa como «aquella alabanza de tono altisonante, concreta y comprobable, que posee un núcleo verdadero y que no es tomada en serio por el público»⁵⁶³.

Esto no obstante, la práctica resulta compleja a la hora de discernir la frontera entre declaraciones publicitarias falsas y exageraciones, sobre todo porque la descripción de la conducta típica de este delito no ayuda a ello. Es por eso que cabe mencionar los criterios propuestos para señalar la distinción entre la publicidad engañosa y la exageración publicitaria⁵⁶⁴, y que debemos vincular a la protección del patrimonio del conjunto de consumidores:

- a) La propia estructura, configuración, composición y

⁵⁶¹ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «El delito...», cit., pág. 4.

⁵⁶² MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., págs. 124 y 125.

⁵⁶³ LEMA DEVESA, C., *La publicidad de tono excluyente*, Madrid, 1980, pág. 389.

⁵⁶⁴ *Ibidem*, págs. 125 y ss.

En el mismo sentido: CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., págs. 107 y 108. SÁNCHEZ GARCÍA, I., «El nuevo delito...», cit., pág. 570. MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., pág. 125. PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., págs. 338 a 3340.

significado del anuncio. En esta línea cabe señalar, por ejemplo que las expresiones gráficas tienden más a la exageración que las escritas o habladas; al igual que los versos o las frases en prosa que son objeto de exageración y repetición en un determinado sector económico; mientras que las expresiones humorísticas o irónicas tienden a la hipérbole. Lo que en palabras de CARRASCO ANDRINO se determina en base a que cuanto más concreta es la información menor margen a la exageración publicitaria hay⁵⁶⁵, siendo tomada más en serio por el público.

Del mismo modo, la acumulación de varios adjetivos de carácter superlativo muestra un elogio altisonante del bien o servicio; constituyendo una exagerada forma de resaltar el producto que se publicita.

b) La naturaleza del producto o sector económico al que pertenece el anunciante. En este sentido, existen ámbitos en los que no resulta admisible la exageración publicitaria, mientras que en otros resulta más aceptable; así, en el sector farmacéutico las exageraciones han de ser menos admisibles que en el de espectáculos, por ejemplo.

c) Las características de la empresa anunciante, dado que suele tomarse en mejor consideración la publicidad ofrecida por empresas de mayor prestigio, precisamente por lo cual han de juzgarse más severamente la publicidad de empresas más grandes.

d) El medio a través del cual se divulga la publicidad, en base a que cuanto mayor es el grado de difusión del mensaje, con mayor rigor

⁵⁶⁵ CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., págs. 107 y 108.

han de juzgarse sus exageraciones.

e) El concreto círculo de consumidores al que se dirige el mensaje publicitario, en el sentido de que será menos admisible aquella exageración publicitaria dirigida a un público especialmente vulnerable, como por ejemplo los niños.

Desde otra perspectiva, próximas a las exageraciones publicitarias, pero sin llegar a construir exaltaciones desmesuradas, los juicios de valor constituyen opiniones favorables que pretenden resaltar determinadas cualidades de los productos o servicios, pero que como tal quedan excluidos de la aplicación del tipo, dado que todo juicio de valor que se lleva a cabo dentro de la actividad publicitaria constituyen apreciaciones de carácter subjetivo, que no se apoyan para ello en ningún dato falso⁵⁶⁶ y que variarán según el sujeto que los realice⁵⁶⁷.

Y es que sobre esta base cabe discernir lo que la doctrina considera falsedad desde una visión objetiva y falsedad desde el punto de vista subjetivo.

Por un lado, se puede decir que existe un sector doctrinal que mantiene que la discrepancia con la realidad ha de verse desde un prisma objetivo, es decir, el límite del injusto debe establecerse en la constatación en el mensaje publicitario de afirmaciones objetivamente contrarias a la realidad⁵⁶⁸. Se puede determinar que desde el punto de

⁵⁶⁶ HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., «El delito...», cit., pág. 1113.

⁵⁶⁷ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 3340.

⁵⁶⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Consideraciones...»,

vista objetivo será falsa aquella alegación que no se corresponde con la realidad, con independencia del sentido que se le atribuya al receptor; ya que si la falsedad depende de la interpretación del público la intervención del Derecho Penal será desmedida, pudiéndose vulnerar el principio de taxatividad, por lo que, según PUENTE ABA, ha de dejarse fuera del tipo aquella publicidad que sea verdadera, pero que por su forma de redacción puede resultar engañosa⁵⁶⁹.

Sin embargo, otras teorías apuntan hacia el carácter valorativo de los referidos adjetivos⁵⁷⁰. Es decir, desde el punto de vista subjetivo se debe atender al sentido que adquiera la alegación en el círculo de consumidores al que se dirige el producto⁵⁷¹.

De esta manera, consideramos que la conducta típica del delito de publicidad engañosa se centra en la inclusión de toda forma de expresión publicitaria que como tal se ajuste a la ilicitud del precepto penal. En este

Cuadernos de Política Criminal..., cit., pág. 78. MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., pág. 121. SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., *Compendio...*, cit., págs. 543 y 544.

⁵⁶⁹ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 366.

⁵⁷⁰ Por todos MAPELLI CAFFARENA, quien afirma que la valoración del carácter fraudulento de la manifestación de características inciertas corresponde hacerla desde la perspectiva del consumidor. MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., 1999, pág.66.

⁵⁷¹ OTTO, H., «Die Reform des strafrechtlichen Schutzes gegen irreführende Werbung», GRUR, 1992, pág 279. LAMPE, E. J., «Strafrechtlicher Schutz gegen irreführende Werbung (Pragr. 4 UWG)», Festschrift für Lange, 1976, págs. 460 y 461. TIEDEMANN, K., «Nebenstrafrecht einschliesslich Ordnungs-widrigkeitenrecht (Wettbewerbdrecht)», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (86), 1974, pág. BAUMCACH/HEFERMEHL, *Wettbewerbrecht* 14 Aufl, München, 1983, parágrafo 4, Rn 8a, pág. 1289. Tomado de SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en Internet*, Valencia, 2003, pág. 156.

sentido, debemos tener en cuenta que el tipo permite englobar toda forma de comunicación, en cuanto a manifestación oral o escrita, gráfica, fotográfica, por medio de sonido o imagen.

Del mismo modo, para la determinación de la falsedad e incierto de las alegaciones y manifestaciones podemos orientarnos a través de las consideraciones previstas en la legislación extrapenal, a partir de la cual se puede decir que ambas expresiones son equivalentes, puesto que lo incierto es equivalente a lo no real, y lo falso es igual a lo falto de realidad, a raíz de lo que puede ponerse en peligro el patrimonio del conjunto de consumidores.

Esto no obstante, hemos de dejar claro que la expresión «alegaciones falsas y manifestación de características inciertas» ha de ceñirse penalmente a la protección del un bien jurídico, concretado en la tutela del patrimonio de los consumidores considerados desde su conjunto. Sobre esta idea hemos de apuntar que, desde nuestro punto de vista, van a quedar fuera del tipo las meras exageraciones publicitarias consideradas «socialmente adecuadas», ya que consideramos que la utilidad social típica del sector publicitario impide considerarla penalmente típica; ello en base a que el tráfico moderno tolera un determinado grado de riesgo, por lo que sólo cabrá imputación por este tipo cuando se produzca un aumento del riesgo permitido. De igual modo, entendemos que los juicios de valor constituyen opiniones que pretenden resaltar determinadas cualidades de los productos o servicios, pero que no se apoyan para ello en ningún dato falso, por lo que han de quedar excluidos de la aplicación del tipo publicitario.

2.- La publicidad engañosa por omisión.

A pesar de que por regla general las normas penales establecen prohibiciones de acciones que resultan peligrosas o lesivas para los bienes jurídicos de modo que «amenazan bajo pena la realización de tales acciones con la finalidad de que los ciudadanos se abstengan de cometerlas», sin embargo, las normas penales «establecen mandatos de acción para conjurar las situaciones de peligro o lesivas de determinados bienes jurídicos, amenazando con pena la no realización de la acción mandada con la finalidad de que los ciudadanos lleven a efecto dicho mandato»⁵⁷². En este sentido, ya que la misión del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, resulta indiferente que la conducta consista en una acción positiva o en una omisión⁵⁷³; puesto que según el art. 10 de nuestro Código Penal las omisiones, junto a las acciones, se determinan como forma de realización delictiva⁵⁷⁴.

Así, para saber si es posible integrar en el tipo publicitario alguna omisión hemos de acudir, en primer lugar, a la clasificación establecida por MORILLAS CUEVA, quien parte de la división entre omisión propia o pura y comisión por omisión u omisión impropia. Así, mientras la primera significa que un no hacer algo que está expresamente ordenado por la norma penal se agota en la no realización de esa acción requerida por la ley; la segunda supone igualmente un comportamiento omisivo, pero con el que se viola la obligación de impedir la producción de un

⁵⁷² PÉREZ ALONSO, E., *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, ZUGALDÍA ESPINAR (Dir.), Valencia, 2010, pág. 473.

⁵⁷³ ORTS BERENGUER, E., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio...*, cit., pág. 140.

⁵⁷⁴ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General, t. II...*, cit., pág. 133.

resultado típico contenido en un tipo comisivo-base, por lo que «el sujeto omitente asume el papel de garante del bien protegido por la norma penal y responde del resultado acaecido como consecuencia de su actitud omisiva»⁵⁷⁵. En este sentido, el autor en cita parte de tres requisitos comunes a ambas formas de omisión: 1) Situación típica, 2) ausencia de la acción determinada que le era exigible y 3) capacidad de realizarla; a los cuales añade otros tres más exclusivos de la comisión por omisión, siendo éstos los que delimitan de la propia: 1) Posición de garante, 2) producción de un resultado y 3) posibilidad de evitarlo⁵⁷⁶.

De este modo, y en base a que el delito publicitario recogido en nuestro Texto punitivo supone un delito de peligro hipotético, se excluye, según PUENTE ABA, la posibilidad de apreciar una comisión por omisión⁵⁷⁷. Es decir, tal y como señala MORENO y BRAVO, estamos ante un delito de mera actividad en el que no cabe la previsión del art. 11 del Código Penal; por lo que no puede hablarse de comisión por omisión⁵⁷⁸.

Según MAPELLI CAFFARENA, la actividad publicitaria no conlleva un deber general de información a cargo del anunciante, por lo que no puede exigirse al anunciante que consigne todas las ventajas y desventajas de los productos o servicios que se publicitan, quedando, entonces, a un lado el deber de garantizar la información total de lo que

⁵⁷⁵ *Ibidem*, pág. 141.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, pág. 143.

⁵⁷⁷ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 342.

⁵⁷⁸ MORENO Y BRAVO, E., *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (coautoría, autoría mediata y medios impropios de omisión)*, Madrid, 1997, pág. 127.

se pretende introducir en el mercado⁵⁷⁹.

Sin embargo, expone SILVA SÁNCHEZ que en aquellos supuestos en que aunque la presunta modalidad omisiva no aparezca expresamente tipificada, parece posible encuadrarla en el propio tipo, en base a la interpretación que del mismo se haga; ello sobre la idea de que esa presunta modalidad omisiva lesiona los bienes jurídicos que se pretenden tutelar, del mismo modo y manera que lo hace la conducta activa⁵⁸⁰. Así, afirma un sector doctrinal que el delito publicitario del art. 282 supone una conducta de silencio en determinadas circunstancias, siendo las omisiones del sujeto activo relevantes en la medida en que se integren en una acción concluyente que se corresponda con la conducta típicamente determinada⁵⁸¹.

Continuando con el análisis de la conducta omisiva del delito publicitario, cabe hacerse mención a la estimación que parte de la doctrina viene a establecer que en el caso de que se silencien determinadas menciones, en el sentido de que lo realmente importante no es esa concreta omisión sino, más bien, la acción concluyente que da lugar a que la actividad publicitaria en su conjunto se determine como acto concluyente positivo, ya que se continúa con el marco de un delito de acción⁵⁸².

⁵⁷⁹ MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., pág.71.

⁵⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, págs. 343 y ss.

⁵⁸¹ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., págs. 344 y 3345. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito...*, cit., págs. 357 y ss. VALLE MUÑIZ, J. M., *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, Barcelona, 1987, págs. 174 y ss.

⁵⁸² MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., pág. 126. CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., págs. 119 y 120. MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., 1999, pág. 71. MUÑAGORRI LAGUÍA, I., *La protección...*, cit., págs. 107 y 108.

Además, hacer y manifestar exige un comportamiento activo que impide la admisión de formas omisivas. Ahora bien, es posible que la omisión de datos llegue a contradecir lo alegado o manifestado, convirtiéndolo en falso; por lo que en este caso no se estará ante una pura omisión, sino ante un acto concluyente encuadrable dentro de la acción positiva del tipo⁵⁸³. En este sentido, señala QUERALT JIMÉNEZ dice que es engañosa toda publicidad que silencie datos fundamentales referentes a los bienes, actividades o servicios, siempre y cuando esa omisión induzca a error a los destinatarios de la publicidad; en atención a ello señala que la publicidad que queda sometida a la pena es aquella que consiste en la difusión de un mensaje comercial que falsee todas o algunas de las características de un producto o servicio, o bien silencie, total o parcialmente, alguna de las mismas o la característica de aspectos comerciales del propio producto o servicio; así, la ocultación de la información cabe en el tipo publicitario siempre y cuando constituya un acto concluyente positivo, de lo que se extrae que un ocultamiento de información que no llegue a ser relevante no puede ser considerado como típico⁵⁸⁴.

En este punto, la doctrina diferencia entre alegaciones publicitarias incompletas y omisiones en sentido estricto. El primero de los casos se dará cuando en un mensaje publicitario se presentan determinadas características de un producto o servicio, y alguna de las mismas se exhibe de manera incompleta; así, es bastante probable que el consumidor se lleve una imagen que no corresponde con la realidad, ya

TAMARIT SUMALLA, J.M., «La tutela...», cit., págs. 340 y 341.

⁵⁸³ En este sentido: PUENTE ABA, L. M., *Los delitos...*, cit., pág. 37.

⁵⁸⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...*, cit., pág. 791.

que no es consciente de que se le está ofreciendo una información solo parcial de las características del producto o servicio en cuestión. Es decir, estaríamos ante casos en que se omiten matices relevantes del producto o servicio que se publicita, dándose opción a que el consumidor o usuario se le represente ese producto o servicio de manera objetivamente distinta de lo que es en realidad; y es en ese instante en el que puede afirmarse, según un sector de la doctrina, que estamos ante alegaciones publicitarias incompletas que constituyen un acto positivo de publicidad falsa⁵⁸⁵. En este sentido, se puede mencionar la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 28 de junio de 2002 (ARP 2002/528), en virtud de la cual se aprecia la concurrencia del delito de publicidad engañosa, al observarse que una escuela de turismo puso en circulación trípticos en los que se anunciaba la apertura de la misma, con objeto de que de atraer nuevos alumnos que, supuestamente, cursarían estudios homologados por una universidad británica, omitiéndose que el proceso de homologación no había concluido.

Por otro lado, las omisiones en sentido estricto se centran en el silencio absoluto guardado sobre una determinada nota. Es decir, aquí lo que se discute es si el consumidor, a pesar del silencio, puede formar una determinada opinión en torno a las características silenciadas; lo que para CARRASCO ANDRINO significa que la omisión de ciertos datos de mensajes verdaderos pueden resultar engañosos⁵⁸⁶. En base a ello, se

⁵⁸⁵ CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., pág. 120.

En esta línea, GONZÁLEZ RUS considera atípica la formas omisivas, salvo que la omisión de datos relativos al producto o servicio (la conocida letra pequeña) contradiga el contenido de la actividad publicitaria haciéndola falsa. GONZÁLEZ RUS, J. J., *Curso de Derecho penal español. Parte Especial*, COBO DEL ROSAL (Dir.), Madrid, 1996, pág. 808.

⁵⁸⁶ CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., pág. 120.

exige un deber de información por parte del anunciante con respecto a los datos esenciales del producto o servicio, que puedan condicionar el comportamiento del consumidor⁵⁸⁷.

A este respecto cabe mencionar el deber de información tutelado en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias -aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre-, quizás introducido por el legislador en atención a la importancia de los extremos de los bienes y servicios sobre los que ha de ofrecerse una información completa a nuestros consumidores y usuarios⁵⁸⁸. Así, el art. 18 dice en su primer apartado que el etiquetado y la presentación de los bienes y servicios y

⁵⁸⁷ FERNÁNDEZ NOVOA, C., «Actuales tendencias del Derecho de la publicidad», *Estudios de Derecho de la publicidad*, Santiago de Compostela, 1989, págs. 334 y ss. MORENO CANOVÉS/ RUÍZ MARCO, *Delitos...*, cit., pág. 171.

⁵⁸⁸ En esta línea cabe señalar que, tal y como se introducía en la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios -vigente hasta el 1 de diciembre de 2007, fecha en que entró en vigor el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias-, con el objeto de dar cumplimiento al art. 51 CE, la presente Ley aspiraba a dotar a los consumidores y usuarios de un instrumento legal de protección y defensa, que no excluyera ni suplantara otras actuaciones y desarrollos normativos derivados de ámbitos competenciales cercanos o conexos.

De modo que los objetivos de la Ley se concretaron en:

1. Establecer, sobre bases firmes y directas, los procedimientos eficaces para la defensa de los consumidores y usuarios.
2. Disponer del marco legal adecuado para favorecer un desarrollo óptimo del movimiento asociativo en este campo.
3. Declarar los principios, criterios, obligaciones y derechos que configuran la defensa de los consumidores y usuarios y que, en el ámbito de sus competencias, habrán de ser tenidos en cuenta por los poderes públicos en las actuaciones y desarrollos normativos futuros, en el marco de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional.

las modalidades de realizarlo deberán ser de tal naturaleza que no induzca a error al consumidor y usuario⁵⁸⁹.

Del mismo modo, en su apartado segundo, se establece que, sin perjuicio de las exigencias que se establezcan reglamentariamente, todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, acompañar o permitir, de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales⁵⁹⁰.

En idénticas condiciones, el artículo 20 del vigente Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios señala que las prácticas comerciales que posibiliten que el consumidor o usuario tome una decisión sobre la contratación de un bien o servicio han de incluir una determinada información sobre las características del mismo y sobre su precio⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ Especialmente sobre las características del bien o servicio y, en particular, sobre su naturaleza, identidad, cualidades, composición, cantidad, duración, origen o procedencia y modo de fabricación o de obtención; atribuyendo al bien o servicio efectos o propiedades que no posea y sugiriendo que el bien o servicio posee características particulares, cuando todos los bienes o servicios similares posean estas mismas características.

⁵⁹⁰ En particular sobre las siguientes: a) Nombre y dirección completa del productor. b) Naturaleza, composición y finalidad. c) Calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial, si la tienen. d) Fecha de producción o suministro y lote, cuando sea exigible reglamentariamente, plazo recomendado para el uso o consumo o fecha de caducidad. e) Instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles.

⁵⁹¹ En concreto: a) Nombre, razón social y domicilio completo del empresario responsable de la oferta comercial y, en su caso, nombre, razón social y dirección completa del empresario por cuya cuenta actúa. b) Las características esenciales del bien o servicio de una forma adecuada a su naturaleza y al medio de comunicación utilizado. c) El precio final completo, incluidos los impuestos, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos

No obstante, señala PUENTE ABA que la mera omisión de extremos especialmente importantes no tiene por qué ser decisiva para dar lugar a una imagen objetivamente falsa de la oferta y, a tal efecto, señala el ejemplo de que aunque la fecha puede ser un dato muy relevante en relación con los productos alimenticios, su simple omisión no da lugar automáticamente a una falsa imagen del bien que se ofrece, dado que el consumidor es consciente de que falta esa información, no modificando esta ausencia la apariencia del resto de características de la oferta; y a este respecto introduce que para determinar la esencialidad del dato que se omite y con objeto de juzgar si el dato guarda relación con el resto de manifestaciones como para provocar que su omisión de lugar a una imagen objetivamente diferente de la realidad, no «queda más remedio que interpretar cuidadosamente cada caso concreto»⁵⁹².

Siguiendo a SILVA SÁNCHEZ hemos de acogernos a la idea de que en aquellos supuestos en que, aunque la modalidad omisiva no aparezca expresamente tipificada, es posible, sin embargo, encuadrarla en el tipo, en atención a la interpretación que del mismo se haga. Así, y dado que el delito publicitario supone una conducta de silencio en

que sean de aplicación a la oferta y los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario -en el resto de los casos en que, debido a la naturaleza del bien o servicio, no pueda fijarse con exactitud el precio en la oferta comercial, deberá informarse sobre la base de cálculo que permita al consumidor o usuario comprobar el precio e, igualmente, cuando los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario no puedan ser calculados de antemano por razones objetivas, debe informarse del hecho de que existen dichos gastos adicionales y, si se conoce, su importe estimado-. d) Los procedimientos de pago, plazos de entrega y ejecución del contrato y el sistema de tratamiento de las reclamaciones, cuando se aparten de las exigencias de la diligencia profesional, entendiéndose por tal la definida en el artículo 4.1 de la Ley de Competencia Desleal. e) En su caso, existencia del derecho de desistimiento.

⁵⁹² PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., págs. 349 y 350.

determinadas circunstancias, parece relevante que las omisiones del sujeto activo integren una acción, que se corresponde con la conducta típicamente determinada. Además, hacer y manifestar exige un comportamiento activo que impide la admisión de formas omisivas; ahora bien, es posible que la omisión de datos llegue a contradecir lo alegado o manifestado, convirtiéndolo en falso; por lo que en este caso no se estará ante una pura omisión, sino ante un acto concluyente encuadrable dentro de la acción positiva del tipo. Y en este sentido, concluimos que será engañosa toda publicidad que silencie datos relevantes referentes a las características esenciales de bienes o servicios, siempre que esa omisión induzca a error a los destinatarios de la publicidad, pues lo contrario podría generar espacios de intolerable puesta en peligro del patrimonio de los consumidores en su conjunto que, entendemos, se deben evitar.

3.- Causar un perjuicio grave y manifiesto.

El legislador emplea mecanismos de lenguaje narrativo para «expresar el contenido concreto de los términos típicos»⁵⁹³, denominados elementos del tipo; así, mientras los elementos descriptivos suponen «una explicación con detalle de las características del concepto que se pretende utilizar sobre hipótesis del mundo real», los elementos normativos de valoración jurídica producen «una exigencia de valoración por parte del intérprete»⁵⁹⁴.

⁵⁹³ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General*, t. II..., cit., pág. 82.

⁵⁹⁴ *Ibidem*, pág. 82.

De este modo, en el delito publicitario, podemos observar la concurrencia de elementos que requieren de una valoración por parte del juez a la hora de aplicar o no este delito. Ello en atención a la necesidad de que las alegaciones falsas o manifestaciones inciertas han de producir un perjuicio grave y manifiesto en el consumidor.

En este sentido, se entiende que las alegaciones típicas del delito publicitario han de recaer sobre aspectos esenciales de los productos o servicios⁵⁹⁵, por lo que no todas las falsedades sobre los productos o servicios serán aptas para causar un perjuicio grave y manifiesto al consumidor y usuario; sino que, por la exégesis de este precepto, únicamente se podrá castigar la publicidad falsa que presente aptitud para causar un perjuicio grave y manifiesto, es decir, solo será típica la conducta la publicidad que constituya una propuesta concreta y seria sobre las condiciones esenciales de un producto o servicio y no sobre un elemento accidental del mismo⁵⁹⁶.

A este respecto se debe mencionar la sentencia número 34/2000, de 15 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Toledo (ARP 2000/3099), que en su fundamento de derecho primero introduce que «no basta pues con cualquier perjuicio que pudiera causarse a los consumidores, sino que el perjuicio generado debe ser de tal entidad que merezca tal calificativo». Del mismo modo, la sentencia Tribunal Supremo 357/2004, de 19 de marzo (RJ 2004/1848) establece, en su fundamento de derecho sexto, que «ha de entenderse, por las

⁵⁹⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, cit., pág. 511. RODRÍGUEZ RAMOS, L. / DE LA CUESTA RUTE, J. M., «El delito publicitario», *Autocontrol de la Publicidad 1998*, nº 26, pág.17. QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...*, cit., pág. 791.

⁵⁹⁶ GONZÁLEZ RUS, J. J., *Sistema...*, cit., págs. 601 y 602. MUÑAGORRI LAGUÍA, I., *La protección...*, cit., pág. 104. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «El delito...», cit., pág. 5. SÁNCHEZ GARCÍA, I., «El nuevo delito...», cit., pág. 563.

características del hecho, que de este comportamiento pueda derivarse un perjuicio grave y manifiesto para el sujeto pasivo: los consumidores (...) Perjuicio grave o manifiesto para los consumidores quiere decir aptitud para producir graves daños o perjuicios».

Si observamos la literalidad del tipo contenido en el art. 282 CP, podemos comprobar cómo en el mismo se exige que el perjuicio que se cause al consumidor ha de ser grave y manifiesto. Pero ¿cómo podemos conocer si estamos ante una circunstancia esencial del producto o servicio que se ha visto mermada? ¿Cuándo se da ese requisito de aptitud que causa a los consumidores un perjuicio económico de carácter grave y manifiesto?

Si nos centramos en el desvalor de la acción, la *gravedad* del perjuicio causado al consumidor o usuario ha de venir referida a la capacidad para producir un mal en el patrimonio del conjunto de consumidores; lo cual supone que el comportamiento engañoso de fabricantes o comerciantes se lleve a cabo en esferas de especial interés para los mismos. Es decir, el tipo del art. 282 CP exige que el perjuicio que se cause al consumidor ha de ser grave y manifiesto, de tal forma que si la falsedad se refiere a aspectos nimios de los productos o servicios ofertados o publicitados, que no lleguen a frustrar completamente las expectativas formadas por dicho consumidor, no puede afirmarse, tal y como señala PUENTE ABA, que ese consumidor pueda ser víctima de un perjuicio económico de carácter grave y manifiesto⁵⁹⁷.

Así, para la valoración de la gravedad, doctrinalmente se han

⁵⁹⁷ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 312.

tenido en cuenta tanto el número de potenciales perjudicados⁵⁹⁸ como el coste del producto o servicio, ello en términos de disponibilidad económica de los consumidores y usuarios⁵⁹⁹.

En base la jurisprudencia podemos observar cómo claramente los engaños publicitarios versan, mayoritariamente, sobre las siguientes determinaciones:

1) Sobre la vivienda. Fiel reflejo de ello lo encontramos, entre otras, en las sentencias que a continuación analizamos.

-Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 522/2009, de 14 mayo (RJ 2010\976), que no condena por publicidad engañosa, dado que no consta que el alcance de los anuncios que forman parte de la trama dirigida al engaño de los compradores para la compra de las viviendas sea público.

-Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección Única), Auto núm. 88/2002, de 28 noviembre (JUR 2003\72984), que no condena por el delito publicitario, dado que falta del requisito de la generalidad, pues son dos únicamente los perjudicados, en cuanto a las deficiencias

⁵⁹⁸ En esta línea, MAPELLI CAFFAREN trata de delito de peligro masa, considerando por grave «todo perjuicio económico de una cuantía considerable o bien que afecte a un considerable número de personas». MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., 1999, pág. 77.

MORENO Y BRAVO, que concibe la gravedad del perjuicio en referencia a «la cantidad de potenciales perjudicados en tanto el producto o servicio se dirija a una masa más o menos grande de consumidores». MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., pág. 129.

⁵⁹⁹ Por todos, SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 170.

constructivas atinentes a la vivienda que fue vendida por los acusados y la falta de acomodo de la construcción al proyecto redactado por el arquitecto se refiere⁶⁰⁰.

- Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 1ª), sentencia núm. 101/2005 de 22 marzo (ARP 2005\129), que no condena en virtud del delito publicitario, ya que en la compraventa de viviendas no consta engaño en la publicidad, porque la misma no indujo a su compra; ya que en los contratos firmados no se establecía que la empresa se obligara a garantizar o avalar las cantidades entregadas a cuenta y no siendo, además, este hecho por sí mismo suficiente para apreciar el delito.

- Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª), sentencia núm. 7/2008 de 14 febrero (ARP 2009\979), que absuelve del delito publicitario, en base a que la publicidad falsa se centra en el ofrecimiento de una piscina y la misma es considerada por la Audiencia Provincial de Salamanca como un simple accesorio de la promoción de viviendas⁶⁰¹.

⁶⁰⁰ En este sentido, en el fundamento de derecho segundo de la sentencia se afirma que lo relatado por los querellantes no son más que deficiencias constructivas atinentes a la vivienda que les fue vendida y falta de acomodo de la construcción al proyector redactado por el arquitecto; hechos que por sí solos patentizan el carácter atípico de los atribuidos a la parte querellada, los cuales en ningún caso serán constitutivos del delito denunciado en el art. 282 CP porque el mismo debe quedar reservado «a la protección penal a las conductas de publicidad engañosa más graves, por cuanto que tengan capacidad lesiva respecto de una generalidad, exigiéndose además la posibilidad de que se cause un perjuicio grave y manifiesto; gravedad que faltando el requisito de la generalidad e indeterminación del colectivo de los consumidores, y atendidos los concretos incumplimientos contractuales denunciados, en modo alguno cabría apreciar en el caso examinado».

⁶⁰¹ Concretamente, se señala en su fundamento de derecho cuarto, que supone un elemento constitutivo de esta infracción que de este comportamiento pueda derivarse un perjuicio grave y manifiesto para el sujeto pasivo. «perjuicio grave y manifiesto para los consumidores quiere decir aptitud para producir graves daños o

- Audiencia Provincial de Granada (Sección 2ª), Auto núm. 356/2008, de 13 junio (JUR 2009\32134), que absuelve al individuo acusado por el delito de publicidad engañosa, ya que la Audiencia estimó que el hecho de que adquisición sobre un proyecto de una vivienda que, una vez entregada, presentaba la ventana de una de las habitaciones tapada por un panel de fachada cuya colocación se decidió sobrevenidamente, no era motivo suficiente para condenar por este delito.

- Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 4ª), sentencia núm. 608/2008, de 12 diciembre (ARP 2009\391), que absuelve al acusado por el delito de publicidad falsa, ya que en una compraventa de viviendas no consta engaño en publicidad que indujera a su compra.

2) Sobre centros de estudios, servicio básico del consumidor para acceder al tan preciado mercado laboral. En esta línea:

- Audiencia Provincial de Granada (Sección 1ª), sentencia núm. 383/2002, de 28 junio (ARP 2002\528), que condena en virtud del delito de publicidad engañosa por la edición y puesta en circulación de trípticos en los que se anuncia la apertura de una nueva escuela de turismo en la que se cursarían estudios homologados por una universidad británica cuando en realidad el proceso de homologación no había concluido y se truncó meses después de iniciarse las clases.

- Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 1097/2009, de 17 noviembre (RJ 2009\5847), que absuelve a un Centro de Estudios Superiores privado que ofrece curso sobre osteopatía informando en los folletos que será convalidado por organismo oficial británico, realizándose el curso con tal fin en Madrid, cuando el curso se debía hacer en Londres, dado que la oferta no era intencionalmente engañosa porque el acusado tenía inicialmente la expectativa razonable de que el curso de conversión se realizaría en Madrid. Y es que el Tribunal Supremo reserva este delito para limitados casos de grave contravención de la buena fe y fidelidad que se debe a los consumidores.

De este modo, según GÓMEZ RIVERO, la previsión de este elemento en el delito publicitario excluye del tipo el posible perjuicio que venga referido a la frustración de expectativas del consumidor que no tenga una traducción de significación económica; sin embargo, y ya que el tipo no proyecta los parámetros concretos, ha de delimitarse la gravedad del perjuicio de la manera más objetiva posible, atendiendo, para ello, a las circunstancias sobre las que recae la publicidad.

En último término, por lo que a la previsión de que el mal sea *manifiesto* se refiere, cabe añadirse que la consideración del mismo ha de centrarse en su evidencia, claridad, en cuanto a idoneidad para inducir a error a la generalidad de consumidores, en el sentido de que si sólo alguno de los mismos se ha visto inducido a dicho error, no puede afirmarse que el perjuicio no es potencialmente manifiesto, dado que la mayoría de consumidores y usuarios se abstiene de adquirir el bien o servicio. Ello como exigencia de que la publicidad falsa sea objetivamente idónea para causar un perjuicio al colectivo de consumidores, no como elemento de aptitud, según determinan algunos

autores⁶⁰², esto en el sentido de que ha de tener la suficiente entidad como para afectar a un número elevado e indeterminado de consumidores.

De este modo, dado que la conducta del artículo 282 CP viene integrada por la constatación de la posibilidad de causación de un perjuicio grave y manifiesto al consumidor o usuario de un producto o servicio, se han de dejar fuera del tipo aquellos aspectos nimios de un producto o servicio, ya que los mismos no van frustrar completamente las expectativas del consumidor. Así, puede decirse que el tipo publicitario se ha configurado por nuestro legislador como un delito de peligro hipotético, en el sentido de que se ha de verificar que ha existido una verdadera posibilidad de producción de ese peligro; es decir, se ha de autenticar la falsedad objetiva de la manifestación publicitaria y se ha de comprobar el hecho de que en la concreta situación ha sido posible un contacto entre la falsedad publicitaria y patrimonio de los consumidores; con lo que se estaría limitando el círculo de conductas que tienen cabida en este precepto, en base a la idea de que la lesión que no sea lo suficientemente ilícita no conlleve el inadecuado adelantamiento de las barreras del ámbito penal.

En esta línea, consideramos que para que el sujeto pasivo sea considerado víctima de un perjuicio de carácter grave y manifiesto, es obligado que nuestro sistema judicial se detenga en el examen cuidadoso de todas y cada una de las circunstancias del caso concreto, con el objeto de poder establecer la significación económica que a través del delito de

⁶⁰² En este sentido: PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 356. CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., pág. 116. SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 171.

publicidad engañosa se produce sobre el conjunto de consumidores y usuarios.

Esta idea la construimos sobre la base, ya apuntada, de que la inveracidad de la publicidad ha de recaer sobre los elementos de los bienes o servicios de consumo que posean gran relevancia para el propio consumidor, en el sentido de que, desde nuestro punto de vista, sólo podría justificarse la intervención penal en este tipo ante conductas caracterizadas por un importante desvalor sobre las características esenciales del objeto material de este delito; es decir, no basta para entrar a conocer por la vía penal con la simple automaticidad de que se prevea un quebranto en nuestros consumidores, sino que se requiere la existencia de un potencial peligro en el patrimonio de los consumidores, dado que las alegaciones falsas o manifestaciones inciertas son lo suficientemente graves como para ponerse a afectar las cualidades esenciales del bien o servicio publicitado u ofertado.

En esta línea, se requiere, de *lege lata*, llevar a cabo un minucioso examen de las circunstancias del caso concreto, en el sentido de que la evidencia de la amenaza al colectivo de consumidores posea la suficiente entidad como para que entre en juego este delito; ya que en caso contrario el adelantamiento de las barreras de la intervención estatal en el ámbito punitivo pueden conducir a la conculcación de un sistema basado en el conglomerado de imprescindibles garantías legales en un Estado social y democrático de Derecho. Dicha interpretación es coincidente con el criterio del Tribunal Supremo; como ejemplo de ello, la sentencia 357/2004, de 19 de marzo (RJ 2004/1848), que señala que «quedan excluidos de esta clase de delito aquellos casos que por su menor entidad no merezcan la actuación del Derecho Penal».

En cualquier caso, dicho análisis se debe llevar a cabo, de forma necesaria, por su configuración como delito de peligro hipotético, lo que hace preciso valorar esta exigencia.

CAPÍTULO III.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Como afirman COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, la realización del tipo comporta la producción de un hecho, en principio, jurídicamente desvalorizado, cuyo desvalor puede quedar excluido cuando concurra una causa de justificación. En tal caso, la conducta típica resultará conforme a Derecho, es decir, justificada, no existiendo, por tanto, posibilidad de enunciar el juicio de desvalor que la antijuricidad supone⁶⁰³. Así, en caso de que converja alguna de las causas de justificación, la comisión del delito de publicidad engañosa puede resultar conforme a Derecho.

Sin embargo, no es frecuente encontrar, en este delito, pronunciamientos doctrinales o jurisprudenciales sobre la eficacia de las causas de justificación. En este sentido, afirma VALLS PRIETO que, en principio, en los delitos económicos no es posible entender la concurrencia de las causas de justificación⁶⁰⁴.

⁶⁰³ COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte General...*, cit., pág. 457.

⁶⁰⁴ VALLS PRIETO, J., *El fraude de subvenciones de la Unión Europea. La necesidad de un espacio europeo de normas penales*, Madrid, 2005, pág. 128.

De este modo, por lo que respecta a la legítima defensa parece difícil concretar algún supuesto en que el delito publicitario sea justificado por dicha causa, dado que resulta complicado pensar en algún supuesto en el que la comisión del mismo esté enmarcada dentro de las coordenadas de una agresión ilegítima llevada a efecto por el comportamiento del consumidor.

De igual manera, ya que en nuestro Ordenamiento jurídico no existen mandatos antijurídicos obligatorios⁶⁰⁵, resulta inaceptable que el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo sea aplicable como causa que justifique la realización del delito de publicidad engañosa.

Por su parte, el consentimiento parece inapreciable a efectos de esta infracción, ya que como exponen COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, debe negarse toda eficacia al consentimiento en los delitos de voluntad colectiva porque el consentimiento justificante solamente ha de desplegar sus efectos en ámbito de los delitos contra los particulares⁶⁰⁶, y este no es el caso del delito de publicidad engañosa, dado que, tal y como venimos apreciando, el sujeto pasivo del delito publicitario se halla bajo la denominación de consumidor, lo cual alude a la necesidad de encontrarnos ante un sujeto pasivo plural del conjunto de los ciudadanos.

En último lugar, en el supuesto de que se esté ante una situación de necesidad, y con objeto de evitar un mal propio o ajeno, el sujeto lleve a cabo el delito de publicidad engañosa, lesionando el patrimonio del

⁶⁰⁵ MORILLAS CUEVA, L., *La obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales*, Madrid, 1984, págs. 86 y 87.

⁶⁰⁶ COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho...*, cit., págs. 492 y 493.

conjunto de consumidores, se podría teóricamente plantear la justificación y excusa de la conducta. Es decir, ante la hipótesis de que se represente una situación de conflicto entre bienes, puede existir, fundamentalmente, estado de necesidad objetivo, cuando el mal producido sea inferior al evitado, y subjetivo, cuando el conflicto discorra entre bienes de la misma entidad, sin que ninguno prevalezca sobre el otro.

Sin embargo, tal caso resulta complejo ya que, como se señala en el apartado 5º del art. 20 CP, solamente podrá apreciarse estado de necesidad si la situación de peligro real e inminente no resulta evitable de otro modo, no ha sido provocada intencionadamente por el sujeto y no tiene el sujeto, por razón de su oficio o cargo, obligación de sacrificarse⁶⁰⁷; lo cual parece difícil que ocurra en el delito que estamos estudiando.

Así, cabe plantear la hipótesis de que un sujeto lleve a cabo el delito de publicidad engañosa al verse inmerso en un estado de necesidad conformado por una situación de crisis económica. Por ejemplo, empresario, que convencido del éxito económico, decide sacar en venta una importante tirada de relojes que finalmente no vende; por lo que, subsumido en apuro económico de gran envergadura, ya que dada su torpeza empresarial ni siquiera puede hacer frente a las nóminas de sus trabajadores, decide llevar a cabo una campaña, en virtud de la cual se publicitan los mencionados relojes ofertando cualidades que realmente no poseían.

En tal caso, entendemos que la admisión de esta causa habría de mirarse de forma restrictiva, puesto que consideramos que los

⁶⁰⁷ MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho...*, cit., pág. 389.

consumidores no pueden asumir la falta de diligencia debida en la gestión empresarial, puesto que dicho agente económico puede solventar el mencionado conflicto a través de opciones que sean menos gravosas para el conjunto de consumidores.

***CAPÍTULO IV.- ELEMENTO SUBJETIVOS DEL DELITO
PUBLICITARIO.***

I.- Imputabilidad.

Como afirman COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, la imputabilidad se determina como el «conjunto de requisitos psicobiológicos, exigidos por la legislación penal vigente, que expresan que la persona tenía la capacidad de valorar y comprender la ilicitud del hecho realizado por ella y de actuar en los términos requeridos por el Ordenamiento jurídico»⁶⁰⁸.

De este modo, si extrapolamos esta cuestión al delito de publicidad engañosa podremos comprobar que no presenta ninguna particularidad. Así, al regir las reglas generales, las personas que sean declaradas inimputables no serán condenadas, es decir, cualquier persona que tenga un grado de comprensión suficiente para cumplir con los requisitos de este delito tiene la capacidad para ser penalmente imputable.

⁶⁰⁸ COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S.,
Derecho..., cit., pág. 576.

No obstante, hay que aclarar, que dadas las especiales características de la infracción que examinamos parece difícil que se pueda alegar alteración psíquica permanente, trastorno mental transitorio o alteración de la percepción en la comisión del delito publicitario.

II.- Formas de culpabilidad.

La teoría de las formas de la culpabilidad analiza la relación existente entre el autor y el hecho por el realizado. De este modo, tal y como dicen COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, sin la presencia de un nexo psicobiológico o normativo entre el hecho y su autor no debería ni poder fundamentarse, ni tener lugar el juicio de reproche, dado que estas formas de la culpabilidad no son, en fin de cuentas, «más que la concreción de una determinada actitud del agente con respecto a su acción»⁶⁰⁹.

En este sentido, a través de la distinción entre dolo e imprudencia -que por medio de la definición del delito y falta se establece en su artículo 10-, nuestro Texto punitivo recoge claramente dos fuentes de imputación subjetiva⁶¹⁰: de un lado la dolosa y de otro la culpable o imprudente. Las mismas quedan conformadas como fundamento de la

⁶⁰⁹ *Ibidem*, pág. 615.

⁶¹⁰ ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio...*, cit., pág. 162.

En el mismo sentido: MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General...*, cit., pág. 267.

pena que se imponga al sujeto, en base a que el artículo 5 CP literalmente introduce que «no hay pena sin dolo o imprudencia»⁶¹¹.

Por lo que respecta a las *conductas imprudentes*, y ya que según el art. 12 del Código Penal las acciones u omisiones imprudentes «sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley» -sistema de *numerus clausus*⁶¹²-, el delito publicitario sólo admite la comisión dolosa⁶¹³, puesto que no ha previsto la versión imprudente. Es por ello que, según CHOCLÁN MONTALVO, el ámbito de protección de la norma penal frente a conductas dolosas se ha visto restringido, relegándose «al ámbito civil o administrativo la reparación frente a conductas imprudentes»⁶¹⁴.

1.- Dolo del autor.

Por lo que respecta al dolo, nuestro Texto punitivo no introduce una definición expresa del mismo; es por ello que se puede decir que el legislador considera que éste es un concepto que pertenece «a la cultura jurídica de cada tiempo»⁶¹⁵. De esta manera, para COBO DEL ROSAL /

⁶¹¹ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General...*, cit., pág. 251. MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General...*, cit., pág. 267.

⁶¹² MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., pág. 83.

⁶¹³ SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 200. PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 366. CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...* cit., pág. 124. MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., pág. 130.

⁶¹⁴ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «El delito...», cit., pág. 6.

⁶¹⁵ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General...* cit., pág. 262.

VIVES ANTÓN, la noción de dolo puede ser «consciencia y la voluntad de la realización del injusto típico», por lo que el dolo como forma de voluntad ha de quedar identificado con el *dolus malus*, en virtud del cual no es suficiente con que el autor haya sabido y querido lo que hacía, sino que se requiere, también, que haya sabido que no debía hacerlo y que pese a ello se haya decidido a realizarlo⁶¹⁶.

Así, el dolo entendido como elemento autónomo de la culpabilidad, en su calidad de dolo completo, queda regido, según MORILLAS CUEVA, por la formación de la voluntad que ha conducido a la realización del hecho típico que se fundamenta sobre la base de la valoración de la actitud interna reprobable a partir de la cual «germinó en el sujeto la resolución de cometer el delito»⁶¹⁷. De este modo, según un sector de nuestra doctrina, en el Derecho Penal el dolo existe si se da un compromiso de actuar del autor⁶¹⁸.

Las distintas gradaciones del querer dan lugar a las diferentes clases de dolo, dolo directo y dolo eventual. Dentro del *dolo directo*, se suele distinguir entre dolo directo de primer y segundo grado; mientras que en el primero el querer se dirige a las consecuencias de su acción como un fin, en el de segundo grado, se representa como necesarias las

⁶¹⁶ COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho...*, cit., pág. 619.

⁶¹⁷ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General, t. II...*, cit., pág. 177.

⁶¹⁸ VIVES ANTÓN, T. S., *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, 2011, págs. 623 y ss. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa, Parte General...*, cit., pág. 326. ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio...*, cit., pág. 163.

consecuencias de su actuar y, a pesar de que el autor no las persiga directamente, sin embargo, las acepta⁶¹⁹.

Con objeto de determinar si ha existido compromiso de ejecutar una determinada figura delictiva por parte del autor, VIVES ANTÓN propone examinar las reglas sociales y jurídicas que definen la acción como típica y la relación existente entre las reglas con el bagaje de conocimientos del autor⁶²⁰; es decir, podrá admitirse la existencia de dolo en el delito publicitario siempre que se pueda constatar que dominaban «las técnicas del sector de su actividad económica y que conocía el peligro que con su actuación generaba para el bien jurídico protegido en cada caso concreto»⁶²¹.

De este modo, según PUENTE ABA, existirá compromiso siempre que el autor de la conducta descrita en el art. 282 CP conozca que el mensaje publicitario que difunde contiene datos que son objetivamente falsos y que la falsedad presenta una relevancia «que puede adjetivarse como idónea para causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores y usuarios», es decir, el autor ha de ser consciente de que el adquirente de un producto anunciado inverazmente quedará afectado por un menoscabo económico⁶²², en este caso en el

⁶¹⁹ COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho...*, cit., pág. 625.

⁶²⁰ VIVES ANTÓN, T. S., *Fundamentos...*, cit., págs. 623 y ss.

⁶²¹ En esta línea: PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 367.

⁶²² *Ibidem*, pág. 369.

patrimonio, que es el bien jurídico que se tutela en el delito de publicidad engañosa⁶²³.

En base a lo expuesto, concluimos con la idea de que, ya que el Código Penal sólo ha admitido la posibilidad de que la comisión referida al tipo publicitario sea dolosa, el dolo quedará determinado en atención a la difusión de datos falsos que puedan dar lugar a un perjuicio patrimonial en al conjunto consumidores. En este sentido, estimamos que lo especialmente relevante es conocer si el autor era consciente de los elementos típicos que componen la conducta, siendo preciso averiguar tanto la falsedad publicitaria, como la idoneidad del mensaje falso con el que se puede producir un perjuicio económico en nuestros consumidores y usuarios. Existirá, por tanto, dolo en aquellos supuestos en que el empresario difunda una publicidad que sea falsa sobre los productos o servicios que pretende comercializar, en atención a que su posición social como oferente en el mercado determina por sí sola que el mismo conoce las características de lo que produce o comercializa.

Por otra parte, entendemos que ya que el delito publicitario lo es de peligro hipotético, en virtud del cual se viene a proteger el patrimonio de los consumidores, hemos de referirnos a dolo de peligro focalizado en los bienes individuales, ya que son los mismos los que vienen a justificar la creación del bien *supra* individual.

De otro lado, parece que la doctrina admite la existencia de *dolo eventual* en el ámbito del delito publicitario⁶²⁴, en atención a que es

⁶²³ En este sentido: MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., pág. 49. PORTERO HENARES, M., «La solución...», cit., págs. 317 y 318. SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., págs. 129 y 130.

posible que al autor se le representa como probables las consecuencias antijurídicas de su actuar y, pese a ello, actúe asumiéndolas⁶²⁵.

Así, hemos de tener en cuenta que los Proyectos de Código Penal de 1980 y de 1983 recogían el adverbio «intencionadamente», con lo se venía a exigir la concurrencia de dolo directo⁶²⁶, excluyéndose, por tanto, la posibilidad de dolo eventual; sin embargo, la doctrina española pidió la eliminación de dicho elemento subjetivo con el objeto de que el tipo publicitario resultara más eficaz con el acogimiento de la comisión del delito a título de dolo eventual, otorgando el mismo tratamiento al dolo directo y al eventual, tal y como se venía haciendo en el Derecho Penal moderno⁶²⁷. Con ello, el Proyecto de 1992 suprime el mencionado elemento y se da paso a la admisión de la comisión de este delito con dolo eventual⁶²⁸.

De esta forma, resulta viable el dolo de eventual en los delitos de peligro, puesto que el dolo del sujeto sólo abarcará la idoneidad de su acción para lesionar el bien que se pretende tutelar -no teniendo por qué

⁶²⁴ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «El delito...», cit., pág. 5. GONZÁLEZ RUS, J. J., *Sistema...*, cit., pág. 601. MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., pág. 85. SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 200.

⁶²⁵ COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho...*, cit., pág. 625.

⁶²⁶ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «El delito...», cit., pág. 5.

⁶²⁷ En este sentido: MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., pág. 130.

⁶²⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., pág. 85. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa, Parte General...*, cit., pág. 102. SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 200.

comprender el resultado de peligro⁶²⁹-, siempre que en la realización de la acción típica concorra una circunstancia desconocida para el autor en el momento de ejecutarla, bien porque se trate de una circunstancia futura con relación al instante de la acción, bien porque aunque esté presente en ese instante no es efectivamente conocida por él⁶³⁰.

En esta línea, consideramos admisible el dolo eventual en el delito de publicidad engañosa dado que, tal y como señala MAPELLI CAFFARENA, la realización del peligro exigido en este tipo habrá de constatarse mediante dos juicios: uno «ex ante», que viene a determinar la peligrosidad de la acción –es decir, si la adquisición del producto o del servicio hubiera producido perjuicios a los consumidores (juicio objetivo)-, y otro «ex post», que pretende apreciar la posibilidad de peligro –es decir, si el autor hubiera seguido actuando de saber con seguridad que iba a poder producir el daño patrimonial (juicio subjetivo)⁶³¹-.

Para el caso de que el autor conozca la falsedad del mensaje publicitario y que se le represente como probable la idea de que ello supone un peligro grave y manifiesto a los consumidores –es decir, si se constata la peligrosidad de la acción (juicio «ex ante») y la probabilidad de peligro (juicio «ex post»)-, entendemos que resulta viable la conducta dolosa eventual del autor del delito previsto en el art. 282 de nuestro Texto punitivo.

5. ⁶²⁹ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «El delito...», cit., pág.

⁶³⁰ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, G., *Delitos...*, cit., págs. 134 y ss y 165 y ss.

⁶³¹ MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., pág. 83.

En último término, en línea con PUENTE ABA, consideramos que el sujeto es plenamente consciente de que actúa dolosamente o de que actúa con dolo eventual cuando el mismo tenga conocimiento de que la falsedad publicitaria versa sobre circunstancias relevantes del bien o servicio, de que va a alcanzar a muchos consumidores o de que presenta cualquier otra característica objetiva que permita afirmar la existencia de un grave peligro para los mismos⁶³².

2.- Ausencia de formas de culpabilidad.

La negación del dolo y la imprudencia supone, según COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, la ausencia de formas de culpabilidad, siendo su consecuencia inmediata la declaración de inculpabilidad, a causa de la carencia de elementos en que sustentar la imputación subjetiva⁶³³. Sin embargo, la ausencia de dolo y de imprudencia constituyen distintas consecuencias, ya que mientras que la ausencia de dolo no determina sin más la inculpabilidad -en el sentido de que «negado el dolo puede afirmarse, subsidiariamente, la imprudencia»- la ausencia de la imprudencia sí implica la inculpabilidad⁶³⁴.

En el supuesto de que exista *caso fortuito* en la comisión del delito de publicidad engañosa –causación de un mal por mero

⁶³² PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 372.

⁶³³ COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho...*, cit., pág. 655.

⁶³⁴ *Ibidem*, pág. 656.

accidente⁶³⁵- entendemos que el sujeto quedará exento de castigo, en base a que según el art. 10 CP los hechos fortuitos en los que no concurra ni dolo ni imprudencia son penalmente irrelevantes al faltarles un momento esencial de la ilicitud⁶³⁶.

Por su parte, el error, entendido como «la discordancia entre la conciencia y su objeto»⁶³⁷, queda determinado como *error de tipo* desde el instante en que en el mismo el autor cree que no concurren en su conducta todos o alguno de los elementos del tipo legal, pese a que, efectivamente concurren⁶³⁸.

De este modo, en el ámbito del art. 282 CP ha de ponerse en contacto la concurrencia del error con el concepto de dolo antes analizado dado que, tal y como señala ROXIN, el desconocimiento de alguna de las circunstancias que pertenecen al tipo legal excluye el dolo típico⁶³⁹. En este sentido, según PUENTE ABA, si el autor conoce la actividad que desarrolla actuará a título de dolo, ya que es poco imaginable que el empresario lleve a cabo la publicidad de sus bienes o servicios sin que sea consciente de que existen datos falsos en la misma⁶⁴⁰; mientras que si el sujeto no sabía, no pudo calcular

⁶³⁵ COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho...*, cit., pág. 657.

⁶³⁶ VIVES ANTÓN, T. S., *Comentarios al Código Penal de 1995*, t. I, Valencia, 1996, pág. 83.

⁶³⁷ COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho...*, cit., pág. 659.

⁶³⁸ *Ibidem*, pág. 671.

⁶³⁹ ROXIN, C., *Derecho...*, cit., pág. 458.

⁶⁴⁰ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., págs. 372 y 373.

exactamente las consecuencias de su acción por lo que el dolo quedará excluido⁶⁴¹.

Así, entendemos que aunque lo normal es que el autor conozca la actividad que desarrolla, es posible encontrar algún caso de equivocación sobre algún elemento constitutivo de error sobre la publicidad engañosa que produce un perjuicio a los consumidores; en virtud de lo cual se da lugar a un error de tipo que excluirá el dolo, por lo que la conducta quedará impune⁶⁴², al no existir la versión imprudente del art. 282 CP. Este podría ser el caso del empresario que difunde una publicidad falsa, creyendo que la misma versa sobre un aspecto no relevante, cuando la realidad es que dicho aspecto supone un elemento esencial del bien o servicio que se oferta.

De otro lado, en el *error sobre la prohibición* o, más concretamente, sobre la significación antijurídica, el autor cree que actúa conforme a Derecho, cuando en realidad no es así⁶⁴³. De este modo, el error de prohibición, supone el desconocimiento por parte del sujeto de que la actuación no está permitida, pese a que conoce completamente la situación o supuesto de hecho del injusto⁶⁴⁴.

Ha de destacarse que en el campo del Derecho Penal económico existen figuras típicas con términos normativos de contenido jurídico y

⁶⁴¹ ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio...*, cit., pág. 1629.

⁶⁴² En esta línea: PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 374.

⁶⁴³ COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho...*, cit., pág. 672.

⁶⁴⁴ ROXIN, C., *Derecho...*, cit., pág. 861.

normas extrapenales que arrancan con objeto de aclarar el significado del tipo, con lo que se llega a la idea de que es más difícil ser consciente de la antijuricidad de una conducta en el sector de los delitos socioeconómicos que en otras categorías de delitos, en las que con la simple valoración de las reglas «ético-sociales» de la comunidad bastan para advertir la antijuricidad de una conducta, no siendo necesario el conocimiento de reglas técnicas y normas extrapenales específicas⁶⁴⁵.

Si nos centramos en el delito publicitario, hemos de señalar que las peculiaridades del Derecho Penal económico van a tener, lógicamente, aplicación en este tipo, dado que su redacción contiene elementos normativos de contenido jurídico que requieren de una valoración por parte del intérprete.

Así, a modo de conclusión, el error eliminará la culpabilidad siempre que el sujeto que comete la acción típica no tenga conciencia de la antijuricidad de la conducta típica, en cuanto a conocimiento de la prohibición de la actividad publicitaria engañosa. No obstante, esto va a resultar difícil de aplicar en la práctica, puesto que la profesionalidad con que se mueven fabricantes y comerciantes va a conducir, normalmente, a que los mismos sean conscientes de cuándo se desarrolla una conducta antijurídica. En este sentido, en la escasa jurisprudencia existente, no se han encontrado sentencias que lo admitan.

⁶⁴⁵ En esta línea: PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 375.

III.- Exigibilidad.

El Código Penal español regula dos eximentes fundadas en la idea de no exigibilidad, en cuanto a dispensa otorgada en ciertas situaciones del reproche personal por el hecho injusto realizado⁶⁴⁶; no obstante, por lo que respecta al delito de publicidad engañosa, no han sido planteadas en la doctrina dichas causas de inexigibilidad.

Desde nuestro punto de vista, consideramos, con la premisa de que tratándose de un elemento de carácter subjetivo, no se puede de forma absoluta negar su posible existencia, que el miedo insuperable no parece en ningún caso fácilmente aplicable en esta infracción. Por su parte, entendemos que el estado de necesidad subjetivo podría generar algunas cuestiones complejas. Así, tal y como apuntamos en su análisis en el marco de las causas de justificación, inicialmente, rechazamos su admisión; rechazo que se ha de proyectar tanto sea causa de justificación como de inexigibilidad, por lo que a lo allí afirmado nos remitimos.

⁶⁴⁶ COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho...*, cit., pág. 689.

***CAPÍTULO V.- FORMAS ESPECIALES DE APARICIÓN
DEL DELITO DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA.***

I.-Iter criminis.

Un hecho humano adquiere el carácter de delito por su valoración como típicamente antijurídico y culpable, siendo estas las notas que caracterizan la estructura de la Teoría del delito. No obstante, como señalan COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, esta teoría no puede estimarse completa si tras el análisis de las constantes que suponen los juicios de antijuricidad y culpabilidad no se emprende el de los modos o formas en que los hechos humanos pueden realizar los caracteres básicos de la infracción punible⁶⁴⁷.

De este modo, el referido contenido se aborda en la teoría de las denominadas formas de aparición, en virtud de la cual se analiza el modo en que la antijuricidad y la culpabilidad aparecen en los hechos considerados como delito, esto es, las expresiones del proyecto

⁶⁴⁷ *Ibidem*, pág. 711.

delictivo⁶⁴⁸. En base a ello, otorgamos a la Teoría de las formas de aparición su contenido tradicional: *iter criminis*, autoría y participación y concursos⁶⁴⁹.

Según PÉREZ FERRER se continúa utilizando la expresión clásica *iter criminis* para designar las distintas fases por las que discurre la conducta humana enjuiciable penalmente; suponiendo, por tanto, el «camino que recorre el hecho delictivo en sí, pues no surgiendo este de repente, necesariamente tienen que sucederse una serie de acontecimientos, actos o circunstancias, diferenciadas claramente en el espacio y en el tiempo, que van desde que la idea criminal nace hasta que el delito se ejecuta y ejecuta»⁶⁵⁰

El art. 61 CP afirma que «cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada», por lo que, normalmente, cuando los preceptos penales describen y tipifican un delito lo hacen refiriéndose al mismo en su forma consumada.

La consumación del delito consiste en la realización de todos los elementos comprendidos en la figura del delito⁶⁵¹, es decir, consumir

⁶⁴⁸ *Ibidem*, pág. 707.

⁶⁴⁹ *Ibidem*, pág. 709.

⁶⁵⁰ PÉREZ FERRER, F., *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal español*, Madrid, 2009, pág. 23.

⁶⁵¹ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General...*, cit., pág. 632. ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio...*, cit., pág. 221. MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho...*, cit., pág. 411.

equivale a la plena realización del tipo⁶⁵², dándose opción con ello a la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico; esto no obstante, con la expresión «delito consumado» se quiere advertir el cumplimiento del tipo legal de delito, sin que sea precisa la ejecución de todos los elementos que jurídicamente componen el delito⁶⁵³.

En este sentido, por lo que respecta al delito de publicidad engañosa, la doctrina se ha orientado en los términos que a continuación se exponen.

MORENO Y BRAVO señala que el delito publicitario se consume con la realización de la acción típica en sí peligrosa, es decir, con el lanzamiento de la publicidad engañosa⁶⁵⁴. Por su parte, para SIERRA LÓPEZ el tipo descrito en el art. 282 CP se consume «con la realización de alegaciones falsas o manifestación de características inciertas en sus ofertas o publicidad de productos o servicios»⁶⁵⁵.

Según CARRASCO ANDRINO el delito de publicidad engañosa se consume cuando se realiza la alegación o manifestación falsa, siendo

⁶⁵² ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio...*, cit., pág. 221.

⁶⁵³ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General...*, cit., pág. 632.

⁶⁵⁴ MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., pág. 131.

⁶⁵⁵ SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., págs. 200 y 201.

suficiente con la emisión de la comunicación, sin necesidad de que se llegue a comprender o recibir de manera efectiva⁶⁵⁶.

En la misma idea, afirma CASTELLÓ NICÁS que la consumación de este delito tiene lugar cuando se publicita el producto falsamente, sin tener que producirse el perjuicio para el consumidor, en el sentido de que la consumación exige sólo que la inveracidad de las manifestaciones o alegaciones tenga idoneidad para lesionar los intereses económicos de los consumidores⁶⁵⁷.

Para BAJO FERNÁNDEZ / BACIGALUPO SAGGESE el tipo publicitario se consume con la emisión de la publicidad u oferta, no siendo necesario la producción efectiva del perjuicio⁶⁵⁸.

De igual modo, según MAPELLI CAFFARENA no es necesario el perjuicio patrimonial para que llegue a determinarse el delito de publicidad engañosa, no siendo, en consecuencia, necesaria la adquisición del producto o servicio por parte de los consumidores⁶⁵⁹.

⁶⁵⁶ CARRASCO ANDRINO, M. M., *Derecho...*, cit., págs. 595 y 596.

⁶⁵⁷ CASTELLÓ NICÁS, N., *Comentarios...*, cit., pág. 242.

⁶⁵⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho...*, cit., pág. 564.

⁶⁵⁹ MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., pág. 87.

Exponen SERRANO GÓMEZ /SERRANO MAÍLLO que la consumación de este delito se produce en cuanto se da publicidad a las ofertas, a las falsas alegaciones o cuando se manifiestan características inciertas, siempre que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores⁶⁶⁰.

En la misma línea, PUENTE ABA señala que el delito publicitario quedará consumado con la difusión de un mensaje que represente las características típicas previstas en nuestro Texto punitivo, es decir, falsedad e idoneidad para causar un perjuicio a los consumidores de manera que ese mensaje sea apto para la causación de un perjuicio⁶⁶¹.

Por su parte, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ establece que la consumación tendrá lugar en el instante mismo en que se realice la alegación falsa o se manifieste la característica incierta, siempre y cuando el juez pueda entender que la acción peligrosa resulta idónea para causar un perjuicio a los intereses económicos de los consumidores⁶⁶².

Según nuestra opinión, y dado que la publicidad es una forma de comunicación que requiere para su consumación que el mensaje se haya hecho llegar a los consumidores, el delito publicitario quedará consumado una vez realizada la conducta de hacer alegaciones falsas o

⁶⁶⁰ SERRANO GÓMEZ, A. / SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 2007, pág. 511.

⁶⁶¹ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 377.

⁶⁶² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal. Parte Especial...*, cit., versión CD-ROM.

manifestar características inciertas; no siendo, por tanto, preciso que el consumidor o usuario haya llegado a adquirir el producto o servicio, en base a que es suficiente con la verificación de que la publicidad falsa reaciaga sobre los elementos esenciales de producto o servicio ofertado o publicitado para que se considere adecuada para lesionar el intereses patrimonial del colectivo de consumidores.

En otro orden, el Código Penal entiende que existirá *tentativa*, según el apartado primero de su artículo 16, cuando el sujeto el sujeto da comienzo a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo, éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor⁶⁶³. Lo que para COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN significa que la tentativa representa la única forma imperfecta de ejecución del delito⁶⁶⁴.

Según un importante sector de la doctrina no es posible la admisión de la punición de una tentativa en este tipo de delitos⁶⁶⁵, dado su conformada naturaleza abstractamente peligrosa; así, algunos autores opinan que ya que no es necesaria la constatación de un perjuicio, no

⁶⁶³ En este sentido: MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho...*, cit., pág. 413.

⁶⁶⁴ COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho...*, cit., pág. 727.

⁶⁶⁵ CASTELLÓ NICÁS, N., *Comentarios...*, cit., pág. 242. GONZÁLEZ RUS, J. J., *Sistema...*, cit., pág. 602. CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos...*, cit., págs. 292 Y 271 y ss. GALLEGO SOLER, J. I., *Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP; y tratamientos jurisprudenciales*, Barcelona, 1999, pág. 57.

resultan punibles las formas imperfectas de ejecución⁶⁶⁶; del mismo modo, otros califican al delito como de resultado cortado, previniendo que la consumación tiene lugar una vez emitida la publicidad, sin necesidad de que llegue a causarse un perjuicio al consumidor⁶⁶⁷.

Así, con objeto de limitar el alcance en cuanto a las formas imperfectas de ejecución del delito de publicidad engañosa, para un importante sector de nuestra doctrina no existe inconveniente en sancionar el delito publicitario en grado de tentativa⁶⁶⁸, por cuanto que, tal y como señala MORENO Y BRAVO, se reconoce la posibilidad de tentativa en aquellos supuestos en los que la acción se componga de varios actos, de manera que la realización de alguno de ellos genere el comienzo de ejecución⁶⁶⁹.

Lo que en palabras de MUÑOZ SÁNCHEZ significa que la configuración de este tipo permite apreciar una tentativa en base a que el

⁶⁶⁶ MORENO CANOVÉS, A. / RUÍZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, Zaragoza, 1996, pág. 172. En la misma línea, MUÑAGORRI LAGUÍA, I., *La protección...*, cit., págs. 1108 y 1109. JORDANA DE POZAS, L., *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, CONDE-PUMPIDO (Dir.), tomo II, Madrid, 1997, pág. 2985.

⁶⁶⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho...*, cit., pág. 602. RODRÍGUEZ RAMOS, L. / DE LA CUETA RUTE, J. M., «El delito...», cit., pág. 19.

⁶⁶⁸ SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Comentarios al Código Penal*, RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.), 1998, pág. 545. LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso...*, cit., pág. 314. PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 377. RUBIO LARA, P. A., *Parte Especial...*, cit., pág. 95.

⁶⁶⁹ MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., págs. 131 y 32.

En la misma línea: SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., *Compendio...*, cit., págs. 544 y 545.

sujeto activo lleva a cabo la conducta peligrosa, aunque a través de ella no se haya dado lugar a la de producción de un resultado peligroso, esto es, causación de un perjuicio patrimonial al conjunto de consumidores⁶⁷⁰. Sobre la misma idea, PUENTE ABA distingue, dentro del delito de peligro hipotético, entre la realización de la conducta peligrosa y la constatación del perjuicio grave y manifiesto⁶⁷¹.

Lo expuesto nos lleva a la conclusión de que, dado que tentativa acabada deja paso a la consumación en cuanto se realizan todos los elementos del tipo⁶⁷², solamente será posible apreciar la tentativa inacabada, siempre que se difunda la publicidad sin necesidad de que la misma haya llegado a conocimiento de los consumidores. Esto sería el caso de: 1) Publicidad que ya se ha expuesto al público, pero se retira o se paraliza con anterioridad a que pueda acreditarse que es apta para causar un perjuicio a nuestros consumidores⁶⁷³; 2) difusión de publicidad falsa, pero que todavía no puede reputarse idónea para causar un perjuicio a los consumidores, ya que el bien o servicio anunciado aún no se ha introducido en el mercado⁶⁷⁴; 3) publicidad que ya ha sido confeccionada en la imprenta o todavía se halla en la fase de impresión y que, con anterioridad a la exposición al público, el encargado de la

⁶⁷⁰ MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El agente provocador*, Valencia, 1995, pág. 82.

⁶⁷¹ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 377.

⁶⁷² MIR PUIG, S., *Derecho...*, cit., pág. 361.

⁶⁷³ BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGESSE, S., *Derecho...*, cit., pág. 565. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico. Parte Especial...*, cit., versión CD-ROM.

⁶⁷⁴ MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., pág. 88.

imprensa resulta ser denunciado por las autoridades⁶⁷⁵; 4) publicidad engañosa que va a ser difundida a través de la televisión, la radio o de cualquier otro medio, pero que no llega a ser emitida por fallos técnicos⁶⁷⁶; 5) publicidad de sólo la primera parte de un anuncio, ubicándose las alegaciones falsas o las manifestaciones inciertas en la segunda parte que aún no ha sido emitida⁶⁷⁷.

Así, aunque en varias resoluciones jurisprudenciales el delito de publicidad engañosa ha quedado, finalmente, absorbido por el delito de estafa, los tribunales han apuntan en diferentes ocasiones hacia la posibilidad de apreciar tentativa inacabada, siempre que la oferta o publicidad no haya llegado a conocimiento de los consumidores. En este sentido destacan: la sentencia del Tribunal Supremo 357/2004, de 19 de marzo (RJ 2004/1848), basada en la comercialización con botellas con falsas etiquetas de denominación de origen; sentencia del Tribunal Supremo 1097/2009, de 17 de noviembre (RJ 2009/5847), que versa sobre el ofrecimiento de un curso sobre osteopatía informándose por parte de un centro de estudios superiores privado que el mismo sería convalidado por un organismo oficial británico. También, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja 17/2003, de 12 de febrero (ARP 2003/331), centrada en el empleo de etiquetas simuladas del consejo regulador con el fin de comercializar un producto con otras características, y que en su fundamento de derecho séptimo puede leerse que «el delito de publicidad engañosa tiene que estimarse en grado de

⁶⁷⁵ MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., pág. 132.
MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., págs. 87 y 88.

⁶⁷⁶ CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., pág. 119.

⁶⁷⁷ MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., págs. 131 y 132. SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Compendio...*, cit., pág. 545.

tentativa pues si, conforme al art. 282, resulta preciso que se pueda causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, tal situación de peligro no llegó a consumarse»; en este sentido, continúa exponiendo «en el presente caso, la actividad engañosa fue descubierta antes de su paso a los consumidores, de modo que el delito resulta estimado en grado de tentativa»; sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 383/2002, de 28 de junio (ARP 2002/528), sobre edición y puesta en circulación de trípticos en los que se anunciaba la apertura de una nueva escuela de turismo en la que se cursarían estudios homologados por una universidad británica cuando en realidad el proceso de homologación no había concluido.

O la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real 218/2002, de 11 de noviembre, que trata sobre el etiquetado de aceites no concordante con las características esenciales de lo envasado; el auto de la Audiencia Provincial de Madrid 605/2008, de 9 de octubre (JUR 2009/107071), basado en la venta, por parte de un empleado de la banca, de un producto financiero en cuyo folleto explicativo se hacía constar el riesgo del mismo, y en cuyo contrato se contenía la penalización por cancelación que efectivamente se produjo y la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 15/2005, de 11 de abril (ARP 2005/268), sobre inclusión en un escaparate de funeraria el nombre de una cofradía, cuando realmente ésta no prestaba ya sus servicios a la misma.

II.- Autoría y participación.

1.- Cuestiones previas.

El Código Penal español, siguiendo un sistema diferenciador de autoría y participación, distingue entre formas de intervención criminal principales y autónomas (autoría) y formas de intervención secundarias y dependientes (participación)⁶⁷⁸.

Así, entre las formas de autoría, entendida como realización del hecho⁶⁷⁹, además de la simple o individual, el legislador ha previsto la coautoría, es decir, realización del hecho conjuntamente por otros, y la autoría mediata basada en la realización del hecho por medio de otro, del que se sirve como instrumento. Además, ya que el Código recoge otras formas de intervención en el delito distinta de la autoría⁶⁸⁰, la participación se define como contribución al hecho ajeno⁶⁸¹, entendiéndose como formas de la misma tanto la inducción, como la cooperación necesaria y la complicidad.

⁶⁷⁸ PÉREZ ALONSO, E., *Fundamentos....*, cit., pág. 399. Del mismo: *Derecho Penal. Parte General*, ZUGALDÍA ESPINAR (Dir.), Valencia, 2004, págs. 702 y ss.

⁶⁷⁹ COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho....*, cit., pág. 747.

⁶⁸⁰ En este sentido: MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho....*, cit., pág. 433. QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General....*, cit., págs. 636 y ss.

⁶⁸¹ COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho....*, cit., pág. 754.

Cuando hablamos de autoría y participación nos situamos en el plano de la concreta realización de un hecho delictivo, preguntándonos qué persona o personas han cometido este hecho determinado y en qué medida ha contribuido cada uno de ellos a su realización en la concreta forma en que se ha llevado a cabo; siendo en ese momento cuando se decide la clase de responsabilidad criminal que corresponde a cada uno de los que intervienen en el hecho⁶⁸².

Parece evidente que a la hora de analizar el comportamiento subsumible dentro del delito del art. 282 CP la responsabilidad de la conducta descrita en el mismo queda determinada por el comportamiento de fabricantes y comerciantes; sin embargo, en cada caso concreto se habrá que determinar hasta qué punto dichos sujetos han sido los auténticos autores de las alegaciones o manifestaciones publicitarias engañosas.

2.- Responsabilidad de las agencias de publicidad.

Señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ que resulta relevante el descubrimiento del fundamento de la restricción del sujeto activo en los delitos especiales y, en este sentido, entiende que bien sea acción típica realizada por los sujetos cualificados, bien sea llevada a cabo por quien no se incluye en ese círculo de posibles autores estará presente el mismo

⁶⁸² ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio...*, cit., pág. 225.

fundamento⁶⁸³. Sobre esta idea establece un sector doctrinal que el fundamento material consiste en la relación que el sujeto cualificado tiene con el bien jurídico tutelado; de modo que la presunta relación se determina en base a que el bien jurídico sólo se involucra de manera relevante al llevarse a cabo unas determinadas conductas que son desempeñadas desde el interior de una concreta estructura social⁶⁸⁴.

Así, en la medida que es autor todo productor material del hecho descrito en la proposición normativa, aludiéndose, por tanto, a la persona que realiza el sentido de la acción, y en base a que nos hemos acogido a una concepción amplia de sujeto activo -en virtud de la cual entendemos por comerciante toda persona física o jurídica que, por sí o por medio de delegados, ejercita y desarrolla en nombre propio una actividad en el mercado constitutiva de empresa, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de esa actividad-, resulta conveniente analizar el grado de responsabilidad criminal atribuible a las agencias de publicidad encargadas de elaborar el mensaje que es objeto de difusión.

Es decir, dado que resulta frecuente que los anunciantes contraten a otros sujetos más especializados para crear y preparar los mensajes, la responsabilidad de las agencias de publicidad queda ceñida a la determinación de si las mismas son las verdaderas redactoras e

⁶⁸³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General...*, cit., pág. 485 y ss.

⁶⁸⁴ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 387. GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*, Vol. I, Zaragoza, 1986, págs. 374 y 375. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General...*, cit., págs. 489 y ss.

inventoras de la publicidad, ya que normalmente será el anunciante el que encargue el mensaje que se desea publicitar a la propia agencia, siendo la misma la que lo crea en base a sus propios recursos o lo encarga a un tercero, a través de un contrato de creación publicitaria, regulado en el art. 20 de la Ley General de la Publicidad⁶⁸⁵.

Sobre esta idea surge la tesis de GARCÍA CAVERO para quien el delito publicitario es un delito especial configurado materialmente como un delito que protege «la expectativa de los consumidores de no verse afectados por riesgos patrimoniales de una falsa publicidad provenientes de la esfera de organización de los fabricantes o comerciantes, en tanto ofertantes al público de bienes o servicios»⁶⁸⁶.

Por su parte, GRACIA MARTÍN considera que cuando una agencia de publicidad, que actúa como representante, accede al ejercicio del dominio social del representado realiza materialmente la acción típica al actuar en lugar de otro; por lo que el desvalor de una conducta de difusión de publicidad engañosa es el mismo, con independencia de si es llevada a cabo por el fabricante o por el comerciante de los bienes o servicios o por una agencia de publicidad⁶⁸⁷.

⁶⁸⁵ Artículo 20 Ley General de Publicidad.

Contrato de creación publicitaria es aquél por el que, a cambio de una contraprestación, una persona física o jurídica se obliga en favor de un anunciante o agencia a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario.

⁶⁸⁶ GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, Barcelona, 1999, pág. 190.

⁶⁸⁷ GRACIA MARTÍN, L., *El actuar...*, cit., pág. 291.

En este sentido, cabe analizar los distintos supuestos que pueden surgir en la realidad práctica. Estos son: supuesto en que los datos sean proporcionados por el empresario; caso de introducción de datos inveraces por la empresa e hipótesis de trabajo conjunto de empresarios anunciantes y de agencias publicitarias.

1) En primer lugar, puede ocurrir que las agencias de publicidad diseñen los anuncios de la forma más atractiva posible, con el objeto de llamar la atención al consumidor, realizando dicha tarea sobre la base de los *datos falsos proporcionados por el empresario* que pretende introducir sus productos o servicios en el mercado, ya que es el mismo que conoce las características del referido bien o servicio.

En este supuesto, según afirma un sector de la doctrina, a lo que se da lugar es a un dominio del riesgo, en cuanto a responsabilidad por la creación de un peligro para un bien jurídico, en el sentido de desencadenamiento de un riesgo atribuible «al hombre de atrás», dada la inexistencia de una decisión autónoma de creación del riesgo por parte del instrumento⁶⁸⁸; lo que, en el caso del delito publicitario, quedaría determinado sobre la idea de que es el empresario el que toma una decisión libre respecto a la creación del riesgo para el bien jurídico que se pretende tutelar, no siendo consciente de ello la agencia de publicidad, en atención al desconocimiento de la falta de veracidad de los datos

⁶⁸⁸ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 384. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», *Cuadernos de Política Criminal*, 1989, n° 38, pág. 388. CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos...*, cit., págs. 319-320 y 324.

aportados por el anunciante. Ello significa, para PUENTE ABA, que el verdadero autor del delito va a ser el fabricante o comerciante, que es el que produce o trata con el producto⁶⁸⁹.

Según la teoría de ROXIN, este caso se determinará sobre la base de la autoría mediata como dominio de la voluntad⁶⁹⁰, considerándose autores del delito a los fabricantes y comerciantes, puesto que las posibles inveracidades contenidas en el mensaje publicitario no son concebidas por la agencia, sino que se hallan ya contenidas en los datos entregados por el empresario oferente.

Por su parte, para GIMBERNAT ORDEIG es posible la autoría mediata de un *intraneus*, fabricante o comerciante, que utiliza a un *extraneus*, agencia de publicidad, como instrumento para llevar a efecto su plan⁶⁹¹.

Un ejemplo sería aquel en el que el anunciante, que conociendo la falsedad de los datos, decide aportarlos a la agencia para que la misma cree un anuncio; en este caso, la agencia publicitaria actuaría bajo error de tipo, dado que desconoce la falsedad de las alegaciones o manifestaciones. Otra hipótesis, sería el supuesto en que el empresario otorga a la agencia el mensaje publicitario ya redactado, siendo la labor

⁶⁸⁹ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 383.

⁶⁹⁰ Para quien existe una voluntad rectora que domina el hecho típico sin realizar ninguna acción ejecutiva. ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Madrid, 2000, págs. 165 y 166.

⁶⁹¹ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 2006, pág. 230.

de la misma introducir un planteamiento más comercial y difundir la publicidad delictiva. En ambos supuestos, habría de tenerse en cuenta, además, que lo normal es que sea el empresario el que de el visto bueno al trabajo ejecutado por la agencia, en el sentido de que resulta inimaginable que se proceda a la difusión de la publicidad sin ser aprobada, previamente, por el fabricante o comerciante pudiéndose considerar, por tanto, a este último verdadero anunciante⁶⁹².

De esta manera, en el supuesto de que las agencias de publicidad diseñen los anuncios realizando dicha tarea sobre la base de los datos proporcionados por el empresario, consideramos que el verdadero autor del delito va a ser el fabricante o comerciante, ya que las posibles inveracidades contenidas en el mensaje publicitario no son concebidas por la agencia, sino que se hallan ya contenidas en los datos entregados por el empresario.

2) En segundo término cabe la posibilidad de que el empresario entregue información correcta a la *agencia publicitaria* y sea ésta la que *introduce los datos inveraces* en el momento de difundir el mensaje al público, es decir, publicidad inveraz elaborada por la agencia.

En este supuesto, según SIERRA LÓPEZ a lo que se llega es a la salvación de la laguna de punibilidad que, en base a la redacción del tipo, permite concebir la autoría directa de las agencias⁶⁹³.

⁶⁹² PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 385.

⁶⁹³ SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 186.

Desde la teoría de la transmisión de responsabilidad penal en el entorno de los delitos especiales el ámbito de responsabilidad del representante queda configurado cuando en él concurren los elementos especiales de autor que representen una auténtica relación de dominio sobre la causa y el resultado igual a la del garante, concretado o bien en el dominio sobre una cosa o procedimiento de carácter peligroso o bien en el dominio sobre el desvalimiento y la susceptibilidad de lesión del objeto material del bien jurídico que se pretende tutelar; es decir, responsabilidad penal del representante en base a la asunción y ejecución de las actividades del sujeto cualificado⁶⁹⁴.

Para GRACIA MARTÍN lo que viene a fundamentar la atribución de responsabilidad del representante, en nuestro caso agencia de publicidad, es el hecho de que el significado de su propia conducta es materialmente idéntico al de la conducta del sujeto cualificado por el delito especial; ello sobre la idea de que lo que realmente importa es saber si la «actuación en lugar de otro» se lleva a efecto en atención a las posibilidades de que un sujeto realice la conducta típica. Es decir, habrá de constatarse si el sujeto no cualificado accede materialmente al ejercicio de las facultades inherentes al círculo de sujetos activos delimitado penalmente, ya que sólo desde esa perspectiva se podrá lesionar el bien jurídico en la forma específica que el tipo describe⁶⁹⁵.

⁶⁹⁴ SHÜNEMANN, B., «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, Fase II, pág. 544. Tomado de PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 386.

⁶⁹⁵ GRACIA MARTÍN, L., *El actuar...*, pág. 357.

Así, si el empresario entrega la información de manera correcta a la agencia publicitaria y es ésta la que introduce los datos inveraces en el momento de difundir el mensaje al público, consideramos que podemos hallar autoría directa de la agencia, ya que, a pesar de que el artículo 282 CP restringe el ámbito de posibles autores, la agencia de publicidad puede responder al círculo de los mismos en base a que cabe dentro concepto amplio de comerciante.

3) Para la hipótesis de que los *empresarios anunciantes y las agencias publicitarias trabajen conjuntamente*, se abre un extenso abanico de posibilidades de imputación de responsabilidad penal.

Así, en primer lugar puede darse el caso de que tanto el anunciante como la agencia se pongan de acuerdo para preparar y difundir la publicidad engañosa; en segundo término, podría ocurrir que uno de los sujetos, o anunciante o agencia de publicidad, dirija el proceso ideado por él y el otro colabore con éste.

En el supuesto de que el fabricante o comerciante y la agencia convengan elaborar y difundir la publicidad falsa, afirma GRACIA MARTÍN que el delito quedaría determinado como de coautoría, ya que aunque la agencia publicitaria ni presenta la cualificación exigida por el tipo ni actúa en lugar de otro, sin embargo, la actuación del representado (empresario) no tiene por qué dar lugar a la exclusión de la responsabilidad del representante si el mismo ha intervenido en concepto autor⁶⁹⁶.

⁶⁹⁶ *Ibidem*, págs. 33 y 34.

Cabe aquí referir que un sector de la doctrina ha entendido que la coautoría de dominio conjunto del hecho parte de un acuerdo de voluntades en la realización conjunta de la conducta⁶⁹⁷. Así, para ROXIN el dominio del hecho funcional equivale a cooperación, que conlleva al fracaso del proceso delictivo en el supuesto de que uno de los coautores deniegue su intervención⁶⁹⁸; mientras que para DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO el dominio positivo y conjunto del hecho determina la acción típica nuclear⁶⁹⁹.

PUENTE ABA considera necesaria la constatación del dominio positivo y conjunto del hecho, de la agencia publicitaria y del anunciante, sobre la idea de considerarlos coautores, siempre que el examen de la acción de la agencia y de la del anunciante determinen positivamente el sí y el cómo del hecho; ya que, según su opinión, el presupuesto

⁶⁹⁷ ROXIN, C., *Autoría...*, cit., pág. 316. CÓROBA RODA, J., *Notas de Derecho español al tratado de Derecho Penal de Maurach*, II, Barcelona, 1962, págs. 299 y ss. CEREZO MIR, J., «Informe sobre el Borrador de Anteproyecto de la Parte General del código penal de 1990», *Actualidad Penal*, tomo I, Madrid, 1991, pág. 271. BACIGALUPO ZAPATER, E., «La distinción entre autoría y participación en la jurisprudencia de los tribunales y el nuevo Código Penal alemán», *Estudios Penales. Libro homenaje al Prof. J. ANTÓN ONECA*, Salamanca, 1982, págs. 29 y ss. GRACIA MARTÍN L., *El actuar...*, cit., págs. 47 Y 48. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984, págs. 103 y ss.

En la misma línea se manifiesta PÉREZ ALONSO para quien la característica esencial de la coautoría reside en que cada individuo domina los sucesos globales en cooperación con los demás, es decir, «se trata de un dominio del hecho conjunto y unitario». PÉREZ ALONSO, E. J., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal*, Granada, 1998, pág. 210.

⁶⁹⁸ ROXIN, C., *Autoría...*, cit., págs. 309 y ss.

⁶⁹⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona, 1991, págs. 653 y ss.

indispensable de la coautoría es «la existencia de una resolución común», para lo cual habrán de comprobarse los términos del acuerdo, con el objeto de averiguar si realmente agencia publicitaria y anunciante «determinaban conjuntamente el desarrollo del hecho delictivo» (primera posibilidad) o, si por el contrario, «la dirección del plan correspondía básicamente a uno de ellos y sólo se requería del otro un mero auxilio o cooperación»⁷⁰⁰ (segunda posibilidad).

HERNÁNDEZ PLASENCIA entiende que si la agencia ha sido la que ha elaborado el mensaje falaz tras haber sido inducida a ello por el fabricante o comerciante, podemos hablar de autoría de la agencia, dado que la actuación del sujeto cualificado en un delito especial puede darse sobre la premisa del actuar en lugar de otro y de la participación, que en este supuesto sería inducción a elaborar la publicidad engañosa, por parte del sujeto cualificado, es decir, por el empresario⁷⁰¹.

Por otra parte, un sector doctrinal considera que poseerá el dominio del hecho como autor del delito el anunciante, si es el mismo el que idea la elaboración de la publicidad engañosa poniéndose de acuerdo con la agencia publicitaria para la confección y difusión de un mensaje publicitario más profesional; constituyendo, por su parte, cooperación necesaria la acción de la agencia⁷⁰².

⁷⁰⁰ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 392.

⁷⁰¹ HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *La autoría mediata en Derecho Penal*, Granada, 1996, págs. 314 y 318.

⁷⁰² CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho...*, cit., págs. 524 y 525. CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., pág. 125. MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., pág. 54. MUÑOZ

En el caso de que el trabajo de confección y de difusión provenga de la agencia, estima PUENTE ABA que será ésta la auténtica autora del delito; pero el hecho de que exista un acuerdo entre la agencia y el anunciante determina que éste sea cooperador necesario, dado que es él el que ha facilitado los datos necesarios para la producción del mensaje, estando en sus manos paralizar el trabajo encargado a la propia agencia⁷⁰³.

En este sentido, ante la hipótesis de que los empresarios anunciantes y las agencias publicitarias trabajen conjuntamente, poniéndose de acuerdo para preparar y difundir la publicidad engañosa, creemos que estaríamos ante un supuesto de coautoría; mientras que si uno de estos dos sujetos dirige el proceso ideado por él y el otro colabora con éste, podemos hablar de autor (para el que idea y dirige el proceso delictivo) y colaborador en cuanto a cooperador necesario, cómplice o inductor, según el caso. Es decir, cabe la coautoría del anunciante y de la agencia en el caso de que ambos determinen el desarrollo del proceso de elaboración y difusión del mensaje publicitario falso, dependiendo, por tanto, del grado de participación de la agencia en la actividad del empresario.

CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial...*, cit., pág. 486.
JORDANA DE POZAS, L., *Código...*, cit., pág. 2985.

⁷⁰³ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 393.

3.- Atribución de responsabilidad penal a las personas físicas que cometen el delito publicitario en el seno de la organización de una persona jurídica.

Continuando con la responsabilidad exigible a los sujetos intervinientes en el delito de publicidad engañosa hemos de hacer mención a las personas físicas que desarrollan su actividad en el seno de una persona jurídica, dado que, según la tesis de FRISCH, si se comete un hecho delictivo en el seno de la organización empresarial podrá decirse que éste ha tenido lugar en un ámbito creado por las facultades individuales de autoorganización de la misma⁷⁰⁴.

Así, en el ámbito publicitario hemos de analizar dos posibilidades: por un lado la de la publicidad elaborada con total independencia y autonomía por los sujetos especializados en la empresa, sin que sus trabajos sean comprobados por los órganos directivos y, por otro, la de la actividad llevada a cabo por los expertos y revisada por los directivos, siendo éstos los que toman la decisión final.

⁷⁰⁴ FRISCH, W., «Problemas fundamentales de la responsabilidad de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo», *Responsabilidad Penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, MIR PUIG / LUZÓN PEÑA (Coords.), Barcelona, 1996, págs. 113 y ss. En el mismo sentido, SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 187.

1) En el supuesto de que la *publicidad sea elaborada con total independencia y autonomía por los sujetos de un determinado departamento especializado de la empresa*, sin que sus trabajos sean revisados por los órganos directivos, sería aplicable, según GARCÍA CAVERO, al jefe de ese departamento el art. 31 del Código Penal, en virtud del que la responsabilidad penal de este sujeto se vería totalmente atribuida en base a que el mencionado artículo se refiere al «administrador de hecho», el cual, en el ámbito publicitario, es definido desde una concepción amplia como «persona que decide sobre la orientación publicitaria de la empresa y no depende para ello de un órgano superior»⁷⁰⁵. Ello siempre que, como tal y como estima MAPELLI CAFFARENA, se refiera a casos en que la empresa haya asumido la responsabilidad del diseño y desarrollo de la campaña publicitaria y no para la hipótesis de que publicistas y responsables de las agencias guarden con el comerciante una relación exclusivamente contractual; dado que, en este caso, ni actúan ni en nombre de la firma comercial ni pueden considerarse administradores⁷⁰⁶. En este sentido, se manifiestan las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla 608/2008, de 12 de diciembre (ARP 2009/391), referida a la publicidad engañosa en compraventa de viviendas, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 15/2005, de 11 de abril (ARP 2005/268), por la que se juzga un caso de inclusión en un escaparate de una funeraria el nombre de la Cofradía acusadora cuando aquella ya no prestaba sus servicios a ésta; sentencias que, en sus fundamentos de derecho quinto y primero respectivamente, introducen que «se requiere la aplicación de la regla del

⁷⁰⁵ GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad...*, cit., pág. 191.

⁷⁰⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., págs. 60 y 61.

art. 31 CP, perfectamente adecuada aquí, pues los dos acusados actuaron en estos hechos en representación de tal persona jurídica».

De esta manera, si es el jefe del departamento el que elabora y difunde dolosamente un mensaje publicitario engañoso, se podrá considerar partícipe al directivo, mientras que si esta actuación es llevada a cabo por los subordinados del jefe del departamento, se podrá hablar de responsabilidad como partícipe del jefe del departamento. Ahora bien, en el supuesto de que los órganos directivos aporten datos inveraces al departamento empresarial encargado de crear el mensaje, se hablará de autoría mediata por parte de dicho directivo⁷⁰⁷.

2) Para el supuesto de que la *actividad publicitaria sea llevada a cabo por los expertos de un determinado departamento de publicidad y marketing, siendo posteriormente revisada por el órgano directivo* de la empresa que toma la decisión final sobre la difusión del mensaje publicitario falaz, entiende un sector de la doctrina que es asumible la autoría, en base a la imputación que por medio del art. 31 CP puede extenderse al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica⁷⁰⁸; sin olvidar, la cooperación necesaria o complicidad de

⁷⁰⁷ En este sentido: GRACIA MARTÍN L., *El actuar...*, cit., págs. 102 y 103. PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., págs. 399 y 340.

⁷⁰⁸ GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad...*, cit., pág. 191. SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 188. PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., págs. 397 y 398.

aquellos sujetos que elaboran dolosamente la publicidad engañosa, que posteriormente va a ser aprobada por los mencionados directivos⁷⁰⁹.

No obstante, para otros autores, resulta imposible imputar a las agencias de publicidad el título de autor del delito que estamos analizando, aunque no se ha de descartar su participación en el tipo como partícipes siempre que el autor reúna la cualificación requerida por el delito⁷¹⁰.

De esta manera, entendemos que la solución ante el supuesto de que el delito de publicidad falsa sea cometido por los expertos de un departamento y posteriormente revisada por los directivos de la empresa, queda centrada en la autoría de los directivos, ya que son los únicos que realmente toman la decisión, en base a la previsión del art. 31 CP; no obstante, consideramos que no debe olvidarse la posibilidad de cooperación necesaria o complicidad de aquellos sujetos que elaboran la publicidad engañosa posteriormente revisada.

⁷⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Criterios...», cit., pág. 19
NUÑEZ CASTAÑÓN, E., *Responsabilidad penal en la empresa*,
Valencia, 2000, pág. 212.

⁷¹⁰ En esta línea: CARRASCO ANDRINO, M. M., *La
publicidad...*, cit., pág. 125. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal,
Parte Especial...*, cit., pág. 444. CARBONELL MATEU, J. C.,
Derecho..., cit., pág. 476.

4.- Responsabilidad penal en los casos de utilización de medios o soportes de difusión mecánicos.

Ya que en la mayoría de las ocasiones la actividad publicitaria delictiva será llevada a cabo a través de medios o soportes de difusión mecánicos, cabe ahora examinar la responsabilidad penal en los casos de utilización de los mismos.

Así, resulta precisa la pregunta de si es aplicable el régimen de responsabilidad previsto en el art. 30 CP, en que puede leerse que en los delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente; no obstante, los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden:

1. «Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo.
2. Los directores de la publicación o programa en que se difunda.
3. Los directores de la empresa editora, emisora o difusora.
4. Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora».

Por un lado, según un sector doctrinal, el citado precepto no tiene aplicación en el delito de publicidad engañosa ya que el mismo constituye un sistema especial de responsabilidad penal para aquellos

delitos cuyo bien jurídico puede verse afectado mediante el ejercicio de la libertad de expresión⁷¹¹; es decir, se hace precisa la delimitación de la responsabilidad en los delitos denominados de imprenta, delitos contra el honor y contra la intimidad⁷¹².

En este sentido se pronuncia CARRASCO ANDRINO, quien señala que, dada la distinta naturaleza del delito de publicidad engañosa y la de aquellos delitos referidos a la libertad de expresión, el régimen del artículo 30 CP no resulta aplicable al delito publicitario⁷¹³. De igual modo, para MORENO y BRAVO la solución vendrá dada mediante la exclusión de aplicación al delito de publicidad falsa de la responsabilidad escalonada, subsidiaria y excluyente prevista en el art. 30⁷¹⁴.

Sin embargo, otros autores sí que se muestran acorde la aplicación del art. 30 del Texto punitivo en los supuestos de publicidad engañosa, por dos motivos:

⁷¹¹ MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., pág. 127. CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., pág. 127. TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho Penal de al empresa*, Madrid, 1995, pág. 186.

⁷¹² QUINTERO OLIVARES, G., *Manual...*, cit., págs. 698 y ss. GÓMEZ TOMILLO, M., *Libertad de información y teoría de la codelincuencia (La autoría y la participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masa)*, Granada, 1998, pág. 13. VIVES ANTÓN, T. S., *Libertad de prensa y responsabilidad criminal (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta)*, Madrid, 1977, pág. 200, nota 33. HERÁNDEZ PLASENCIA, U., «El delito...», cit., págs. 1110 y 1111.

⁷¹³ CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., pág. 127.

⁷¹⁴ MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., págs. 105 y 106.

1) El primero obedece a la idea de que no existe un fundamento legal que obligue a mantener la limitación tradicional del art. 30 a los clásicos delitos de prensa⁷¹⁵.

2) La segunda de las razones se centra en la idea de que el art. 30 del Código Penal se refiere a la proyección de impedir que el anonimato derivado de la introducción de un mensaje delictivo en un medio de comunicación pueda favorecer la impunidad de ese comportamiento⁷¹⁶.

Sobre esta idea, afirma GÓMEZ TOMILO que el art. 30 CP no sólo se aplicará a los delitos contra el honor y la intimidad, sino que también es suministrado en otras infracciones que se cometen por medio de soportes de carácter mecánico y que consisten en la exteriorización de contenidos de pensamientos que atentan contra el honor y la intimidad⁷¹⁷.

En la misma línea, PUENTE ABA opina que en el delito de publicidad falsa se dan todos los elementos que permiten reconocer la aplicación del art. 30 CP, en base a los siguientes criterios:

⁷¹⁵ En este sentido, introduce QUINTERO OLIVARES que la norma contempla infracciones cuyo pleno sentido como injusto, solamente se capta en virtud de la extensión del conocimiento generalizado de lo que alguien dice o escribe, por lo que puede decirse que el art. 30 CP resulta de aplicación en aquellos delitos que se cometen con el uso de medios de difusión, pero cuyo injusto no depende de dicha circunstancia; esto no obstante hay que dejar claro que este autor se manifiesta en contra de la aplicación del art. 30 CP al delito de publicidad engañosa. QUINTERO OLIVARES, G., *Manual...*, cit., págs. 698 y ss.

⁷¹⁶ GÓMEZ TOMILLO, M., *Libertad...*, cit., págs. 33 y ss. PUENTE ABA, L. M., *Los delitos...*, cit., pág. 72.

⁷¹⁷ GÓMEZ TOMILLO, M., *Libertad...*, cit., págs. 305 y ss.

1) De un lado, se trata de una infracción cuyo injusto se capta a través de la extensión del conocimiento generalizado de lo que alguien manifiesta, dado que lo que se castiga con este tipo es la publicidad apta para perjudicar económicamente a los consumidores, ya que con la gran difusión de esta forma de comunicación se justifica la configuración de un tipo autónomo. En este sentido, cree la autora en cita que cabe defender la aplicación de este precepto en el delito de publicidad engañosa, ya que «aunque se interprete que cometidos por medios de difusión mecánicos debe considerarse sinónimo de consumado» el tipo publicitario ha de entender que se consuma con la mera emisión de la publicidad a través de los referidos medios de difusión, siempre que esa comunicación sea idónea en base al tipo⁷¹⁸.

2) De otra parte, en el delito de publicidad engañosa, nos encontramos con un autor-delincuente que ha creado el mensaje delictivo, es decir, con un sujeto que es responsable de la elaboración y difusión de los mensajes publicitarios falsos, siendo lo verdaderamente relevante la creación de un texto delictivo que se difunde por medio de un soporte de comunicación de masas, ya sea prensa, radio o televisión⁷¹⁹.

⁷¹⁸ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., págs. 413 y 414.

En el mismo sentido: SÁNCHEZ GARCÍA, I., «El nuevo delito...», cit., pág. 123.

⁷¹⁹ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., págs. 413 y 414.

Sobre esta idea: GIMBERNAT ORDEIG, E., «Otra vez: los delitos contra la propiedad intelectual (Al mismo tiempo, algunas reflexiones sobre los delitos con objeto plural inequívocamente ilícito, sobre los de actividad y sobre el ámbito de aplicación de los artículos

Una vez analizada la posibilidad de aplicación del art. 30 del Código Penal al delito de publicidad engañosa, toca ahora preguntarnos por la responsabilidad en cada caso concreto de elaboración y difusión de un mensaje publicitario delictivo.

Si nos centramos en la previsión del apartado segundo del art. 30 CP serán autores los que realmente «hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes hayan inducido a realizarlo», es decir, en el delito que estamos analizando, según PUENTE ABA, los fabricantes o comerciantes y agencias de publicidad que hayan realizado tal conducta podrían integrarse en este primer escalón, en virtud de su responsabilidad como autores o inductores; siendo autor el que redacte y elabore el mensaje publicitario e inductor el sujeto que actúe como tal en el proceso de elaboración de la publicidad engañosa⁷²⁰.

Mayor problema hallamos a la hora de sancionar las conductas de cooperación necesaria, puesto que el art. 30 no las menciona expresamente. Sin embargo, según PUENTE ABA ello se puede resolver en base a la remisión que el art. 30 CP hace del precepto 28 del Código punitivo, en el que se equipara, a efectos de pena, a autores con inductores y cooperadores necesarios⁷²¹. Lo cual quiere decir que, si

13 y 15 del Código Penal)», *Estudios Penales y criminológicos*, XV, 1990-91, págs. 120 y 121.

⁷²⁰ PUENTE ABA, L. M., *Los delitos...*, cit., págs. 73 y 74.

⁷²¹ GÓMEZ TOMILLO, M., *Libertad...*, cit., págs. 133 a 135. PUENTE ABA, L. M., *Los delitos...*, cit., pág. 74.

En contra de esta teoría, es decir, manifestando la exclusión de la figura del cooperador necesario en el art. 30 CP se manifiestan:

atendemos a esta teoría, los diferentes grados de la escala del art. 30 incluyen, en la redacción del texto o en los producción de signo, tanto a autores, como a inductores y a cooperadores necesarios.

Según nuestro criterio, para el caso de la actividad publicitaria sea llevada a cabo por medios o soportes de difusión mecánicos, consideramos que resulta aplicable la determinación de la responsabilidad penal en atención a la previsión del at. 30 CP, dado que el mismo se fundamenta en la idea de impedir que el anonimato derivado de la introducción de un mensaje delictivo en un medio de comunicación pueda favorecer la impunidad de ese comportamiento.

En virtud de ello, estimamos oportuna, como propuesta de *lege ferenda*, la confección de una regla concreta para el caso de la publicidad engañosa ya que, aunque el art. 30 CP establece un régimen de responsabilidad subordinado centrado en la idea de evitar la sanción de sujetos que no han intervenido y que no tengan noticia de la falsedad del mensaje⁷²², se hace precisa un sistema referido específicamente al patrimonio y no tanto a los delitos contra el honor y la intimidad.

MUÑAGORRI LAGUÍA, I., *La protección...*, cit., pág. 90.
HERNÁNDEZ PLASENCIA, «El delito...», cit., págs. 1109 y 1110.

⁷²² TIEDEMANN, K., *Lecciones...*, cit., pág. 168.

En esta línea: PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 417.

III.- Relaciones concursales.

1.- Cuestiones introductorias.

Dos son los objetivos centrales de esta apartado, por una parte resolver la problemática que suscita la concurrencia de varias disposiciones penales aparentemente aplicables a un hecho cuando, sin embargo, sólo una debe aplicarse y, por otra parte, esclarecer el tratamiento jurídico de los casos en que un mismo sujeto es condenado por varios delitos. Lo primero plantea el tema del concurso de leyes; mientras que lo segundo obligará a decidir previamente cuándo concurre unidad y cuándo pluralidad de delitos, lo que presupone la cuestión de la unidad y pluralidad de hechos, y a distinguir las dos clases de pluralidad de delitos: el concurso ideal de delitos y el concurso real de delitos. Cuestiones ambas que serán tratadas conjuntamente a lo largo de este epígrafe.

Así, de una parte, MIR PUIG habla de *concurso de leyes* cuando uno o varios hechos se pueden incluir en varios preceptos penales de los que sólo uno puede aplicarse, puesto que su estimación conjunta supondría un supuesto de *bis in idem*. Ello sucede siempre que uno de los preceptos baste por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes; presentándose entonces un solo delito⁷²³.

De otro lado, como afirma SUÁREZ LÓPEZ el delito no siempre se presenta con la simpleza de un hecho típicamente antijurídico al que se

⁷²³ MIR PUIG, S., *Derecho...*, cit., 662.

le asocia una pena, sino que cabe la hipótesis de que un sujeto con un sólo hecho realice más de una infracción o que sean varios los que dan lugar a una multiplicidad de las mismas e, igualmente, cabe, también, la opción de que una pluralidad de acciones den lugar a un sólo delito⁷²⁴. En este sentido, se distingue, respectivamente, entre *concurso ideal y real de delitos*.

De este modo, y dado que el derecho positivo no introduce una definición de lo que se entiende por concurso de delitos⁷²⁵, se ha hecho precisa la concreción de los elementos del mismo quedando determinada sobre la idea de que un mismo sujeto ha realizado varios delitos, puntualizando COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN que el contenido propio del concurso se halla delimitado por la presencia de cuatro requisitos: 1) Pluralidad de infracciones, 2) unidad o pluralidad de objeto valorado por ellas, 3) unidad del sujeto al que se imputan y 4) unidad de enjuiciamiento⁷²⁶. De igual manera, para SANZ MORÁN el concurso de delitos viene caracterizado por la comisión de diversas infracciones a cargo de un mismo autor⁷²⁷. Por lo que, tal y como dice SUÁREZ LÓPEZ, hay concurso de delitos cuando un mismo sujeto, por medio de uno o varios hechos, ha violado varias veces la ley penal, antes de que haya recaído sentencia en relación a alguna de ellas y, por ello, deber responder de varios delitos; en esta línea, según la doctrina del autor en

⁷²⁴ SUÁREZ LÓPEZ, J. M., *El concurso real de delitos*, Madrid, 2001, pág. 15.

⁷²⁵ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General...*, cit., pág. 810.

⁷²⁶ COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho...*, cit., pág. 763.

⁷²⁷ SANZ MORÁN, A. J., *El concurso d delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid, 1986, pág.246.

cita, «como quiera que la pluralidad delictiva puede surgir de uno o varios hechos y que nuestro Texto punitivo, no con una especial fundamentación, opta por un sistema dual que diferencia el concurso real del ideal», a los anteriores elementos añade el de unidad o pluralidad de hecho⁷²⁸.

En este sentido, cabe señalar la posibilidad de que el delito de publicidad falsa entre en concurso con otros delitos ya que, tal y como se prevé en el art. 282 CP, serán castigados los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos, es decir, se recoge de forma expresa en el tipo publicitario una fórmula concursal⁷²⁹, entendida por CARBONELL MATEU como un fórmula en virtud de la cual se pretenden disipar las dudas que surjan acerca del carácter socioeconómico de este delito⁷³⁰. En base a ello, podemos señalar que el delito de publicidad engañosa es lo suficientemente amplio como para concurrir junto con otros tipos penales, que pasamos a analizar.

⁷²⁸ SUÁREZ LÓPEZ, J. M., *El concurso...*, cit. pág. 62.

⁷²⁹ RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R., «Delitos relativos al mercado», *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, tomo IV, Derecho Penal. Parte Especial (Derecho Penal económico)*, Madrid, 2012, pág. 102.

⁷³⁰ CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho...*, cit., págs. 525 y 526.

En la misma línea: SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 204.

2.- Relación con el delito de estafa.

La estafa ha constituido hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995 y probablemente también tras su entrada en vigor la principal vía para proteger penalmente el patrimonio del consumidor. Sin duda, tiene un relevante papel en la tutela del mismo e, incluso, en algunas ocasiones desplaza la aplicación de los tipos penales de tutela patrimonial estricta del consumidor como, por ejemplo, la publicidad engañosa.

El art. 248 del Código Penal español define la estafa en los siguientes términos: «Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir un error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno». Los elementos del delito que, como afirma GONZÁLEZ RUS, están bien reflejados en la definición legal son: 1) Engaño antecedente, consistente en la maquinación, ardid, falacia o mendacidad que utiliza el sujeto activo para viciar la voluntad de la víctima, provocándole un error; 2) acto de disposición patrimonial del engañado; 3) perjuicio patrimonial de éste o de terceras personas; 4) nexo causal que enlaza el engaño, el error, el acto de disposición y el perjuicio; y 5) ánimo de lucro o propósito de enriquecimiento injusto del agente⁷³¹.

Para SIERRA LÓPEZ el engaño de la estafa ha de ser bastante para inducir a error al sujeto pasivo, lo cual sólo se produce en el delito

⁷³¹ GONZÁLEZ RUS, J. J., *Sistema...*, cit., pág. 482.

de publicidad engañosa cuando las ventas se hagan directamente a través de catálogo o cuando el producto se adquiriera por las características técnica ofertadas, ya que en los demás casos, según su opinión, no parece posible apreciar el mencionado engaño bastante, puesto que al comprador le es exigible la máxima diligencia a la hora de adquirir un producto o servicio⁷³². Sin embargo, para otro sector doctrinal, el engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición ha sido catalogado como un engaño que crea riesgo jurídico-penalmente desaprobado de lesión del bien jurídico, es decir, del patrimonio; por lo que el éxito de la conducta engañosa dependerá de su capacidad para alterar los elementos de juicio de la víctima, provocando con ello una decisión errónea que le llevará a una disminución de su patrimonio⁷³³.

De este modo, no parece difícil que se produzca la concurrencia de los elementos de la estafa cuando se defrauda a un consumidor a través de una campaña de publicidad falsa. Con lo que se llega a la problemática relación entre delitos de peligro y de lesión que inciden en el mismo bien jurídico, en cuanto que tanto la publicidad engañosa (delito de peligro) como la estafa (delito de lesión) se vienen a referir al patrimonio. En esta línea, la doctrina ha señalado dos posiciones bien diferenciadas:

⁷³² SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 205.

⁷³³ VALLE MUÑIZ, J. M., *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, Barcelona, 1987, págs. 165 y 166. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Función y contenido del error en el tipo de estafa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985, págs. 336 y ss. PÉREZ MANZANO, M. M., *Compendio...*, cit., págs. 443 y 444.

1) Por un lado, encontramos la teoría de los que defienden⁷³⁴ que se produce un concurso de leyes a resolver con la primacía de la aplicación del delito de lesión, en atención al principio de subsidiariedad⁷³⁵.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de marzo de 2004 (RJ\2004\1848), ante una conducta de utilización falsa de la denominación de origen Rioja por parte de una empresa que comercializó vino en Alemania señala que «aun en el supuesto de que realmente hubieran concurrido los requisitos exigidos en el art. 282, nunca habría habido aquí este delito de publicidad falsa, simplemente

⁷³⁴ Por todos: CUERDA RIEZU, para quien la cláusula sin perjuicio no excluye la posibilidad de apreciar en algunos supuestos un concurso aparente de normas penales, como ocurre cuando se lesiona el patrimonio individual a través de un engaño publicitario típico, dado que en ese caso el posible perjuicio del delito publicitario se ha verificado en el resultado de perjuicio patrimonial de la estafa, de manera que aquél queda consumido en éste. CUERDA RIEZU, A., «Contribución...», cit., pág. 74.

⁷³⁵ Sobre esta idea entiende MORILLAS CUEVA que el concurso de leyes impropio, concurso aparente de leyes penales o conflicto aparente de leyes penales, como se prefiera, suponen que una «determinada conducta presente la posibilidad de ser ubicada en varias normas penales, siendo una de ellas la que reúne más características de concreción y, por lo tanto, la preferentemente a utilizar». MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...*, cit., pág. 243.

En la misma línea, para CASTELLÓ NICÁS el concurso aparente de normas penales es la «situación jurídico-penalmente relevante en la que varias normas penales coinciden de forma auténtica, real, en la regulación de un único supuesto de hecho, de modo que cualquiera de esas normas que concurren pueden calificarlo, pues todas ellas abarcan el contenido de injusto y de culpabilidad o la mayor parte del contenido injusto o de la culpabilidad que caracteriza esa actuación delictiva, y sólo una parte puede ser de aplicación para no incidir en la vulneración del principio *non bis in idem*, siendo, por tanto, de la misma índole el bien jurídico protegido por cada una de las normas en concurso». CASTELLÓ NICÁS, N., *El concurso de normas penales*, Granada, 2000, pág. 17.

porque habría quedado absorbido por el delito de estafa por el que hay que condenar».

Así, continúa exponiendo que «la falsa publicidad fue el único elemento constitutivo del engaño mediante el cual la estafa fue cometida. Se lesionaría el principio *non bis in idem* si tal publicidad engañosa fuera tenida en cuenta para condenar por estafa y también por este otro delito del art. 282. Otra cosa podría ocurrir cuando para configurar ese engaño, esencial en la estafa, hubieran concurrido otros elementos diferentes a esa publicidad falsa y apta para provocar el error en la persona que realiza el acto de disposición perjudicial para él o para otra persona (art. 248.1).

Así pues, la concurrencia del delito de estafa, conforme exponemos a continuación, obliga a aplicar el núm. 3º del art. 8 CP, en cualquier caso, es decir, aunque considerásemos que efectivamente habrían concurrido todos los elementos del delito del art. 282. Conforme a tal art. 8.3º han de sancionarse estos hechos sólo con la aplicación de esas normas correspondientes al delito de estafa.

El delito de publicidad falsa (art. 282), cuando ya la estafa se ha iniciado en su ejecución (tentativa o consumación) y el engaño radica sólo en tal publicidad falsa, queda absorbido en ésta (la estafa), porque pasa a integrarse en el engaño, elemento central de esta última infracción.

Así pues, en cualquier caso no hubo aquí delito del art. 282».

Sin embargo, un importante sector doctrinal entiende que se ha de rechazar la opción de absorción del delito de peligro por el de lesión, en

base a que el desvalor del peligro no resulta absorbido por la lesión producida ya que, en este caso, el riesgo permanece para la multitud de sujetos que no han sido lesionados⁷³⁶; aunque hay que señalar que, según PUENTE ABA, tampoco resultaría de aplicación preferente el art. 282 CP ante un concurso de leyes, dado que las lesiones patrimoniales concretas sufridas por determinadas personas no son absorbidas por el desvalor del peligroso para los intereses económicos del colectivo de consumidores que supone la conducta publicitaria⁷³⁷.

2) De otra parte, hallamos la teoría de los que se decantan por el concurso de delitos, en base a que la lesión de uno o varios bienes jurídicos no absorbe el desvalor de la conducta peligrosa para un amplio número de bienes jurídicos⁷³⁸.

En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja 17/2003, de 12 de febrero (ARP 2003/331), estima la posibilidad de admitir el delito de publicidad engañosa en concurso con el delito de estafa «cuando el consumidor concreto, además del perjuicio en abstracto

⁷³⁶ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, pág. 237 y 238. CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., pág. 130. MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., pág. 95. MAQUEDA ABREU, M. L., «La idea de peligro en el moderno Derecho Penal», *Actualidad Penal*, 1994-1, págs. 496 y 497.

⁷³⁷ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 422.

⁷³⁸ MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., pág. 133. CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho...*, cit., págs. 525 y 526. SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., *Compendio...*, cit., pág. 545. TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Derecho...*, cit., pág. 186. SÁNCHEZ GARCÍA, I., «El nuevo delito...», cit., pág. 572. VALLE MUÑIZ, J. M. / MORALES PRATS, F., *Comentarios...*, cit., pág. 938. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «El delito...», cit., pág. 3.

o peligro, sufre un perjuicio patrimonial efectivo, lo que supone que estando más restringido el bien jurídico a proteger en el delito de estafa, por estar constituido por el patrimonio concreto del consumidor, es posible admitir un concurso entre ambos tipos de infracciones penales».

Así, según afirma un importante sector doctrinal el concurso medial es la solución más acorde para aplicar en caso de concurso entre el delito de publicidad engañosa y el de estafa⁷³⁹. Rechazándose la posibilidad de que se de concurso ideal, dado que no existe un sólo hecho típico, acto o conjunto de actos que integren la descripción típica, constituyan dos o más infracciones⁷⁴⁰, sino que a través de los delitos de publicidad engañosa y de estafa se llevan a cabo dos acciones diferentes, por un lado el engaño y por otro la venta no resultando aquí aplicable unidad de hecho típico.

Sobre la idea de primacía del concurso medial PUENTE ABA establece que la difusión de publicidad falsa que sea apta para perjudicar a los consumidores instituye un medio necesario para llevar a efecto múltiples estafas a un indeterminado número de sujetos; y más aún si recordamos que el peligro de lesión patrimonial del art. 282 CP tiene sentido desde la óptica socioeconómica, en cuanto a que en los casos en que el autor de la estafa pretenda causar un perjuicio económico a una

⁷³⁹ CASTELLÓ NICÁS, N., *Comentarios...*, cit., pág. 244. MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., pág. 96. SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 206.

⁷⁴⁰ En esta línea: COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho...*, cit., págs. 772 y 773. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la conducción suicida», *La Ley*, 1988-3, pág. 973.

multitud de consumidores necesitará que el engaño alcance a un elevado número de sujetos ⁷⁴¹.

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 14/2008, de 17 de marzo (JUR 2008/182235), introduce, en su fundamento de derecho tercero, que la publicidad falsa fue el elemento esencial del engaño por el que la estafa fue cometida en el presente caso, aunque no el único, por lo que se trata de un concurso medial (art. 77CP) «sin que pueda por ello entenderse absorbido este delito por la estafa».

En atención a lo expuesto, estimamos como posible la concurrencia de concurso entre el delito de estafa, que lesiona los bienes individuales, y el delito de publicidad engañosa, que supone un peligro para esos bienes individuales a través del patrimonio de un conjunto de consumidores. En este sentido, nos decantamos por la posibilidad de que el delito de publicidad entre en concurso medial con el de estafa, dado que la difusión de publicidad falsa apta para perjudicar a los consumidores instituye un medio necesario para llevar a efecto múltiples estafas posteriores a un indeterminado número de sujetos.

3.- Relación con los delitos contra la salud pública.

No es difícil encontrar preceptos que amparen los bienes jurídicos más fundamentales de los consumidores y usuarios, en este sentido,

⁷⁴¹ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., págs. 425 y 426.

puede decirse que los delitos contra la salud terminan por reforzar el papel otorgado a la infracción prevista en el art. 282 del Código Penal.

De este modo, podemos afirmar que los principales tipos penales contra la salud pública incriminadores de conductas que afectan de forma directa al consumidor se encuentran en los arts. 359 a 365 del Código Penal, esto es, delitos relativos a la ingestión y uso de ciertas sustancias.

Para un sector de nuestra doctrina estos delitos refuerzan la tutela de la salud individual, en cuanto a delitos de lesiones⁷⁴². En esta línea, señala CARMONA SALGADO que se trata de un interés *supra* individual, de titularidad colectiva y naturaleza difusa, aunque complementaria de la salud personal de cada individuo por ser susceptible de fragmentarse en la pluralidad de situaciones subjetivas que la integran⁷⁴³. Para ANDRÉS DOMÍNGUEZ supone un bien jurídico de titularidad *supra* individual que no está más allá o por encima del individuo, sino en función de todos los miembros de la sociedad⁷⁴⁴.

⁷⁴² MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., pág. 133. MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., pág. 97. CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., pág. 130. MUÑAGORRI LAGUÍA, I., *La protección...*, cit., pág. 131.

⁷⁴³ CARMONA SALGADO, C., *Derecho Penal español. Parte Especial*, COBO DEL ROSAL (Coord.), Madrid, 2005, pág. 748.

⁷⁴⁴ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., *Comentarios al Código Penal*, GÓMEZ TOMILLO (Dir.), Valladolid, 2010, págs. 1366 y 1367.

En definitiva, nos encontramos ante un concurso de delitos cuando se difunda una publicidad falsa que ponga en peligro tanto la salud como el patrimonio de los consumidores⁷⁴⁵.

Así, dentro de los delitos contra la salud pública se pueden configurar los siguientes bloques:

1.1) Sustancias nocivas para la salud o productos químicos que pueden generar grandes estragos –arts. 359 y 360-.

Se trata de dos figuras delictivas que protegen la salud pública y la del consumidor. El supuesto del art. 359 CP se concreta, como destacan SERRANO GÓMEZ / SERRANO MAILLO, en los siguientes elementos: a) Elaborar sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos, o despachar o suministrar o comerciar con ellos, b) realizarlo sin la debida autorización; es decir, la conducta puede ser simplemente elaborar o la acción posterior de despachar, suministrar o comerciar con tales productos, aunque si el que elabora la sustancia, comercia después con ella quedará impune, pues tal conducta queda absorbida por la primera⁷⁴⁶. Así, afirma SIERRA LÓPEZ que puede decirse que existe una relación de concurso real con el delito de publicidad engañosa cuando tal conducta se haya llevado a cabo después de publicitar el bien alterado⁷⁴⁷.

⁷⁴⁵ En este sentido: PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 428

⁷⁴⁶ SERRANO GÓMEZ, A. / SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 2010, pág. 698.

⁷⁴⁷ En este sentido: SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 215.

Ante el supuesto de tráfico de sustancias o productos nocivos del art. 360 se inculpará al que hallándose autorizado para el tráfico de una cosa la despacha o suministra sin cumplir con las formalidades previstas en las leyes o reglamentos. En estos casos, afirma PUENTE ABA que ya que las mencionadas actuaciones de despacho, suministro o tráfico comercial llevan implícitas la realización de alguna forma de publicidad, el desvalor del art. 282 CP quedará absorbido por el art. 360 CP en el caso de que el vendedor afirme falsamente que el etiquetado, publicidad u oferta de las sustancias o productos cumplían con las formalidades legales⁷⁴⁸; sin embargo, a nuestro juicio, y siempre que se cumplan los requisitos de los delitos en cuestión, no cabrá la idea de absorción de uno de ellos por el otro.

1.2) Uso indebido de medicamentos. Delito farmacológico y de dopaje –arts. 361, 361 bis y 362-.

El Código castiga diversas conductas relacionadas con los medicamentos para el uso de las personas cuya aplicación exige que se ponga en peligro la vida o la salud de las personas. Estas son: despacho de los que están deteriorados o caducados, sustitución de unos por otros, alteración de la cantidad, composición o dosis, imitación o simulación de irregularidades en la promoción y venta de medicamentos alterados.

⁷⁴⁸ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 431.

Hay que tener en cuenta que con la entrada en vigor del Texto punitivo de 1995, como apunta CARMONA SALGADO, se derogó la conducta relativa al despacho ilegal de medicamentos o medios anticonceptivos, con anterioridad tipificada en el art. 343 bis del Código Penal de 1944/73, de forma que según la redacción inicial del nuevo Texto punitivo podía decirse que este grupo estaba compuesto por dos tipos penales que podían integrar lo que se ha conocido como delito farmacológico que responde a los eventuales atentados que la salud colectiva puede sufrir en función de la operatividad de un medicamento a causa de su dispensación ilegal en un acto farmacéutico, ya sea a petición verbal, ya bajo prescripción facultativa mediante receta y en orden también a la alteración o simulación de medicamentos; productos todos ellos destinados a causar efectos curativos en las personas⁷⁴⁹.

Sin embargo tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la Salud del Deportista y Lucha contra el Dopaje en el Deporte, a esas figuras iniciales, hay que añadir el delito de dopaje –art. 361 bis-. La oportunidad de la incorporación de esta figura al Texto punitivo, así como la concreción del bien jurídico es más que cuestionable. Como señala SUÁREZ LÓPEZ, su vinculación a la protección de la salud de los consumidores es más que discutible, pues se trata de un precepto que, aunque sea de forma complementaria, protege la ética deportiva y, desde esta perspectiva, el consumidor únicamente verá lesionados sus derechos en tanto espectador de una prueba deportiva que adulteró alguien por el consumo de tales sustancias; aunque también, según el autor en cita, se podría plantear la tutela de la salud del consumidor, como deportista aficionado, que consume

⁷⁴⁹ CARMONA SALGADO, C., *Derecho...*, cit., págs. 751 y 752.

sustancias que la ponen en peligro, pero en dicho caso, parece que con los otros tipos ya existentes podría ser suficiente⁷⁵⁰.

Por lo que respecta al art. 362 CP, cabe destacar, en línea con PUENTE ABA, que la descripción típica del art. 362.1.1º resulta criticable principalmente por la exigencia de la privación total o parcial de su eficacia terapéutica, ya que la mención únicamente del concepto de eficacia deja fuera cualquier referencia a la seguridad del medicamento, que según la dicción literal es indiferente que se vea afectada o no por la alteración. Así, se podría llegar a la conclusión de que el hecho de alterar un medicamento aumentando su eficacia terapéutica, pero incrementando a la vez su toxicidad, no sería subsumible en el tipo, ya que a pesar de que se merma la seguridad del producto, su eficacia curativa no resulta disminuida⁷⁵¹.

Así, ante estas hipótesis, entienden algunos autores que existirá una relación de concurso real con el delito de publicidad engañosa cuando se constate que a través de tales conductas se afecta la salud y se pone en peligro el patrimonio de los consumidores⁷⁵².

⁷⁵⁰ Vid., SUÁREZ LÓPEZ, J. M., «Las responsabilidades penal del médico y del personal sanitario por conductas de dopaje», *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Madrid, 2009, págs. 355 a 374.

⁷⁵¹ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 89.

⁷⁵² SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 215. MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., pág. 97. CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., pág. 131. PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., págs. 430 y 431.

Desde nuestra opinión, en tales casos a lo que se da paso es la concurrencia de un concurso medial de delitos, por cuanto que el mismo posee naturaleza de real, pero que, sin embargo, está considerado a efectos punitivos como de ideal⁷⁵³.

1.3) Bebidas, comestibles, géneros corrompidos y productos alimenticios. Fraude de alimentos –arts. 363, 364 y 365-.

Cerramos esta relación de tipos penales contra la salud pública incriminadores de conductas que afectan de forma directa al consumidor con el fraude de alimentos.

Sin duda estamos ante figuras delictivas creadas con el objetivo de tutelar los intereses del consumidor desde la perspectiva de su salud o peligro de la misma a través de la alimentación. En esta línea, ha afirmado CARMONA SALGADO que estos delitos fueron creados en su día para tutelar los intereses del consumidor en su vertiente estrictamente alimentaria y, en consecuencia, relativa a la protección de su salud, pues la salvaguarda de bienes jurídicos distintos, aunque también de su incumbencia, como son los de naturaleza patrimonial, encuentran una más adecuada tutela penal en un marco delictivo diferente, como la estafa, con anterioridad a operarse el Código Penal de 1995, que crea las infracciones relativas al mercado y a los consumidores, tras la entrada en vigor del actual texto punitivo⁷⁵⁴.

⁷⁵³ En esta línea: SUÁREZ LÓPEZ, J. M., *El concurso...* cit., pág. 27.

⁷⁵⁴ CARMONA SALGADO, C., *Derecho...*, cit., pág. 758.

Con esta perspectiva, también destaca esta autora que la LO 8/1983, de 25 de junio, modificó sustancialmente el originario art. 346 del Código Penal de 1944/73 endureciendo sus penas, dada la insuficiente protección recibida hasta el momento por los consumidores en aplicación de la legislación administrativa existente sobre la materia⁷⁵⁵.

En relación con estos tipos penales, hay que mencionar, además de la expresa mención en el art. 363 a la salud de los consumidores y al consumo humano o de una colectividad de personas, las siguientes modalidades: a) Producción, distribución y comercio ilícito de productos alimentarios, art. 363; b) adulteración de productos propios del comercio alimentario y alimentación indebida del ganado destinado al consumo humano, art. 364; y c) envenenamiento o adulteración de aguas potables o sustancias alimenticias, art. 365.

Así, la figura del art. 363 pone en peligro la salud de los consumidores al actuar de las siguientes formas: 1) Ofreciendo en el mercado productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición; 2) fabricando o vendiendo bebidas o comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud; 3) traficando con géneros corrompidos; 4) elaborando productos cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud, o comerciando con ellos; y 5) ocultando o sustrayendo efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados, para comerciar con ellos.

⁷⁵⁵ *Ibidem*, pág. 758.

Por su parte, el art. 364. 1, incrimina la adulteración de alimentos, sustancias o bebidas destinadas al comercio mediante aditivos u otros agentes no autorizados susceptibles de causar daños a la salud de las personas. Además, en el apartado 2 se tipifican una serie de conductas relacionadas con el tratamiento y venta de carnes y productos derivados de los animales de abasto. Así, se mencionan las siguientes: 1) Administrar a los animales cuyas carnes o productos se destinen al consumo humano sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas, o en dosis superiores o para fines distintos a los autorizados; 2) sacrificar animales de abasto o destinar sus productos al consumo humano, sabiendo que se les ha administrado las sustancias mencionadas en el número anterior; 3) sacrificar animales de abasto a los que se hayan aplicado tratamientos terapéuticos mediante sustancias de las referidas en el apartado 1; y 4) despachar al consumo público las carnes o productos de los animales de abasto sin respetar los períodos de espera en su caso reglamentariamente previstos.

En cuanto al envenenamiento o adulteración de aguas potables o sustancias alimenticias, el art. 365 sanciona el envenenamiento o adulteración, con sustancias infecciosas u otras que puedan ser gravemente nocivas para la salud, de las aguas potables o las sustancias alimenticias destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas.

En todos estos supuestos, consideramos que puede existir una relación de concurso medial con el delito de publicidad engañosa cuando tales conductas se hayan llevado a cabo después de publicitar el bien alterado, afectándose por medio de las mismas tanto la salud como el patrimonio de los consumidores.

1.4) Delitos de lesiones o con resultado de muerte.

Por su parte, en el supuesto de que por la adquisición del producto nocivo anunciado mediante publicidad engañosa se llegare a producir lesiones de algún tipo o incluso la muerte de un consumidor, estiman algunos autores que estaríamos ante un concurso ideal entre el delito de peligro para la salud y la lesión o muerte producida⁷⁵⁶.

Sin embargo, encontramos voces en contra, como la de PUENTE ABA, que se decanta por el concurso real al determinar que en este caso entraría en concurso una figura delictiva que supone un peligro para la salud de los miembros de la comunidad social y otra figura que lesiona la salud de varias personas concretas; no existiendo identidad de sujeto pasivo, dado que en el delito de lesión se refiere a una o varias personas individualizadas mientras que el de peligro abarca a toda la sociedad⁷⁵⁷.

Como conclusión final, en línea con lo previsto en relación con los delitos contra la salud pública, consideramos que para el caso en que

⁷⁵⁶ BOIX REIG, J., *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 1999, pág. 680. CARMONA SALGADO, C., *Curso de Derecho Penal español*, COBO DEL ROSAL (Dir.), Madrid, 1997, tomo II, pág. 148. DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario: análisis de sus elementos esenciales*, Pamplona, 1996, pág. 365. RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Fraudes alimentarios nocivos», *Comentarios a la Legislación Penal*, COBO DEL ROSAL (Dir.), 1985, Tomo V, Vol. 2, pág. 824.

⁷⁵⁷ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 433.

se afecte la salud de las personas y se ponga en peligro el patrimonio del colectivo de consumidores el delito de publicidad engañosa existirá concurso real o medial, según el caso, entre éste y el concreto delito contra la salud pública, siempre y cuando la difusión de la publicidad de sustancias dañinas para la salud recaiga sobre elementos distintos a los que se refiere la publicidad engañosa del art. 282 CP.

4.- Relación con el delito de falsedad en los documentos sociales.

Para el supuesto de que la publicidad engañosa tenga por objeto títulos-valores podrá entrar en concurso con el art. 290 CP, el cual viene a castigar a los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación -que no sea emisora de valores negociables, dado que para ello existe un tipo autónomo- que «falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero».

Así, antes de que entrara en vigor la reforma del Código Penal de 2010, algunos autores entendían que en caso de que tuviera lugar un falseamiento de los documentos sociales y la difusión de la publicidad engañosa a lo que se llegaba era a una situación concursal de normas, en el sentido de que la publicación suponía un acto subsiguiente al delito previo y que con ello se daba paso a la utilización del ilícito de la

falsedad documental⁷⁵⁸. En tal caso, resultaría de especial relevancia la previsión que el art. 8 CP, en el sentido de que, según la misma, los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarían observando los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad⁷⁵⁹.

De este modo, con el objeto de conocer si verdaderamente el desvalor de la publicidad engañosa ya se contiene en la falsedad documental, para PUENTE ABA el hecho posterior, es decir, publicidad engañosa, ha de dirigirse contra el mismo bien jurídico conculcado por la conducta principal, esto es falsedad documental, y, además, la publicidad engañosa no debe aumentar el daño que se produce por la falsedad documental⁷⁶⁰.

De otro lado, ya que el art. 290 CP es un delito de aptitud, la falsedad de los documentos, según algunos autores, ha de presentar unas características determinadas que permitieran afirmar su idoneidad lesiva para el patrimonio, ya que la redacción del tipo obliga a ello al exigir que la conducta se realice «de forma idónea para causar un perjuicio económico» a la sociedad, a alguno de sus socios, o a un tercero, pudiendo ser la difusión de la publicidad engañosa la que colme el

⁷⁵⁸ En este sentido: GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, Barcelona, 1995, pág. 394. SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 213.

⁷⁵⁹ En esta línea: QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General...*, cit., págs. 821 y 822.

⁷⁶⁰ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 434.

elemento de aptitud exigido por el tipo contenido en el art. 290 CP⁷⁶¹. De este modo, según SIERRA LÓPEZ, solamente podría afirmar su presencia en el delito de falsificación documental, cuando resulte efectiva la afectación de los intereses de terceros clientes o eventuales clientes⁷⁶².

Sin embargo, tras la reforma operada por LO 5/2010, y dada la introducción del art. 282 bis del Código Penal, la solución a este conflicto puede verse notoriamente modificada.

FARALDO CABANA se ha llegado a cuestionar la utilización del referido precepto, puesto que, según su opinión, el mismo «no viene a cubrir laguna de punibilidad alguna», ya que entre los delitos societarios, el art. 290, dedicado a la falsedad en documentos sociales, abarca todas las conductas que se quieren castigar con esta nueva figura delictiva; por lo que, según su teoría, hubiera tenido mayor utilidad conformar esta conducta como tipo agravado del delito de publicidad falsa, en atención a «la importancia del sector a la que se dirige»⁷⁶³. En la misma línea, para GONZÁLEZ RUS, el art. 282 bis CP «tiene una estructura muy semejante a la del delito societario de falseamiento de las cuentas anuales u otros documentos que deben reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad, del art. 290 del CP»⁷⁶⁴.

⁷⁶¹ FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Valencia, 2000, págs. 155 y ss. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos...*, cit., págs. 190 a 193.

⁷⁶² SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 212.

⁷⁶³ FARALDO CABANA, P., *Comentarios...*, cit. Valladolid, 2010, pág. 1086.

⁷⁶⁴ GONZÁLEZ RUS, J. J., *Sistema...*, cit., pág. 602.

En este sentido, entendemos que, en principio, ante tal situación será preferible reconducir los supuestos tradicionales de este concurso a la previsión que el art. 282 bis CP otorga a aquellos supuestos de falsedad documental.

5.- Relación con los delitos contra la propiedad industrial.

De otra parte, la doctrina ha analizado la posibilidad de apreciar concurso entre el delito publicitario y los delitos contra la propiedad industrial, concretamente con el delito del art. 274.1 CP -que viene a castigar al que, con fines industriales o comerciales, y sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial, utilice en cualquier modo un signo distintivo o confundible con aquél, para distinguir los mismos o similares bienes o servicios para los que el derecho de propiedad industrial se halla registrado- y con el tipo contenido en el art. 275 CP –que sanciona a quien, sin estar autorizado, utilice en el tráfico económico una denominación de origen o una indicación geográfica representativa de una calidad determinada legalmente protegidas-.

Estima PUENTE ABA que si el sujeto ofrece sus bienes o servicios sin hacer uso de un signo distintivo idéntico al del titular del derecho, sino utilizando uno muy parecido que implica riesgo de confusión (art. 274.1 CP), se estará ante una oferta engañosa que favorece esa perturbación, pero no ante un ofrecimiento de imagen falsa de un bien o servicio; por lo que para llegar a la determinación de la existencia de un concurso real de delitos será necesario que haya una

publicidad falsa relativa a aspectos que no se contemplan en la redacción del art. 274 CP⁷⁶⁵.

De este modo, según un sector de la doctrina⁷⁶⁶, en el supuesto de que un individuo use en el tráfico económico un signo distintivo (art. 274.1 CP) o una denominación de origen o una denominación geográfica (art. 275 CP) extraña como si fuera propio, es decir, falsamente, a lo que se va a dar lugar es una publicidad engañosa; por lo que se produciría un concurso real de delitos entre el tipo del 282 y el del 274.1 o 275, ya que se da paso a la producción de dos hechos distintos que infringen dos preceptos penales diversos que protegen bienes jurídicos distintos. En este sentido, afirma GONZÁLEZ RUS que el bien jurídico tutelado en estos delitos se cifra en el derecho de uso exclusivo que corresponde al titular del derecho de propiedad industrial protegido en cada tipo penal⁷⁶⁷, mientras que el delito de publicidad engañosa tutela el patrimonio del conjunto de consumidores y usuarios.

No obstante, para SIERRA LÓPEZ el empleo falsario en el mercado de signos distintivos, denominaciones de origen o indicaciones geográficas que pueden dar lugar a una publicidad engañosa producirá un

⁷⁶⁵ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 438.

⁷⁶⁶ BOIX REIG, J., *Derecho...*, cit., pág. 514. JORGE BARREIRO, A., *Comentarios al Código Penal*, RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.), Madrid, 1997, pág. 783. MORENO CANOVÉS/RUÍZ MARCO, *Delitos...*, cit., págs. 94 y ss. SEGURA GARCÍA, M. J., *Derecho Penal y propiedad industrial*, Madrid, 1995, págs. 209, 229, 369.

⁷⁶⁷ GONZÁLEZ RUS, J. J., *Sistema...*, cit., pág. 583.

concurso ideal de delitos entre los arts. 282 y 274 o 275, respectivamente⁷⁶⁸.

En nuestra opinión, consideramos que la utilización en el tráfico económico de una denominación de origen o de una indicación geográfica representativa de una calidad determinada legalmente protegida, puede dar lugar a un concurso real de delitos en aquellos supuestos en que se lleve a efecto el uso de signo distintivo o de denominación de origen o geográfica falsa y la publicidad engañosa, dado que la publicidad en sí no conlleva el uso del símbolo en virtud de la cual se cree una confusión, no existiendo, por tanto, unidad de hecho.

Especial consideración merece el caso en que se publicite un producto empleando para ello falsamente un determinado signo distintivo, cuando en realidad lo que se publicita es un producto de imitación, pero de calidad superior a la de la marca representada - piénsese en el caso de que un individuo publicite un jersey de marca por la imagen de calidad que la misma representa, resultando ser el producto una imitación de la marca conocida, aunque de mejor calidad que la del verdadero jersey de marca-. En este supuesto, no se pone en peligro el patrimonio del consumidor, por lo que no resulta aplicable el delito publicitario, sino simplemente el art. 274 o 275, según el caso.

⁷⁶⁸ SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 207.

6.- Relación con el delito de facturación indebida.

Hemos de analizar, igualmente, la situación concursal concurrente entre el delito de publicidad engañosa y el delito de facturación indebida contenido en el art. 283 CP, que viene a sancionar a los que, en perjuicio del consumidor, facturen cantidades superiores por productos o servicios cuyo costo o precio se mida por aparatos automáticos, mediante la alteración o manipulación de éstos.

Así, en el supuesto de que la facturación ilícita vaya precedida de una campaña publicitaria que emite información engañosa sobre los elementos del bien o servicio ofertado, que no se refieran al precio, señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ que se dan los presupuestos de un concurso real de delitos, ya que estamos ante dos acciones diferenciadas que se complementan: por un lado se halla a la emisión de mensajes publicitarios falsos referidos a las cualidades sustanciales del producto o servicio y de otro la manipulación de los aparatos automáticos que vienen a medir el precio y la facturación indebida de los bienes⁷⁶⁹.

Por otra parte, en el caso de que la publicidad se emita en o junto al aparato automático manipulado, que es verdadera en condiciones normales, PUENTE ABA entiende la misma como engañosa tras la alteración del aparato que constituye una información falsa; es decir, se está realizando la conducta típica del art. 283 CP, en el sentido de que la falsedad sobre el precio y cantidad supone una consecuencia de la

⁷⁶⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El delito de facturación ilícita en perjuicio de los consumidores,» *Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED*, 1998, nº 1, pág. 83.

manipulación que requiere el tipo contenido en el precepto 283 CP; por lo que la emisión de la publicidad falsa quedará consumida en la ejecución del delito de facturación ilícita, ya que no existe una actuación de difusión de publicidad falsa con carácter independiente a la ejecución del tipo del art. 283 CP, sino que se está realizando la conducta típica de este último precepto⁷⁷⁰.

En esta línea, a pesar de que no hemos de obviar que el delito de publicidad engañosa y el de facturación indebida protegen idéntico bien jurídico, no hemos de descartar la posibilidad de que exista un concurso real de delitos en la hipótesis de que la facturación ilícita vaya precedida de una campaña publicitaria que emite información engañosa sobre los elementos del bien o servicio ofertado o de que la publicidad se refiere a un producto y la facturación a otro distinto. En tal caso, conviene señalar que el peligro de la publicidad engañosa pueda afectar a un grupo de consumidores diferente al de la facturación indebida.

7.- Delito continuado y delito masa.

Señala el art. 74 de nuestro Texto punitivo el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante

⁷⁷⁰ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 439.

En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El delito...», cit., pág. 75.

naturaleza, podrá ser castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

Así, la admisión del delito continuado es una cuestión de importancia en este delito, ya que es fácil que un sujeto lleve a cabo varias campañas publicitarias engañosas, ejecutándolas a través de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión. En esta línea, MORENO Y BRAVO hace mención a la posibilidad de la figura del delito continuado en aquellos supuestos de repetición continuada, durante un cierto tiempo, de similares ofertas o campañas publicitarias⁷⁷¹, considerando que en tal caso se estará ante una pluralidad de acciones con igual bien jurídico conculcado (intereses económicos de los consumidores), idéntico modo de acción u omisión (emisión publicitaria), conexión espacio-temporal (publicidad periódica) y aprovechamiento o preconcepción de un plan delictual⁷⁷².

Sin embargo, hay que dejar claro que ante hipótesis en las que se repita el mismo anuncio engañoso en el mismo o distinto medio de comunicación, lo que existirá es un sólo delito, ya que, según CARRASCO ANDRINO, de una parte, el tipo emplea el plural para referirse a las ofertas y, de otra, porque la publicidad se lleva a cabo a

⁷⁷¹ MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., pág. 133.
COBO DEL ROSAL, M., *El delito...*, cit., pág. 133.

⁷⁷² MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., pág. 133.
COBO DEL ROSAL, M., «Sobre el delito continuado (consideraciones doctrinales y jurisprudenciales). Unidad y pluralidad de delitos», *Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1995, págs. 258 y 259.

través de campañas que suponen la difusión continuada durante un cierto tiempo del mismo anuncio⁷⁷³: lo que nos hace situarnos en el ámbito de la unidad delictiva, pues quedan al margen de la concurrencia delictiva los supuestos de realización iterativa o repetida del mismo tipo y los de realización sucesiva o progresiva del tipo, cuando el resultado se alcanza después de diversos intentos fallidos.⁷⁷⁴

En estos casos, la teoría de la unidad típica de acción⁷⁷⁵ permite entender que hay un sólo delito cuando la estrecha conexión temporal y espacial de las diversas acciones, cada una por sí constitutiva de delito, fundamenta una relación de sentido tal que puede aceptarse su enjuiciamiento jurídico como una unidad de infracción. Para que dicha construcción sea aplicable, se consideran precisos los siguientes requisitos: 1) La conexión espacial y temporal entre las distintas acciones; 2) la intensificación del injusto típico, que en caso de bienes jurídicos personalísimos supone, además, la unidad de sujeto pasivo; y 3)

⁷⁷³ CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., pág. 133.

En el mismo sentido: CARTAGENA PASTOR, F., «Publicidad ilícita...», cit., pág. 1604.

⁷⁷⁴ En relación con las mismas, vid., SANZ MORÁN, A. J., *El concurso...*, cit., págs. 115, 120, 128 a 138 y 151. GARCÍA ALBERO, R., «Sobre la denominada "Unidad natural de acción"», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVII, fasc. II, Madrid, 1994, págs. 224 ss.

⁷⁷⁵ Como ha puesto de manifiesto SANZ MORÁN, la doctrina acuña, en relación a esta construcción jurídica, las expresiones «unidad natural de acción» o «unidad de acción típica en sentido amplio». En cualquier caso, propugna el empleo de la locución «unidades típicas en sentido amplio», con el objeto de trazar una línea fronteriza con las unidades de acción y su adecuado empleo en el ámbito de la diferenciación de los concursos real e ideal. SANZ MORÁN, A. J., *El concurso...*, cit., pág. 130.

culpabilidad unitaria.⁷⁷⁶ Y sin duda, los mismos aplicados a este supuesto nos llevarían a descartar la existencia de una pluralidad delictiva.

De otro lado, según el apartado segundo del art. 74 si se trata de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. Sin embargo, SIERRA LÓPEZ considera que es imposible que el delito masa sea aplicado al delito de publicidad engañosa⁷⁷⁷ ya que: 1) a pesar de que se trata de una infracción contra el patrimonio, no tutela el patrimonio individual de sujetos concretos, sino intereses *supra* individuales correspondientes al colectivo de consumidores, y 2) el tipo publicitario ha sido configurado como un delito de peligro hipotético que no exige verificación del daño patrimonial, sino solamente la aptitud de la acción para perjudicar económicamente a los consumidores, lo cual imposibilita la contabilización del perjuicio total causado exigida por el art. 74.2 CP.

Así, entendemos que será posible la aplicación del delito continuado en el delito de publicidad engañosa siempre que se haya actuado en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, se haya realizado una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o a varios sujetos e infrinjan el mismo o semejantes preceptos – por ejemplo, caso en que, con el mismo *modus operandi*, se llevan a cabo varias campañas publicitarias de productos distintos-. Sin embargo, consideramos que no será posible la aplicación del delito masa,

⁷⁷⁶ *Ibidem*, págs. 130 y 131.

⁷⁷⁷ SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 220.

En la misma línea: PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 444.

ya que la literalidad del art. 74.2 CP lo impide, puesto que el delito publicitario no posee naturaleza patrimonial, sino socioeconómica, no siendo determinable un resultado material lesivo para el referido patrimonio puesto que se configura como un delito de peligro hipotético que no exige la verificación de tal daño patrimonial, bastando con que la conducta sea idónea para perjudicar económicamente al consumidor.

CAPÍTULO VI.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD.

I.- Penalidad.

La pena, «mal consistente en la privación de un bien jurídico que se impone de acuerdo con la ley al culpable de la comisión de un delito»⁷⁷⁹, ha sido el caballo de batalla en el que la doctrina ha centrado su atención en los delitos socioeconómicos puesto que es dudosa la operatividad que la pena multa representa en las personas físicas que los cometen.

Desde el Proyecto de Código Penal de 1980, en el que únicamente se preveía el castigo con pena de multa de tres a veinticuatro meses, se ha venido reclamando la pena de privación de libertad en el delito de publicidad engañosa en base a la mayor intimidación que la misma supone en relación a la pena de multa⁷⁸⁰. En este sentido, han sido dos los

⁷⁷⁹ MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos...*, cit., pág. 36.

⁷⁸⁰ TAMARIT SUMALLA, J.M., «La tutela...», cit., pág. 344. SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis...*, cit., pág. 222.

motivos señalados por la doctrina en virtud de los cuales se ha exigido al legislador la pena de privación de libertad en el tipo publicitario: el primero referido a los elevados recursos económicos que, normalmente, los delincuentes de este delito poseen y, en segundo término, en base a la posible repercusión que la multa supone en el aumento del coste de venta de los bienes y servicios⁷⁸¹. No obstante, algunos autores se han manifestado a favor del poder disuasorio de la pena de multa, siempre que la misma sea proporcionada a la situación económica del delincuente⁷⁸².

En la actualidad, la pena en el delito publicitario es de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses, es decir, pena privativa de libertad que queda acotada por la alternitud de dos penas clasificadas como «menos graves». Alternitud criticada por un sector de nuestra

⁷⁸¹ MUÑAGORRI LAGUÍA, I., *La protección...*, cit., pág. 135. TAMARIT SUMALLA, J.M., «La tutela...», cit., pág. 344. LANDROVE DÍAZ, G., «La represión de la delincuencia económica», *Jueces para la Democracia*, 1998, nº 31, pág. 39. MAPELLI CAFFARENA, B., «Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal», *Revista Penal*, 1997, nº 1, pág. 43.

En la misma línea, a favor de la primacía de la pena de privación de libertad en el ámbito socioeconómico en base a su poder intimidatorio y mejor conveniencia en el ámbito de la prevención general: QUINTERO OLIVARES, G., «Sobre los presupuestos y limitaciones de la legislación penal económica», *Estudios Jurídicos en honor al Prof. OCTAVIO PÉREZ-VITORIA*, Tomo II, Barcelona, 1983, pág. 792. BUENO ARÚS, F., «Las sanciones...», cit., pág. 304. LANDROVE DÍAZ, G., «La represión...», cit., pág. 37. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho...*, cit., pág. 83.

⁷⁸² BERISTAIN IPIÑA, A., *Ciencia Penal y Criminología*, Madrid, 1986, págs. 198 y ss. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica», *Actualidad Penal*, 1997-1, marg. 109. FERNÁNDEZ ALBOR, A / MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Delincuencia y economía*, Santiago de Compostela, 1983, págs. 74 y 75.

doctrina, en base a que con la misma se favorece la aplicación única de la multa⁷⁸³ y con ella la menor eficacia preventiva⁷⁸⁴.

Tras las reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, el delito de publicidad engañosa ha visto aumentada, en seis meses, la pena máxima de multa, tanto de los fabricantes como de los comerciantes que hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre sus ofertas o publicidad de productos o servicios; obedeciendo el fundamento de esta modificación, según se señala en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003, a tres motivos: 1) por un lado a la coordinación con la pena de prisión, 2) por otro a su adaptación a la verdadera situación económica y familiar del condenado y 3) en último término a su imposición atendiendo a la verdadera naturaleza del delito.

Desde otra perspectiva, se han efectuado otras propuestas sancionatorias en el ámbito publicitario:

1) Así, CARRASCO ANDRINO⁷⁸⁵ ha señalado la idoneidad de introducir pena de inhabilitación, dado su efecto intimidatorio en el

⁷⁸³ MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., págs. 133 y 134. CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., pág. 133.

⁷⁸⁴ CUERDA RIEZU, A., «Contribución...», cit., pág. 78. MORENO Y BRAVO, E., *El delito...*, cit., pág. 134.

⁷⁸⁵ CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., pág. 134.

En el mismo sentido: MUÑAGORRI LAGUÍA, I., *La protección...*, cit., pág. 142. MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., pág. 90.

desarrollo de esta actividad empresarial⁷⁸⁶. Sin embargo, hemos de señalar que aunque el tipo publicitario del art. 282 del Código Penal no recoge expresamente esta posibilidad, nuestro Texto punitivo introduce la facultad de aplicación de esta pena, como accesoria, sobre la base de la construcción de su art. 56, en el que literalmente puede leerse que en las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias la «inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio», siempre y cuando el derecho a ejercer el comercio o la profesión (la actividad empresarial) tenga relación directa con la creación y difusión de la publicidad engañosa y la pena resulte adecuada a la gravedad del delito, lo cual habrá de verificarse en cada caso concreto.

2) De otra parte se ha estimado la prohibición de obtener ventajas fiscales y la exclusión del acceso a subvenciones como sugerencia sancionatoria⁷⁸⁷.

3) Del mismo modo, se ha señalado la pena de trabajos en beneficio de la comunidad⁷⁸⁸.

⁷⁸⁶ CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., pág. 134. TAMARIT SUMALLA, J.M., «La tutela...», cit., pág., 344. TIEDEMANN, K., *Poder económico...*, cit., págs. 163 a 165. BAJO FERNÁNDEZ, M., «Los delitos...I», cit., pág. 24.

⁷⁸⁷ TAMARIT SUMALLA, J.M., «La tutela...», cit. pág. 344. TIEDEMANN, K., *Poder económico...*, cit., pág. 170. BAJO FERNÁNDEZ, M., «Los delitos...», cit., pág. 24.

⁷⁸⁸ TIEDEMANN, K., *Poder económico...*, cit., págs. 163 a 165.

Desde nuestro punto de vista, entendemos que la pena de multa posee un escaso valor preventivo en los delitos socioeconómicos, por lo que optamos por la pena de prisión, dado su mayor valor intimidatorio; y es que, en el caso del delito publicitario, las ganancias obtenidas gracias a un campaña publicitaria engañosa pueden ser muy superiores a la cantidad a pagar en caso de que el juez decida aplicar la pena de multa.

Por lo que respecta a la pena a aplicar a las personas jurídicas, el párrafo segundo del art. 288 CP ha introducido que la pena a imponer a las mismas es la de multa de seis meses a dos años.

De este modo, en virtud de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, el legislador ha eliminado la cláusula referente a la posible aplicación de las consecuencias accesorias que se preveían en el art. 129 CP, señalándose, ahora, que a través de las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán imponer facultativamente alguna de las penas que a continuación se exponen:

- a. La inhabilitación absoluta.
- b. Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años.
- c. La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años.
- d. La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años.
- e. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años.

f. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años.

II.- Publicación de la sentencia.

El primero de los párrafos del art. 288 CP prevé la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado, siempre y cuando lo solicite el perjudicado; persiguiéndose con ello, tal y como estiman SANTANA VEGA, / GÓMEZ MARTÍN, «la neutralización de los efectos negativos del delito tanto para los consumidores como para los competidores potencialmente perjudicados»⁷⁸⁹, siempre que tal difusión no se lleve en su lenguaje técnico jurídico, sino de manera comprensible para el ciudadano⁷⁹⁰.

En línea con lo afirmado por MARTÍNEZ-BUJÁN, hemos de entender que la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales supone una obligación imperativa, mientras que la publicación total o parcial en otro medio informativo a costa del condenado supone una determinación facultativa del juez o tribunal⁷⁹¹.

⁷⁸⁹ SANTANA VEGA, D. / GÓMEZ MARTÍN, V., *Comentarios al Código Penal. Reforma 5/2010*, CORCOY BIDASOLO / MIR PUIG (Dirs.), Valencia, 2011, pág. 639.

⁷⁹⁰ MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., pág. 92.

⁷⁹¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa, Parte Especial...*, cit., págs. 319 y 320.

En este punto, cabe matizarse que con relación a la segunda de las modalidades, parte de la doctrina ha considerado que la publicación facultativa ha de ser hecha en los periódicos de gran tirada del lugar donde resida o lleve a cabo su actividad el delincuente o la empresa⁷⁹².

De otro lado, PUENTE ABA ha puesto sobre la mesa la problemática que la referida medida conlleva, en base a que parece complejo determinar el concreto perjudicado por el delito de publicidad engañosa, ya que este es un tipo que atenta contra los intereses colectivos difusos del colectivo de consumidores, por lo que «no va a existir propiamente ningún perjudicado que pueda solicitar la publicación de la sentencia»⁷⁹³, lo cual supone, según afirman COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN la necesidad de entender a los perjudicados desde una concepción amplia⁷⁹⁴.

Desde nuestro punto de vista, en línea con SANTANA VEGA/ GÓMEZ MARTÍN⁷⁹⁵, estimamos que la persona agraviada debe ser interpretada teleológicamente, atendiendo a la tutela que con el delito publicitario se hace al patrimonio de los consumidores y determinándose estos como verdaderos perjudicados.

⁷⁹² MUÑAGORRI LAGUÍA, I., *La protección...*, cit., pág. 138. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «El delito...», cit., pág. 6. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa, Parte Especial...*, cit., pág. 320.

⁷⁹³ PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos...*, cit., pág. 454.

⁷⁹⁴ COBO DEL ROSAL, M., / VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho...*, cit., pág. 364.

⁷⁹⁵ SANTANA, D. / GÓMEZ MARTÍN, V., *Comentarios...*, cit., pág. 638.

III.- Requisito de procedibilidad.

En la Sección Quinta, «Disposiciones comunes a las secciones anteriores», del Capítulo relativo a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores hallamos el artículo 287 que vienen a señalar los requisitos de procedibilidad necesarios para actuar ante la comisión de estos delitos.

A través del mencionado precepto se viene a introducir un requisito de procedibilidad, en el sentido de que para la persecución del delito de publicidad engañosa va a resultar necesaria la denuncia de «la persona agraviada o de sus representantes legales»; pudiendo denunciar el Ministerio Fiscal en el supuesto de que la persona agraviada sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida. Configurándose de esta manera en un delito semipúblico, perseguible a instancia de parte⁷⁹⁶.

Esto no obstante, para el supuesto de que la afectación por el delito se refiera a una pluralidad personas, el apartado segundo del art. 287 prevé una excepción a la norma general, en el sentido de que ya no será precisa la previa denuncia para abocar la persecución de este delito. En esta línea, y dado que el tipo publicitario es una norma que tutela los intereses económicos difusos del colectivo de consumidores, que posee

⁷⁹⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa, Parte Especial...*, cit., pág. 318. MORENO CANOVÉS, A. /RUÍZ MARCOS, F., *Delitos...*, cit., pág. 226. MESTRE DELGADO, E., *Derecho...*, cit. pág. 373.

como esencia la afectación de una pluralidad de personas, el requisito de denuncia carece de eficacia⁷⁹⁷.

De este modo, de *lege lata*, concluimos que en el delito de publicidad engañosa no se hace precisa la previa denuncia para proceder puesto que el mismo afecta a una pluralidad de personas. De igual manera, como propuesta de *lege ferenda*, entendemos adecuada la supresión del requisito de procedibilidad, ya que creemos que es más atractivo evitar los impedimentos que obstaculicen la aplicación de instrumentos legales a través de los que se pretenda alcanzar el máximo compromiso de tutela de nuestros consumidores; en esta línea, consideramos oportuna la actuación de oficio, en el sentido de que si no existe ningún perjudicado por el delito publicitario resultará difícil que los consumidores denuncien, siendo importante contrarrestar, en el menor tiempo posible, los efectos negativos de las campañas publicitarias engañosas.

⁷⁹⁷ MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., pág. 91. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa, Parte Especial...*, cit., págs. 318 y 319. CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad...*, cit., pág. 135. BAJO FERNÁNDEZ, M. / BAICIGALUPO SAGESSE, S., *Derecho...*, cit., pág. 566. SÁNCHEZ GARCÍA, I., «El nuevo delito...», cit., pág. 572. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *Comentarios al Código Penal*, GÓMEZ TOMILLO (Dir.), Valladolid, 2010, pág. 1084.

En esta línea, señala MESTRE DELGADO que decae, por tanto, la naturaleza semipública y pasa a convertirse en un delito público. MESTRE DELGADO, E., *Derecho...*, cit., pág. 373.

CONCLUSIONES.

En base a que la publicidad engañosa se ha convertido en uno de los fenómenos de mayor trascendencia e impacto que en la actualidad sufren nuestros consumidores y usuarios, el objetivo principal del trabajo aquí presentado se ha orientado hacia el análisis jurídico-criminológico de este delito, dado que la evolución económica experimentada en los últimos años le ha otorgado relevancia suficiente como para convertirlo en uno de los movimientos que mejor caracteriza la sociedad de nuestros días.

Así, a lo largo de estas líneas, se han expuesto las principales premisas programáticas, en virtud de las cuales se ha pretendido se han extraído las siguientes conclusiones:

1) Resulta evidente que la Unión Europea posee entre sus objetivos otorgar el máximo nivel de protección a sus consumidores y usuarios. Muestra de dicha preocupación es la vasta legislación que en esta materia se llevado a cabo desde el Tratado Constitutivo de la

Comunidad Económica Europea de 1957. En este sentido, destacan de entre sus políticas, los distintos programas y planes de acción que han venido a tutelar los derechos de los mismos.

2) La Constitución española ha concedido a la tutela del consumidor relevancia significativa. En virtud de ello, los poderes públicos de nuestro país promueven día a día procedimientos eficaces para la garantía de su protección.

De esta manera, tanto la Ley General de Publicidad, como la Ley de Competencia Desleal, el Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y la Ley de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, esta última en el ámbito autonómico andaluz, se presentan como las leyes básicas que en el marco legislativo publicitario vienen a delimitar el espacio específico de los actos y omisiones engañosos.

3) La incriminación material del tipo de publicidad engañosa encuentra su origen en el Código Penal de 1995, a través del cual se viene a sancionar a fabricantes y comerciantes que en sus ofertas o publicidad hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los productos o servicios ofertados o publicitados, siempre que con ello ocasionen un perjuicio grave y manifiesto para los consumidores.

De este modo, los antecedentes más próximos al delito publicitario son de carácter prelegislativo; destacando, por ser más

operativas y aplicables, la redacción del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 y de la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983, que prevén las circunstancias esenciales de bienes y servicios sobre los que debía recaer la inveracidad.

4) La publicidad engañosa, en el Derecho comparado, abarca dos modelos jurídicos diferenciados: de una parte, el de aquéllos países que optan por tipificar los delitos contra los consumidores en la legislación especial y, de otra, el de la legislación penal codificada.

Dentro del primer sistema destacan: 1) Francia por encuadrar la publicidad engañosa dentro del Código de Consumo; 2) Reino Unido, por tutelar dicho interés a través del Reglamento de Protección de los Consumidores contra la Competencia Desleal; y 3) Alemania, por establecer un régimen condenatorio del uso de prácticas comerciales desleales en la Ley de Competencia Desleal. En cuanto a la legislación penal codificada, despunta Italia, por integrar la conducta publicitaria engañosa en su Código punitivo.

5) La globalización de la economía ha generado la creación de los delitos de Cuello Blanco, a partir de los cuales, ante situaciones de verdadera crisis económica, se ha dado paso al desarrollo de conductas que suponen un grave peligro para una multiplicidad de patrimonios.

A partir de ello, se ha precisado la necesidad de tipificar nuevas formas socioeconómicas de criminalidad, entre las que se halla la publicidad engañosa, siempre que la misma se afronte desde una

visión cautelosa en atención al carácter de *última ratio* en que se funda el Derecho Penal.

6) La naturaleza vinculante de la regulación patrimonial y socioeconómica prevista en el Título XIII de nuestro Código Penal y las necesidades actuales de la sociedad, precisan que el Derecho Penal económico haya de determinarse desde un concepto amplio, esto es, regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios por parte del Estado.

Así, en el orden socioeconómico concurren dos bienes jurídicos distintos, por un lado los bienes individuales -con proyección mediata sobre el mismo- y bienes *supra* individuales o colectivos difusos -que afectan a un grupo de personas por tratarse de intereses sectoriales-.

7) Por lo que respecta a los delitos dirigidos estrictamente contra los consumidores, el bien jurídico tutelado se construye a partir de la teoría de los bienes jurídicos difusos, en atención a que la sociedad de riesgo actual caracteriza la protección de intereses de titularidad compartida.

En la misma línea, es la técnica de delitos de peligro la que brinda protección al interés colectivo del conjunto de consumidores, en base a que resulta suficiente con que la puesta en riesgo de lesión del bien jurídico que se pretende proteger, concretada en el peligro hipotético, por cuanto que el mismo exige una idoneidad objetiva de

la conducta para producir el perjuicio a los intereses de los consumidores.

8) El bien jurídico que se protege en el delito de publicidad engañosa se centra en el potencial peligro que la conducta produce en el patrimonio de los consumidores considerados de manera global.

De este modo, la intervención penal en el delito publicitario se hace precisa en base a los siguientes postulados:

a) El potencial peligro para los intereses económicos de los consumidores supone un daño para la sociedad.

b) La protección del colectivo de consumidores posee reconocido fundamento constitucional, en el art. 51.

c) El bien jurídico *supra* individual protegido con el delito publicitario se refiere a bienes individuales; es decir, las conductas peligrosas llevadas a cabo dentro del mercado conducen hacia una masiva distribución de productos y servicios que puede afectar al patrimonio individual del conjunto de los consumidores y usuarios.

d) El principio de intervención mínima queda satisfecho ante ataques que suponen un peligro especialmente grave e intolerable para los intereses de los propios consumidores y usuarios.

9) El sujeto activo de este delito equipara, desde una concepción extensiva, a la concreción del mismo en atención a la delimitación de lo que se entiende por comerciante –persona que por sí o por medio de un delegado ejecute una actividad en el mercado, dada la adquisición de obligaciones y derechos que provienen de la referida actividad- y por fabricante -individuo que comercializa un artículo-.

En este sentido, aunque el delito de publicidad engañosa se determina como un delito especial propio o delito en sentido estricto, por cuanto que aparece restringido a un número limitado de personas en los que las específicas condiciones o cualidades personales no encuentran correlato en una figura delictiva común paralela ejecutable por cualquier persona, parece más útil preverlo como un delito común.

10) Es admisible la responsabilidad del que actúa en nombre de otro, en base a que la configuración del art. 31 CP permite la punición de personas físicas, que sin tener las condiciones reclamadas por el tipo, obran en nombre de otro que sí las posee, sea persona jurídica o persona física.

11) Se representan como elevadas las posibilidades de que este delito sea cometido por una persona jurídica, agencia de publicidad, dada su estrecha relación con los medios publicitarios; en tal caso, y tras la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la responsabilidad penal de las mismas se ha visto respaldada legalmente, en atención a la previsión del artículo 31 bis CP.

12) El sujeto pasivo del delito se identifica desde la concepción amplia, en cuanto a sujeto colectivo, en los consumidores; es decir, será sujeto pasivo del delito de publicidad engañosa todo adquirente de bienes y servicios que se encuentre en una situación de desigualdad, englobando, por tanto, diferentes sectores de personas, físicas y jurídicas, consumidores todas ellas, desde el momento en que se convierten en destinatarios de campañas publicitarias, aunque las mismas no vayan dirigidas para ellas; ya que la exclusión de este delito a determinados sujetos por la sola razón de su profesionalidad, no parece suficiente.

13) El objeto material del tipo publicitario viene constituido por los productos o servicios ofertados o publicitados.

En esta línea, la falsedad ha de recaer sobre los extremos esenciales propios del bien o servicio -tales como: la naturaleza, el origen, el modo y fecha de fabricación, la fijación del precio, la cantidad de existencias, las propiedades, el alcance de los compromisos asumidos por el anunciante y, en último término, las cualidades esenciales-.

Igualmente, la funcionalidad del objeto material de este delito ha de basarse en su carácter instrumental, es decir, es válida cualquier forma de comunicación (oferta o publicidad) siempre que su finalidad sea la de contratar bienes; depende, por tanto, de una actividad económica.

14) La conducta típica del delito de publicidad engañosa se concreta en la expresión hacer alegaciones falsas y manifestar características inciertas, con lo que se incluye dentro de la misma toda forma de comunicación, en cuanto a manifestación oral o escrita, gráfica, fotográfica, por medio de sonido o imagen.

15) Quedan fuera del tipo las meras exageraciones publicitarias, ya que resulta falso aquello que no se corresponde con la realidad. De igual manera, los juicios de valor constituyen opiniones que pretenden resaltar determinadas cualidades de los productos o servicios, pero que no se apoyan, para ello, en ningún dato falso, por lo que han de quedar excluidos de la aplicación del tipo publicitario.

16) En cuanto a los comportamientos publicitarios omisivos, aunque no aparecen expresamente tipificados, sin embargo, es posible, encuadrarlos en el tipo, siempre que silencien datos relevantes referentes a las características esenciales de bienes o servicios, induciendo a error a los destinatarios de la publicidad.

17) El delito de publicidad engañosa requiere, además de la difusión de la publicidad, que la misma sea idónea para causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores. Así, de lo que se trata es de sancionar las falsedades publicitarias verdaderamente relevantes, no teniendo sentido su inclusión en el ámbito punitivo si la misma no se centra en aspectos considerados esenciales de los bienes o servicios ofertados o publicitados que ponen en peligro el patrimonio de los consumidores.

18) Las causas de justificación resultan difícil de configurarse en el delito publicitario, puesto que en los delitos económicos es muy complejo admitir la concurrencia de las mismas.

19) Parece complicado que se pueda alegar una alteración psíquica permanente, un trastorno mental transitorio o una alteración de la percepción en el delito de publicidad engañosa, dadas las especiales características de la infracción que examinamos.

20) El tipo de publicidad engañosa sólo admite la forma dolosa. En tal sentido, si el autor conoce la falsedad del mensaje publicitario y se le representa como probable el hecho de que ello supone un peligro grave y manifiesto a los consumidores será viable la conducta dolosa eventual.

21) Ante la hipótesis de equivocación sobre algún elemento constitutivo de error sobre la publicidad engañosa que produce un perjuicio a los consumidores se podrá dar lugar a un error de tipo, vencible o invencible, que excluirá el dolo, quedando la conducta impune en el invencible por no existir la versión imprudente del art. 282 CP.

22) Aunque que no parece imaginable la existencia de error de prohibición, porque la conducta publicitaria es llevada a efecto por profesionales, en caso de que el mismo tuviera lugar en la comisión del delito de publicidad falsa, se eliminará la culpabilidad si fuera invencible.

23) Por lo que se refiere a la exigibilidad, el miedo insuperable no parece en ningún caso aplicable en esta infracción. Por su parte, el estado de necesidad subjetivo podría generar algunas cuestiones complejas, aunque, inicialmente, se rechaza su admisión.

24) La consumación de este delito no requiere más que la difusión de la publicidad, no siendo preciso que el consumidor o usuario haya llegado a adquirir el producto o servicio, puesto que es suficiente con la verificación de que la publicidad falsa reaciaga sobre los elementos esenciales de producto o servicio ofertado o publicitado como para que se considere adecuada para lesionar el intereses patrimonial del colectivo de consumidores.

25) Tiene cabida la tentativa inacabada en el delito de publicidad engañosa, siempre que la publicidad se difunda y sin necesidad de que la misma haya llegado a conocimiento al conjunto de consumidores.

26) Por lo que respecta a la responsabilidad de las agencias de publicidad, se distinguen las siguientes posibilidades:

a) En la hipótesis de que la publicidad sea elaborada por la agencia en base a los datos falsos que la misma ha recibido del anunciante, los autores del delito de publicidad engañosa lo serán los empresarios anunciantes.

b) En el supuesto de que la introducción de datos inveraces provengan de la agencia publicitaria, la misma actuará como verdadera autora del delito.

c) En el caso de que el empresario anunciante y la agencia publicitaria actúen de común acuerdo, se hablará de coautoría. Si uno de estos dos sujetos dirige el proceso ideado por él y el otro colabora con éste, así, se entenderá autor al que idea y dirige el proceso delictivo y colaborador, en cuanto a cooperador necesario, cómplice o inductor, al otro.

27) La atribución de responsabilidad penal a las personas físicas que cometen el delito publicitario en el seno de la organización una persona jurídica se determina en base a dos posibilidades:

a) En el caso en que la publicidad sea elaborada con total independencia y autonomía por los sujetos especializados en la empresa, si es el jefe del departamento el que elabora y difunde dolosamente un mensaje publicitario engañoso, el directivo será partícipe. Si esta actuación es llevada a cabo por los subordinados del jefe del departamento, se hablará de responsabilidad como partícipe del jefe del departamento. En el supuesto de que los órganos directivos aporten datos inveraces al departamento empresarial encargado de crear el mensaje, existirá una autoría mediata de dicho directivo.

b) En la hipótesis de que la actividad llevada a cabo por los expertos sea revisada por los directivos, los verdaderos autores del delito lo serán los directivos, dado que son ellos los únicos que realmente toman la decisión; siendo cooperadores necesarios los

miembros del concreto departamento que dolosamente hayan prestado colaboración.

28) Es posible aplicar al delito de publicidad engañosa el art. 30 de nuestro Texto punitivo, ya que este precepto señala un régimen de responsabilidad escalonada para aquellos delitos cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos, aplicable a aquellas infracciones cuyo pleno sentido del injusto se capten en virtud del conocimiento generalizado de lo que alguien dice.

En esta línea, se hace precisa la confección de una regla concreta para el caso de la publicidad engañosa ya que, aunque el mencionado precepto establece un régimen de responsabilidad subordinada, este es un delito que afecta específicamente al patrimonio del conjunto de los consumidores y no al honor y a la intimidad.

29) Se reconoce la posibilidad de concurso medial entre el delito de publicidad engañosa y el delito de estafa, dado que la difusión de publicidad falsa apta para perjudicar a los consumidores instituye un medio necesario para llevar a efecto múltiples estafas posteriores a un indeterminado número de sujetos; por lo que, ya que el delito publicitario comprende sólo conductas peligrosas para el patrimonio colectivo global de consumidores, si se llegan a verificar concretos daños económicos, debe apreciarse el delito de estafa.

30) En el supuesto de que existan conductas delictivas centradas en la difusión de la publicidad de sustancias dañinas para la

salud y en el resto de delitos contra la salud pública, podrá afirmarse concurso real o medial, según el caso, en atención a la comisión de dos hechos y a la afectación de dos bienes jurídicos distintos, la salud y el patrimonio del conjunto de consumidores. Igual sucederá en el supuesto de lesión o muerte como consecuencia del consumo de sustancias peligrosas para la salud.

31) Existe la posibilidad de que se de relación concursal entre el delito de publicidad falsa y el delito de falsedad documental de una sociedad. En este sentido, aunque en un principio se entendió que la publicidad engañosa constituye un acto posterior copenado, ya que la falsedad de los documentos ha de realizarse de manera idónea para perjudicar a la sociedad, a un socio o a un tercero, siendo la difusión al público una de las maneras de conseguir que la falsedad presente esa aptitud lesiva; en la actualidad, y dada la incriminación del art. 282 bis CP en 2010, resulta preferible reconducir los supuestos tradicionales de este concurso a la previsión del precepto de nuevo cuño.

32) Puede existir un concurso real entre la publicidad falsa y la utilización indebida de un signo distintivo o de denominaciones de origen o de indicaciones geográficas (delitos de propiedad industrial), en atención a la idea de que la publicidad en sí no conlleva el uso del símbolo en virtud de la cual se cree una confusión no existiendo, por tanto, unidad de hecho.

33) Resulta evidente la posibilidad de concurso entre el art. 282 CP y el delito de facturación indebida porque, aunque ambos tutelén el mismo bien jurídico, puede suceder que la publicidad verse sobre extremos distintos a los de la facturación y que, por tanto, el

peligro de la publicidad engañosa afecte a un grupo de consumidores diferente al de la facturación.

34) No existe inconveniente en aplicar la figura del delito continuado en el delito de publicidad engañosa, siempre que se cumplan los requisitos del art. 74.1 CP, es decir, ejecución de un plan preconcebido o aprovechamiento de idéntica ocasión, realización de una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infracción del mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza.

35) Parece difícil la aplicación del delito masa en el delito publicitario, en base a que la redacción del aparatado segundo del precepto 74 del Código Penal se halla pensada para delitos de resultado material lesivo para el patrimonio y, sin embargo, el delito publicitario tan sólo abarca las posibilidades de peligro para una multiplicidad de patrimonios.

36) La pena en el delito publicitario es de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses, es decir, pena privativa de libertad que queda acotada por la alternatividad de dos penas clasificadas como «menos graves».

Así, ya que la pena de multa posee un escaso valor preventivo en los delitos socioeconómicos, parece conveniente optar por la pena de prisión, ya que la misma posee un mayor valor intimidatorio.

Igualmente, a raíz de la Ley Orgánica 5/2010 la pena a aplicar a las personas jurídicas del delito de publicidad engañosa es de multa de seis meses a dos años. Además, los jueces y tribunales podrán imponer facultativamente inhabilitación absoluta, inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años, suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años o privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años.

37) En caso de condena por delito de publicidad engañosa, se publicará la sentencia en los periódicos oficiales (obligación imperativa) y, en el supuesto de que lo solicite el perjudicado, el Juez o Tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado (determinación facultativa). A este respecto, la persona agraviada debe ser interpretada teleológicamente, atendiendo a la tutela que con el delito publicitario se hace al patrimonio de los consumidores.

38) El requisito de procedibilidad del art. 287 CP carece de eficacia en delito de publicidad engañosa ya que el mismo afecta a una pluralidad de personas. En este sentido, parece adecuado evitar los impedimentos que obstaculicen la aplicación de instrumentos legales a través de los que se pretenda alcanzar el máximo compromiso de tutela de nuestros consumidores, por lo que resulta útil la supresión del mismo.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

Sentencia de 3 de julio de 1997.

Tribunal Supremo.

Sentencia de 19 marzo de 2004.

Sentencia de 26 enero de 2009.

Sentencia de 14 mayo de 2009.

Sentencia de 17 noviembre de 2009.

Tribunal Constitucional.

Sentencia de 30 de enero de 1981.

Sentencia de 3 de octubre de 1983.

Sentencia de 5 de julio de 1990.

Sentencia de 19 de septiembre de 1996.

Sentencia de 16 de enero de 2003.

Juzgado de lo Penal.

Sentencia de la Juzgado de lo Penal núm. 23 de Madrid de 29 enero de 2001.

Audiencias Provinciales.

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 17 de marzo de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de julio de 2004.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de noviembre de 2005.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 enero de 2005.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de febrero de 2012.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 11 abril de 2005.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 3 septiembre de 2010.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 30 mayo de 2006.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 11 noviembre de 2002.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 3 abril de 2000.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 28 junio de 2002.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 13 junio de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 28 noviembre de 2002.

Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 12 febrero de 2003.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 octubre de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de septiembre de 2009.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 septiembre de 2010.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 27 enero de 2006.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 14 febrero de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 17 junio de 1998.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 17 septiembre de 2004.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 12 de diciembre de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 15 diciembre de 2000.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 19 abril 2007.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 22 marzo de 2005.

BIBLIOGRAFÍA.

AEBI, M. F., *Temas de Criminología*, Madrid, 2006.

ALONSO ESPINOSA, F. J., *Comentarios a la Ley General de Publicidad*, LÁZARO SÁNCHEZ (Coord.), Navarra, 2009.

ÁLVAREZ LATA, N., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real decreto Legislativo 1/2007)*, RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), R., Navarra, 2009.

AMELUNG, K., «El concepto de bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos», trad. ORTIZ DE URBINA GIMENO, *La teoría del bien jurídico ¿Fundamentos de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid/ Barcelona, 2007.

ANCOS FRANCO, M. H., «Hacia un nuevo concepto de consumidor en el comercio electrónico: una visión crítica de la regulación comunitaria», *Boletín de la Facultad de Derecho* núm. 20, 2002.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., *Comentarios al Código Penal*, GÓMEZ TOMILLO (Dir.), Valladolid, 2010.

ARANZADI ONLINE-WESTLAES

ARRILLAGA, J. I., «Valor de las ofertas hechas a personas indeterminadas», *Revista de Derecho Mercantil*, 1952.

AZPARREN LUCAS, A. / DE LLERA, E., *Legislación material de consumo con comentarios y jurisprudencia*, Sevilla, 2001.

BACIGALUPO ZAPATER, E., «La distinción entre autoría y participación en la jurisprudencia de los tribunales y el nuevo Código Penal alemán», *Estudios Penales. Libro homenaje al Prof. J. ANTÓN ONECA*, Salamanca, 1982.

BACIGALUPO SAGESSE, S., «De las personas criminalmente responsables. De los delitos y faltas», *Comentarios al Código Penal*, GÓMEZ TOMILLO (Dir.), Valladolid, 2010.

BADENAS CARPIO, J. M. / GUILBERT, S., «El artículo L. 121 del Código de Consumo francés antecedente del artículo 282 del vigente Código Penal», *Estudios sobre Consumo*, nº 62, 2002.

BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho Penal económico, aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978.

BAJO FERNÁNDEZ, M., «Los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, nº 3, 1980.

BAJO FERNÁNDEZ, M., «Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones criminales», *Hacia un Derecho Penal económico europeo*, Jornadas en Honor del Prof. KLAUS TIEDEMANN, Madrid, 1995.

BAJO FERNÁNDEZ, M., / BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho Penal económico*, Madrid, 2010.

BAJO FERNÁNDEZ, M., / PÉREZ MANZANO, M. / SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, 1987.

BAJO FERNÁNDEZ, M. / PÉREZ MANZANO, M. / SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial (Delitos*

patrimoniales y económicos), Madrid, 1993.

BALL, R. A., «El enfoque de la teoría general de sistemas aplicado a los delitos organizacionales de cuello blanco», *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al Prof. SERRANO GÓMEZ*, Madrid, 2006.

BAUMCACH/ HEFERMEHL, *Wettbewerbrecht 14 Aufl*, München, 1983, parágrafo 4, Rn 8ª.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., La protección de los consumidores en el derecho español, *Estudios sobre el consumo*, n ° 1, abril, 1984.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho mercantil», *Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A/ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coords.), Madrid, 1987.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, 1999.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios», *Comentarios a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO / SALAS (Coords.), Madrid, 1992.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Real Decreto Legislativo 1/2007*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Navarra, 2009.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I., «Derecho Penal y marcas. Protección penal de los signos distintivos», *Marca y publicidad comercial. Un enfoque interdisciplinar*, *La Ley*, Madrid, 2009.

BENSON, M. L., «Carreras de delincuentes de cuello blanco»,

Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al Prof. SERRANO GÓMEZ, Madrid, 2006.

BERISTAIN IPIÑA, A., *Ciencia Penal y Criminología*, Madrid, 1986.

BOIX REIG, J., *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 1999.

BOTANA GARCÍA, G., «Comentario del art. 2 LGDCU», *La Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después*, *La Ley*, 2005.

BRICOLA, F., «Teoría general del reato», *Novísimo Digesto italiano*, XIX, 1973.

BROSETA PONT, M. / MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, v. I., Madrid, 2011.

BUENO ARÚS, F., «Las sanciones penales en los delitos contra los consumidores», *Poder Judicial*, Número Especial IX (Nuevas formas de delincuencia), 1988.

CÁCERES, L., *Delitos contra el patrimonio: aspectos penales y criminológicos*, Madrid, 2006.

CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal. Parte Especial*, VIVES ANTÓN (Dir.), Valencia, 1999.

CARMONA SALGADO, C., *Curso de Derecho Penal español*, COBO DEL ROSAL (Dir.), Madrid, 1997, tomo II.

CARMONA SALGADO, C., *Derecho Penal español. Parte Especial*, COBO DEL ROSAL (Coord.), Madrid, 2005.

CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad engañosa y el Derecho Penal (una aproximación al tipo del artículo 282 del CP)*, Valencia, 2000.

CARRASCO ANDRINO, M. M., *Derecho Penal español. Parte Especial (II)*, ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), Valencia, 2011.

CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., *Derecho comunitario material*,

Madrid, 2000.

CARTAGENA PASTOR, F., «Publicidad ilícita y delito de publicidad engañosa», *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia*, 1997, n° 1800.

CARTAGENA PASTOR, F., «Publicidad ilícita y delito de publicidad engañosa», Curso de formación de la Fiscalía General del Estado: novedades del Código Penal en materia de delitos contra la propiedad, *Estudios sobre consumo*, núm. 45, abril 1998.

CASTELLÓ NICÁS, N., *Comentarios al código penal*, COBO DEL ROSAL (Dir.), Madrid, 1999.

CASTELLÓ NICÁS, N., *El concurso de normas penales*, Granada, 2000.

CEREZO MIR, J., «Informe sobre el Borrador de Anteproyecto de la Parte General del código penal de 1990», *Actualidad Penal*, tomo I, Madrid, 1991.

CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal*, tomo I, Madrid, 2004.

CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «El delito publicitario en el nuevo Código Penal», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año VI, n° 256, 1996.

COBO DEL ROSAL, M., «Sobre el delito continuado (consideraciones doctrinales y jurisprudenciales). Unidad y pluralidad de delitos», *Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1995.

COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1999.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Los derechos del consumidor y la transparencia del mercado*, Madrid, 1999.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, «Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal de 1992», *Cuadernos de Política*

Criminal, n° 48.

CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Valencia, 1999.

CÓROBA RODA, J., *Notas de Derecho español al tratado de Derecho Penal de Maurach*, II, Barcelona, 1962.

CORIGLIANO, M. E., «Principios de Criminología», *Revista de Práctica Jurídica*, 2006.

CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal español. Parte General*, I, Madrid, 2002.

CUERDA RIEZU, A., *Concursos de delitos y determinación de la pena*, Madrid, 1992.

CUERDA RIEZU, A., «Contribución a la polémica sobre el delito publicitario», *Estudios sobre Consumo*, n° 35, octubre, 1995.

DE LA CUESTA RUTE, J. M., *Régimen jurídico de la publicidad*, Madrid, 1974.

DE LA CUESTA RUTE, J. M. / DE LA OLIVA SANTOS, A., «Tratamiento jurídico en España de la comunicación publicitaria ilícita», *Diario La Ley*, 1981, tomo 4.

DELMATO CELSO, *Delitos de concurrencia desleal*, Buenos Aires, 1973.

DEL MORAL GARCÍA, A., «La protección del consumidor frente a la actividad publicitaria: perspectiva penal», *Protección Penal de Consumidores y Usuarios*, Madrid, 2002.

DEMETRIO CRESPO, E., «A propósito del bien jurídico en el delito publicitario tipificado en el artículo 282 del Código Penal», *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, Cuenca, 2005.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica», *Actualidad Penal*, 1997-1.

DÍEZ MORENO, F., *Manual de Derecho de la Unión Europea*, Navarra, 2009.

DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, 2005.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Valencia, 1990.

DÍEZ SASTRE, S. / VELASCO CABALLERO, F., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real decreto Legislativo 1/2007)*, RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Navarra, 2009.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona, 1991.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error», *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, LUZÓN PEÑA / MIR PUIG (Dirs.), Madrid, 1999.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., ¿Error de tipo o error de hecho?, *Nuevo Derecho Penal español, Estudios Penales en Memoria del Prof. VALLE MUÑIZ, QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS* (Coords.), 2001.

DOVAL PAIS, A., «Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios, en Intereses difusos y Derecho Penal», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994.

DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario: análisis de sus elementos esenciales*, Pamplona, 1996.

EDELHERTZ, H., *The nature, impact and prosecution of White collar crime*, Washington, DC: U.S. Department of Justice, National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice, 1970.

ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., «La base jurídico-constitucional de la protección de los consumidores en la Unión Europea», *Revista de Derecho Político*, núm. 70, 2007.

FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Valencia, 2000.

FARALDO CABANA, P., *Comentarios al Código Penal*, GÓMEZ TOMILLO (Dir.), Valladolid, 2010.

FERNÁNDEZ ALBOR, A / MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Delincuencia y economía*, Santiago de Compostela, 1983.

FERNÁNDEZ GIMENO, J. P., «El derecho a la representación», *Derecho de consumo*, 2002.

FERNÁNDEZ NOVOA, C., «Actuales tendencias del Derecho de la publicidad», *Estudios de Derecho de la publicidad*, Santiago de Compostela, 1989.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, J. I., *Investigación criminal. Una visión innovadora y multidisciplinar del delito*, Barcelona, 2009.

FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Los delitos societarios en el Código Penal español*, Madrid, 1998.

FRISCH, W., «Problemas fundamentales de la responsabilidad de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo», *Responsabilidad Penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, MIR PUIG / LUZÓN PEÑA (Coords.), Barcelona, 1996.

GALLEGO SOLER, J. I., *Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP; y tratamientos jurisprudenciales*, Barcelona, 1999.

GARCÍA ABURRUZA, M. P., «Prácticas comerciales desleales: ¿una sólida protección al consumidor?», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6/2009, Pamplona, 2009.

GARCÍA ALBERO, R., «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, Barcelona, 1995.

ALBERO, R., «Sobre la denominada "Unidad natural de acción"», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVII, fasc. II, Madrid, 1994.

GARCÍA ARÁN, M., *El delito de hurto*, Valencia, 1998.

GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, Barcelona, 1999.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «La armonización del régimen jurídico aplicable a la publicidad engañosa en la CEE (Introducción al estudio de la directiva CEE 84/450, de 10 de septiembre de 1984)», *Revista de las Instituciones Europeas*, 15/2 mayo-agosto, 1988.

GARCÍA PABLOS MOLINA, A., *Problemas actuales de la Criminología*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984.

GARCÍA-PABLOS MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, Valencia, 2009.

GARCÍA VICENTE, J. R., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real decreto Legislativo 1/2007)*, RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Navarra, 2009.

GARRIDO, V. / STANGELAND, O. / REDONDO, S., *Principios de Criminología*, Valencia, 2006.

GEIS, G., «El delito de cuello blanco como concepto analítico e ideológico», *Derecho y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en homenaje al Prof. SERANO GÓMEZ*, BUENO ARÚS / RODRÍGUEZ RAMOS / ZAFFARONI / KURY (Dirs.), Madrid, 2006.

GIMBERNAT ORDEIG, E., «Otra vez: los delitos contra la propiedad intelectual (Al mismo tiempo, algunas reflexiones sobre los

delitos con objeto plural inequívocamente ilícito, sobre los de actividad y sobre el ámbito de aplicación de los artículos 13 y 15 del Código Penal)», *Estudios Penales y criminológicos*, XV, 1990-91.

GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 2006.

GIMENO CUBERO, M. A., «La publicidad engañosa: conductas inmersas en el ámbito penal», *Derecho Penal económico*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Función y contenido del error en el tipo de estafa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985.

GÓMEZ CALERO, J., *Los derechos de los consumidores y usuarios*, Madrid, 1994.

GÓMEZ TOMILLO, M., *Libertad de información y teoría de la codelinuencia (La autoría y la participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masa)*, Granada, 1998.

GÓMEZ RIVERO, M. C., «Hacia una nueva interpretación del delito publicitario», *La Ley*, 1997.

GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. / CANTERO MARTÍNEZ, J., *La producción normativa en materia de consumo. Técnica legislativa y regulación sectorial*, 2006.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2010.

GONZÁLEZ RUS, J. J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, Madrid, 1986.

GONZÁLEZ RUS, J. J., «La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio. Consideraciones críticas», *Estudios Penales y Criminológicos*, XVII, 1994.

GONZÁLEZ RUS, J. J., *Curso de Derecho penal español. Parte Especial*, COBO DEL ROSAL (Dir.), Madrid, 1996.

GONZÁLEZ RUS, J. J., *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial*, MORILLAS CUEVA (Coord.), Madrid, 2011.

GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*, Vol. I, Zaragoza, 1986.

GRACIA MARTÍN, L., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, GRACIA MARTÍN (Coord.), Valencia, 2000.

GUERRERO BÉCAR, J. L., «Acciones de interés individual en protección al consumidor en la Ley 19.496, y la incorporación de mecanismos de resolución alternativa de conflictos», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad de Católica de Valparaíso*, Chile, 2005.

HASSEMER, W., «Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico», *Doctrina Penal*, nº 46/ 47, Buenos Aires, 1989.

HASSEMER, W., «¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?», trad. SPÍNOLO TÁRTALO, *La teoría del bien jurídico ¿Fundamentos de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid/ Barcelona, 2007.

HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, Valencia, 1995.

HENRY, P. C., «How mainstream consumers think about consumer Rights and responsibilities», *Journal of Consumer Research*, December 1, 2010.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *La autoría mediata en Derecho Penal*, Granada, 1996.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., «El delito publicitario», *Actualidad Penal*, nº 48, 1997-1998.

HERERO HERRERO, C., *Criminología (Parte General y Especial)*, Madrid, 2007.

HERRERO HERRERO, C., *Fenomenología Criminal y Criminología comparada*, Madrid, 2011.

HORMAZÁBAL MALARÉE, H., Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español, *Hacia un Derecho Penal económico europeo*, Madrid, 1995.

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/general_framework_and_priorities/132008_es.htm

http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/general_framework_and_priorities/132054_es.htm

http://europa.eu/pol/cons/index_es.htm

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565>

<http://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2008/9780110811574/contents>

<http://www.wipo.int/wipolex/es/profile.jsp?code=CL>

<http://www.wipo.int/wipolex/es/profile.jsp?code=GT>

<http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=2507>

<http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=11048>

http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=182698

http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=229699

HUERTA TOCILDO, S., *La protección penal del patrimonio inmobiliario*, Madrid, 1980.

HUERTA TOCILDO, S., «Los delitos en el proyecto de C.P. de 1980», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 15, 1981.

IGNACIO GALLEGO, J., *Derecho Penal. Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, tomo I, Valencia,

2011.

IRIBARREN OSCÁRIZ, J., «Los tipos penales en blanco», *Boletín Aranzadi Penal*, nº 47/2003, Pamplona, 2003.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. SEGURIDAD Y JUSTICIA.

IZQUIERDO CARRASCO, M., *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, REBOLLO PUIG / IZQUIERDO CARRASCO (Dirs.), Madrid, 2011.

JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, ed. trad. de CUELLO CONTRERAS / SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Madrid, 1997.

JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., *El exceso intensivo en la legítima defensa*, Granada, 2007.

JIMÉNEZ CODÍNACH, M. L., «Protección al consumidor», *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 1981.

JOLOWICZ, J. A., «The protection of the Consumer and Purchaser of Goods under English Law», *Modern Law Review*, 1969.

JORDANA DE POZAS, L., *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, CONDE-PUMPIDO (Dir.), tomo II, Madrid, 1997.

JORGE BARREIRO, A., *Comentarios al Código Penal*, RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.), Madrid, 1997.

JORGE BARREIRO, A., «El sistema de sanciones: las medidas de seguridad», *La reforma de la justicia penal*, GÓMEZ COLMENAR / GONZÁLEZ CUSSAC (Coords.), Castellón de la Plana, 1997.

LASARTE ÁLAVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, 2004.

LAMPE, E. J., *Strafrechtlicher Schutz gegen irreführende Werbung*

(Pragr. 4 UWG) , Festschrift für Lange, 1976.

LAMPE, E. J., «La protección jurídico-penal de la competencia económica en el Anteproyecto de Código Penal español de 1983», *La reforma penal, Delitos socioeconómicos*, Madrid, 1985.

LANDROVE DÍAZ, G., «La represión de la delincuencia económica», *Jueces para la Democracia*, 1998, nº 31.

LEMA DEVESA, C., *La publicidad de tono excluyente*, Madrid, 1980.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 2010.

LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la codificación española*, vol. I, Madrid, 1970.

LEIÑENA MENDIZÁBAL, E. / IRACULIS ARREGUI, N., «La reforma del Derecho español en materia de competencia desleal», *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 6/2010, Pamplona, 2010.

LEMA DEVESA, C., *La publicidad de tono excluyente*, Madrid, 1980.

LEMA DEVESA, C., «La publicidad desleal: modalidades y problemas», *Revista General de Derecho*, 1991, nº 562-563.

LINARES ESTRELLA, A., *Un problema de la Parte General del Derecho Penal económico. El actuar en nombre de otro. Análisis del Derecho Penal español y cubano*, Granada, 2002.

LORA- TAMAYO VALLVÉ, M., «La política de consumidores», *Políticas de la Unión Europea*, LINDE PANIAGUA (Coord.), Madrid, 2007.

LUZÓN PEÑA, D. M., «La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS», *Estudios penales*, 1991.

LUZÓN PEÑA, D. M., *El delito publicitario en el nuevo Código Penal de 1995*, Cartas CEDEF 1996, nº 1.

LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal. Parte General, I*, Madrid, 1996.

MANTOVANI, F., *Diritto Penale*, Padova, 2007.

MAPELLI CAFFARENA, B., «Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal», *Revista Penal*, 1997, nº 1.

MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito de publicidad fraudulenta*, Valencia, 1999.

MAQUEDA ABREU, M. L., «La idea de peligro en el moderno Derecho Penal», *Actualidad Penal*, 1994-1.

MARÍN DE ESPINOSA, E., *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, ZUGALDÍA ESPINAR (Dir.), Valencia, 2010.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico, Parte General*, Valencia, 1998.

MARTÍNEZ PÉREZ, C., «Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 22, 1984.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «El delito de facturación ilícita en perjuicio de los consumidores», *Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED*, 1998, nº 1.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2008, versión CD-ROM.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte Especial*, Valencia, 2011.

MARTÍNEZ BUJÁN- PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General*, Valencia, 2011.

MARTÍNEZ GUERRA, A., «La nueva Directiva europea sobre practicas comerciales desleales. Consumidores, publicidad engañosa y sanción penal», *Sentencias de TSJ Y AP y otros Tribunales*, número 22/2004, Aranzadi, Pamplona, 2005.

MARTINEZ PÉREZ, C., «El delito de publicidad engañosa en el Anteproyecto de Código Penal Español de 1992», *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*, Jornadas en honor del Profesor KLAUS TIEDEMANN, Madrid, 1995.

MARTOS NUÑEZ, *Derecho Penal económico*, Madrid, 1987.

MASSAGER, J., / MARCOS, J. / SUÑOL, A., «La transposición al Derecho español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales. Informe del grupo de trabajo constituido en el seno de la Asociación Española de Defensa de la Competencia», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 2013.

MATA MARTÍN, R., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, 1997.

MATA Y MARTÍN, R., *Comentarios al Código Penal*, GÓMEZ TOMILLO (Dir.), Valladolid, 2010.

MEMORIAS ELEVADAS POR EL GOBIERNO DE S. M., AÑOS JUDICIALES 2006 A 2011. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.

MESTRE DELGADO, E., *Derecho Penal. Parte Especial*, LAMARCA PÉREZ (Coord.), Madrid, 2011.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 2011.

MIRANDA SERRANO, L. M., *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, BOTANA GARCÍA / RUÍZ MUÑOZ (Coords.), Madrid, 1999.

MOLINA BLÁZQUEZ, C., «La criminalización de la competencia desleal en el Proyecto de Código Penal de 1992», *Revista del Poder Judicial*, nº 28, 1992.

MORENO CANOVÉS, A. / RUÍZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código Penal (concordados y con jurisprudencia)*, Zaragoza, 1996.

MORENO CATENA, V. / GUZMÁN FLUJA, V. C. / FLORES PRADA, I., *Informe sobre la situación de la protección procesal de los derechos de los consumidores y usuarios en España*, Junta de Andalucía, Sevilla, 1999.

MORENO Y BRAVO, E., *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (coautoría, autoría mediata y medios impropios de omisión)*, Madrid, 1997.

MORENO Y BRAVO, E., *El delito de publicidad falsa, El artículo 282 del CP de 1995, la protección penal de los consumidores frente a la actividad publicitaria falaz*, Barcelona, 2001.

MORENO CANOVÉS, A. / RUÍZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, Zaragoza, 1996.

MORILLAS CUEVA, L., *La obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales*, Madrid, 1984.

MORILLAS CUEVA, L., *Addenda a la obra Derecho Penal. Parte General, t. II, vol. I, Teoría jurídica del delito. Nociones generales. El delito doloso: Juicio de antijuricidad*, Madrid, 2008.

MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General, t. II, vol. I, Teoría jurídica del delito. Nociones generales. El delito doloso: Juicio de antijuricidad*, Madrid, 2008.

MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*, Madrid, 2010.

MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L. / PATRÓ HERNÁNDEZ, R. M. / AGUILAR CÁRCELES, M. M., *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, Madrid, 2011.

MORILLAS JARILLO, M. J., «La protección de los consumidores en el Tratado de la Unión europea», *Actualidad Civil*, 1994, tomo 3.

MORRIS, A., *Criminology*, New York, 1935.

MUÑAGORRI LAGUÍA, I., *La protección penal de los consumidores frente a al publicad engañosa*, Granada, 1998.

MUÑOZ CONDE, F., «La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 16, 1982.

MUÑOZ CONDE, F., «Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma», *Hacia un Derecho Penal económico europeo. Jornadas en honor al Prof. KLAUS TIEDEMANN*, Madrid, 1995.

MUÑOZ CONDE, F., «Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos», *Revista Penal*, 1997, nº 1.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, 2010.

MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2010.

MUÑOZ CUESTA, F., «Publicidad engañosa: una figura delictiva de contornos poco definidos que dificultan su aplicación», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1/2010, Pamplona, 2010.

MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El agente provocador*, Valencia, 1995.

NOBOA PAGÁN, A., *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, TOMILLO URBINA (Dir.), Navarra, 2008.

NUÑEZ CASTAÑÓN, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia, 2000.

OLMEDO CARDENETE, M. / ARAÚJO NETO, F., *Introducción al Derecho Penal*, Perú, 2007.

ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2010.

OTTO, H., *Die Reform des strafrechtlichen Schutzes gegen ireführende Werbung*, GRUR, 1992.

PALOMARES AMAT, M. / SÁNCHEZ, V. M., *Derecho de la Unión Europea*, SÁNCHEZ (Dir.), 2010.

PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho Penal económico: bases político-criminales», *Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED*, nº 11, 2003.

PASCUAU LIAÑO, M., *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO / SALAS HERNÁNDEZ (Coords.), Madrid, 1992.

PEDRAZZI, C., *El bien jurídico en los delitos económicos, La reforma penal: delitos socio-económicos*, Madrid, 1985.

PEÑA LÓPEZ, F., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Real Decreto Legislativo 1/2007*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Navarra, 2009.

PÉREZ ALONSO, E. J., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal*, Granada, 1998.

PÉREZ ALONSO, E. J., *Derecho Penal. Parte General*, ZUGALDÍA ESPINAR (Dir.), Valencia, 2004.

PÉREZ ALONSO, E., *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, ZUGALDÍA ESPINAR (Dir.), Valencia, 2010.

PÉREZ FERRER, F., *Análisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Madrid, 2006.

PÉREZ FERRER, F., *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal español*, Madrid, 2009.

PÉREZ GARCÍA, *La información en la contratación privada*, Ministerio de Sanidad, 1990.

PÉREZ MANZANO, M., *Compendio de Derecho Penal. Parte*

Especial, Vol. II, (Dir.) BAJO FERNÁNDEZ, Madrid, 1998.

PINO ABAD, M., *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley de Publicidad de 1988*, Madrid, 1991.

PIPAÓN PULIDO, J. G., *Derechos de los consumidores y usuarios*, Valladolid, 2010.

PORTERO HENARES, M.: «La solución de conflictos en la regulación de la publicidad ilícita», *Protección Penal del consumidor en la Unión Europea*, GARCÍA RIVAS (Coord.), Cuenca, 2005.

PORTOCARRERO HIDALGO, J., *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, (Dir. Tomillo Urbina), Navarra, 2008.

PRADO PUGA, A., *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, TOMILLO URBINA (Dir.), Navarra, 2008.

PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Valencia, 2002.

PUENTE ABA, L. M., *Los delitos contra los consumidores (artículos 281 a 283 del Código Penal)*, Valencia, 2003.

QUERALT JIMÉNEZ, A. A., *Derecho Penal español. Parte Especial*, Barcelona, 2010.

QUINTERO OLIVARES, G., «Observaciones sobre la parte especial del Anteproyecto de Código Penal (delitos contra la vida y al libertad y contra el patrimonio y el orden económico)», *La reforma del Derecho Penal*, MIR PUIG (Dir.), Barcelona, 1980.

QUINTERO OLIVARES, G., «Sobre los presupuestos y limitaciones de la legislación penal económica», *Estudios Jurídicos en honor al Prof. OCTAVIO PÉREZ-VITORIA*, Tomo II, Barcelona, 1983.

QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1999.

QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, con la colaboración de MORALES PRATS, Navarra, 2010.

QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, QUINTERO OLIVARES (Dir.), Navarra, 2011.

REBOLLO PUIG, M. / IZQUIERDO CARRASCO, M., *Comentarios a la constitución española*, CASAS BAAMONDE / RODRÍGUEZ PIÑERO / BRAVO FERRER (Dir.), Madrid, 2009.

REYES LÓPEZ, M. J., *Derecho de Consumo*, REYES LÓPEZ (Coord.), Valencia, 1999.

REYES LÓPEZ, M. J., «Derecho a la información», *Derecho de consumo*, 2002.

RIGHI, E., *Derecho Penal económico Comparado*, Madrid, 1991.

ROBLES PLANAS, R., *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, SILVA SÁNCHEZ (Dir.), Barcelona, 2001.

RODRÍGUEZ BENOR, A., «Delimitación de la noción de consumidor en la contratación mercantil internacional a los fines de la delimitación del órgano judicial competente según el Convenio de Bruselas de 1968», *La Ley*, núm. 6, 1997.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1978.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Los delitos económicos en el Proyecto de Código Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *Comentarios a la constitución española*, CASAS BAAMONDE / RODRÍGUEZ PIÑERO / BRAVO FERRER (Dir.), Madrid, 2009.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Fraudes alimentarios nocivos», *Comentarios a la Legislación Penal*, COBO DEL ROSAL (Dir.), 1985, Tomo V, Vol. 2.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Lección XXII, Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores», *Derecho Penal. Parte Especial III*, por RODRÍGUEZ RAMOS, L. / COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A. / SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., Madrid, 1999.

RODRÍGUEZ RAMOS, L. / DE LA CUESTA RUTE, J. M., «El delito publicitario», *Autocontrol de la Publicidad 1998*, nº 26.

ROJO, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, MENÉNDEZ / ROJO (Dirs.), Navarra, 2001.

ROXIN, C., La imputación objetiva en el Código Penal, trad. ABANTO VÁZQUEZ del *Strafrecht Allgemeiner Teil* (extracto de los capítulos 11 y 24), Munich, 1994.

ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Madrid, 2000.

ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General, I. Fundamentos, la estructura de la Teoría del delito*, trad. LUZÓN PEÑA, D. M. / DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. / DE VINCETE REMESAL, J., Tomo I, Madrid, 1999, reimpresión de 2006.

RUBIO LARA, P. A., *Parte Especial del Derecho Penal Económico (una aproximación al estado de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia españolas)*, Madrid, 2006.

RUDOLPHI, H. J., «Diferentes aspectos del concepto de bien jurídico», *Nuevo Pensamiento Penal*, nº 5, 1975.

RUÍZ MONTAÑÉS, L. R., *Protección penal del mercado de valores (infidelidad en la gestión de patrimonios)*, Valencia, 1997.

RUIZ-RICO LÓPEZ-LENDÍNEZ, J. J., «Comentarios al artículo 51 CE», *Constitución española de 1978*, t. IV, ALAZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), Madrid, 1984.

RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R., *Protección penal del mercado de valores (infidelidad en la gestión de patrimonios)*, Valencia, 1997.

RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., «Delitos relativos al mercado», *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, tomo IV, Derecho Penal. Parte Especial (Derecho Penal económico)*, Madrid, 2012.

SÁINZ CANTERO, J. A., *La Ciencia del Derecho penal y su evolución*, Barcelona, 1970.

SÁINZ CANTERO, J. A., *Lecciones de Derecho Penal*, Barcelona, 1990.

SÁNCHEZ GARCÍA, I., «El nuevo delito publicitario», *Actualidad penal*, nº 25, 1997. SÁNCHEZ CALERO, F., *Principios de Derecho Mercantil*, Pamplona, 2009.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *Comentarios al Código Penal*, GÓMEZ TOMILLO (Dir.), Valladolid, 2010.

SANTAELLA LÓPEZ, M., *El delito publicitario (aspectos penales de la comunicación publicitaria)*, Madrid, 1981.

SANTAELLA LÓPEZ, M., *Introducción al Derecho de la publicidad*, Madrid, 1982.

SANTANA, D. / GÓMEZ MARTÍN, V., *Comentarios al Código Penal. Reforma 5/2010*, CORCOY BIDASOLO / MIR PUIG (Dir.), Valencia, 2011.

SANTO YNOCENCIO, M., *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, TOMILLO URBINA (Dir.), Navarra, 2008.

SANZ MORÁN, A. J., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid, 1986.

SEGURA GARCÍA, M. J., *Derecho Penal y propiedad industrial*, Madrid, 1995.

SERRANO GÓMEZ, A. / SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 2007.

SERRANO MAÍLLO, A., *Introducción a la Criminología*,

Madrid, 2009.

SHAPIRO, S., «Collaring the crime, not the criminal: Reconsidering White-collar crime», *American Sociological Review* 55:346-65, 1990.

SHOVER, N., «El delito de cuello blanco: una cuestión de perspectiva», *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al Prof. SERRANO GÓMEZ*, Madrid, 2006.

SHÜNEMANN, B., «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, Fase II.

SIERRA LÓPEZ, M. V., *Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en Internet*, Valencia, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la conducción suicida», *La Ley*, 1988-3.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», *Cuadernos de Política Criminal*, 1989, nº 38.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas, Empresa y delito en el nuevo Código Penal», *Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La regulación de la comisión por omisión», *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, Madrid, 2006.

SOLÓRZANO PEÑA, M. A., *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, TOMILLO URBINA (Dir.), Navarra, 2008.

SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en al sociedad moderna*, Granada, 2003.

SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., *Comentarios al Código Penal*, RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.), 1998.

SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, vol. II, BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), Madrid, 1998.

SUÁREZ LÓPEZ, J. M., *El delito de autoquebrantamiento de condena en el Código Penal español*, Granada, 2000.

SUÁREZ LÓPEZ, J. M., *El concurso real de delitos*, Madrid, 2001.

SUÁREZ LÓPEZ, J. M., *Las consecuencias del principio non bis in idem en la ley Orgánica de Protección de la Salud del Deportista y Lucha contra el Dopaje en España*, Madrid, 2008.

SUÁREZ LÓPEZ, J. M., «Las responsabilidad penal del médico y del personal sanitario por conductas de dopaje», *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Madrid, 2009.

TAMARIT SUMALLA, J.M., «La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria: problemas fundamentales», *Cuadernos de Política Criminal*, 1990.

TATO PLAZA, A., «La publicidad ilícita en la jurisprudencia y en la doctrina del Jurado de la Publicidad», *Autocontrol de la Publicidad*, 1999, nº 27.

TATO PLAZA, A., «Líneas generales de la reforma del Derecho español contra la competencia desleal (Parte I)», *Revista de Autocontrol*

de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, nº 149, febrero 2010.

TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho Penal de al empresa*, Madrid, 1995.

TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, NICOLAS GARCÍA RIVAS (Coord.), CUENCA, 2005.

TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Delitos contra el orden socioeconómico», *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, tomo IV, Derecho Penal. Parte Especial (Derecho Penal económico)*, Madrid, 2012.

TIEDEMANN, K., «*Nebenstrafrecht einschliesslich Ordnungswidrigkeitenrecht (Wettbewerbdrecht)*», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (86), 1974.

TIEDEMANN, K., *Poder económico y delito*, Barcelona, 1985.

TIEDEMANN, K., «El concepto de Derecho económico, Derecho penal económico y delito económico», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 28, 1986.

TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho Penal económico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona, 1993.

TIEDEMANN, K., *Manual de Derecho Penal económico. Parte General y Especial*, Valencia, 2010.

TIEDEMANN, K. / ARROYO ZAPATERO, L., *Estudios de Derecho Penal económico*, Castilla La Mancha, 1994.

TORÍO LÓPEZ, A., *Acción y resultado típico en la estafa procesal*, Salamanca, 1982.

VALLE MUÑIZ, J. M., *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, Barcelona, 1987.

VALLE MUÑIZ, J. M. / MORALES PRATS, F., *Comentarios al*

Código Penal, Parte Especial, tomo II GONZALO QUINTERO OLIVARES (Dir.), FERMÍN MORALES PRATS (Coord.), Navarra, 2009.

VICENT CHULIA, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, 2007.

VIVES ANTÓN, T. S., *Libertad de prensa y responsabilidad criminal (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta)*, Madrid, 1977.

VIVES ANTÓN, T. S., *Comentarios al Código Penal de 1995*, t. I, Valencia, 1996.

VIVES ANTÓN, T. S., *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, 2011.

VIVES ANTÓN, T.S. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Comentarios al código Penal de 1995*, vol. II, Valencia, 1996.

ZAMBRANO PASQUEL, A., *Política Criminal*, Perú, 2009.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Comentarios al Código Penal*, GÓMEZ TOMILLO (Dir.), Valladolid, 2010.

