



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

FACULTAD DE DERECHO

**TESIS DOCTORAL**

**LOS GENUINOS DELITOS  
SOCIOECONÓMICOS DE  
CONSUMIDORES**

**Director:**

**Prof. Dr. Carlos Martínez-Buján Pérez**  
Catedrático de Derecho Penal

**Luz María Puente Aba**  
A Coruña, Junio 2001



UNIVERSIDADE DA CORUÑA  
FACULTAD DE DERECHO

## TESIS DOCTORAL

# LOS GENUINOS DELITOS SOCIOECONÓMICOS DE CONSUMIDORES

Director:  
Prof. Dr. Carlos Martínez-Buján Pérez  
Catedrático de Derecho Penal

Luz María Puente Aba  
A Coruña, junio 2001

**ÍNDICE** ..... pág. 1

**ABREVIATURAS** ..... pág. 13

**INTRODUCCIÓN** ..... pág. 16

**PRIMERA PARTE**

**PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS CONSUMIDORES: TUTELA PENAL Y EXTRAPENAL HASTA LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE 1995, Y FUNDAMENTOS DE LA CONFIGURACIÓN DE LOS GENUINOS DELITOS SOCIOECONÓMICOS DE CONSUMO EN EL NUEVO TEXTO PUNITIVO**

**CAPÍTULO PRIMERO: LOS INTERESES JURÍDICOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. PROTECCIÓN EXTRAPENAL Y PROTECCIÓN PENAL DESDE LAS PERSPECTIVAS DEL PATRIMONIO INDIVIDUAL Y LA SALUD PÚBLICA**

I. **PROTECCIÓN EXTRAPENAL**

1. **Introducción** ..... pág. 29

2. **La protección del consumidor en Derecho comunitario** ..... pág. 36

3. **Derechos básicos de los consumidores y usuarios y su plasmación legislativa. La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios** ..... pág. 40

a) *Derecho a la protección contra los riesgos que puedan afectar a la salud o seguridad de los consumidores* ..... pág. 41

b)	<i>Derecho a la protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios</i> .....	pág. 43
b.1.	Fase previa: la protección del consumidor se produce ya en la oferta, promoción y publicidad de los productos y servicios .....	pág. 44
b.2.	Fase intermedia: se protege al consumidor en el momento de conclusión del contrato .....	pág. 45
b.3.	Fase posterior: el consumidor es protegido después de la formalización del contrato .....	pág. 50
b.4.	Especial referencia a otras Leyes que protegen los intereses económicos y sociales de los consumidores .....	pág. 54
c)	<i>Derecho de información correcta sobre los diferentes productos o servicios, y de educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute</i> .....	pág. 58
d)	<i>Derecho a la audiencia en consulta de los consumidores y usuarios, a la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afecten directamente y a la representación de sus intereses, todo ello a través de las asociaciones, agrupaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas</i> .....	pág. 64
e)	<i>Derecho de indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos por los consumidores y usuarios</i> .....	pág. 66
f)	<i>Derecho a la protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión</i> .....	pág. 73
4.	<b>Concurrencia de sanciones de diversa naturaleza en materia de consumo: previsión en la Ley del Consumidor de la aplicación del principio “non bis in idem”</b> .....	pág. 74
II.	<b>PROTECCIÓN PENAL</b>	
1.	<b>Introducción</b> .....	pág. 83
2.	<b>La estafa</b> .....	pág. 86
a)	<i>Agravaciones aplicables a fraudes al consumidor</i> .....	pág. 89

a.1. Cuando "recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social" ..... pág. 89

a.2. Cuando "revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia" ..... pág. 92

a.3. Cuando "se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional" ..... pág. 93

b) *Especial consideración del sujeto pasivo y aplicación de la figura del delito masa* ..... pág. 95

3. **Los delitos contra la salud pública** ..... pág. 100

a) *Delitos relativos a la elaboración y despacho de sustancias nocivas, productos peligrosos y medicamentos (arts. 359-362 del CP)*

a.1. Delitos relativos a la elaboración y despacho de sustancias nocivas y productos peligrosos (arts. 359-360 del CP) ..... pág. 103

a.2. Delitos relativos a los medicamentos (arts. 361-362 del CP) ... pág. 104

b) *Fraudes alimentarios (arts. 363-365 del CP)* ..... pág. 107

c) *Delitos contra la salud pública cometidos por imprudencia grave (art. 367 del CP)* ..... pág. 114

**CAPÍTULO SEGUNDO: DEFINICIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS SOCIOECONÓMICOS DE CONSUMO Y COMPROBACIÓN DEL RESPETO DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA INTERVENCIÓN PENAL**

I. **EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS GENUINOS DELITOS SOCIOECONÓMICOS DE CONSUMO**

1. **Delimitación conceptual del bien jurídico protegido en los genuinos delitos socioeconómicos de consumo** ..... pág. 115

**2. Relación del bien jurídico protegido en los delitos socioeconómicos de consumo con otros bienes jurídicos**

- a) *Análisis de otros bienes jurídicos de la misma naturaleza dogmática que el bien jurídico protegido en los delitos socioeconómicos de consumo* ..... pág. 127
  - a.1. Abuso de información privilegiada en el mercado de valores (arts. 285-286 del CP) ..... pág. 128
  - a.2. Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 311-318 del CP) . . . . . pág. 132
  - a.3. Delitos contra la salud pública (arts. 359-367 del CP) ..... pág. 135
  - a.4. Delitos contra la seguridad del tráfico (arts. 379-385 del CP) ... pág. 138
  - a.5. Delitos de riesgo catastrófico e incendios (arts. 341-358 del CP) .pág. 141
- b) *Análisis de los restantes bienes jurídicos protegidos en la Sección 3ª del Capítulo XI del Título XIII (“Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”)*
  - b.1. Delitos contra la competencia desleal (arts. 278-280 del CP) ... pág. 144
  - b.2. Delitos contra el libre mercado o la libertad de competencia (arts. 284-286 del CP) ..... pág. 146

**II. JUSTIFICACIÓN POLÍTICO-CRIMINAL DE LA CREACIÓN DE LOS GENUINOS DELITOS SOCIOECONÓMICOS DE CONSUMO: LEGITIMIDAD DE LA INTERVENCIÓN PENAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES**

- 1. **Necesidad dogmática de creación de los genuinos delitos socioeconómicos de consumo** ..... pág. 148
- 2. **Necesidad político-criminal de creación de los genuinos delitos socioeconómicos de consumo: existencia de un auténtico bien jurídico-penal** ..... pág. 154
  - a) *Examen de la dañosidad social de las conductas tipificadas en los genuinos delitos socioeconómicos de consumo* ..... pág. 155

- b) *Reconocimiento constitucional del bien jurídico protegido en los delitos socioeconómicos de consumo* ..... pág. 157
  - c) *La referencia a bienes individuales como parámetro justificante de la creación del bien jurídico supraindividual protegido en los genuinos delitos socioeconómicos de consumo* ..... pág. 164
  - d) *Respeto del principio de intervención mínima del Derecho penal: comprobación, desde una perspectiva utilitaria, de la necesidad de protección penal de este nuevo bien jurídico* ..... pág. 168
  - e) *Respeto del principio de proporcionalidad: análisis del merecimiento de protección penal del bien jurídico protegido en los delitos socioeconómicos de consumo* ..... pág. 176
3. **El empleo de delitos de aptitud en la tipificación de los genuinos delitos socioeconómicos de consumo** ..... pág. 183

## **SEGUNDA PARTE**

### **EL DELITO DE PUBLICIDAD FALSA (ART. 282 DEL CP)**

#### **CAPÍTULO PRIMERO: REGULACIÓN EXTRAPENAL, ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DERECHO COMPARADO**

##### **A) REGULACIÓN EXTRAPENAL DE LA PUBLICIDAD**

- I. **LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA** ..... pág. 194
- II. **LA LEY 34/1988, DE 11 DE NOVIEMBRE, GENERAL DE PUBLICIDAD** ..... pág. 197
  - 1. **Publicidad ilícita según la Ley General de Publicidad** . pág. 198

a)	<i>Publicidad que atenta contra la dignidad de la persona o vulnera los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer . . . .</i>	pág. 199
b)	<i>Publicidad engañosa . . . . .</i>	pág. 200
c)	<i>Publicidad desleal . . . . .</i>	pág. 207
d)	<i>Publicidad subliminal . . . . .</i>	pág. 209
e)	<i>Publicidad que infringe la normativa reguladora de la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios . . . .</i>	pág. 210
2.	<b>Acciones de cesación y rectificación en la Ley General de Publicidad . . . . .</b>	pág. 211
III.	<b>LA LEY 3/1991, DE 10 DE ENERO, DE COMPETENCIA DESLEAL . . . . .</b>	pág. 212
1.	<b>Competencia desleal por medio de la publicidad . . . . .</b>	pág. 214
a)	<i>Actos de confusión, imitación y parasitarios . . . . .</i>	pág. 214
b)	<i>Actos de engaño . . . . .</i>	pág. 215
c)	<i>Publicidad en especie o promoción de ventas . . . . .</i>	pág. 216
d)	<i>Actos de denigración . . . . .</i>	pág. 216
e)	<i>Actos de comparación . . . . .</i>	pág. 217
2.	<b>Acciones ejercitables contra los actos de competencia desleal . . . . .</b>	pág. 218
IV.	<b>LA LEY 26/1984, DE 19 DE JULIO, GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. EL JURADO DE LA ASOCIACIÓN DE AUTOCONTROL DE LA PUBLICIDAD . . . . .</b>	pág. 219
V.	<b>DIRECTIVA 84/450/CEE, DE 10 DE SEPTIEMBRE, RELATIVA A LA APROXIMACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES,</b>	



REGLAMENTARIAS Y ADMINISTRATIVAS DE LOS ESTADOS  
 MIEMBROS EN MATERIA DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA .....  
 ..... pág. 227

**B) ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

I. PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE CÓDIGO PENAL DE  
 1980 ..... pág. 231

II. PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE NUEVO CÓDIGO  
 PENAL DE 1983 ..... pág. 236

III. PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1992 ..... pág. 241

**C) DERECHO COMPARADO**

I. DERECHO ALEMÁN

1. El delito de publicidad engañosa (art. 4 de la UWG) ... pág. 246

a) *Bien jurídico protegido* ..... pág. 249

b) *Sujeto pasivo del delito* ..... pág. 251

c) *Tipo objetivo*

c.1. Objeto material ..... pág. 252

c.2. Conducta típica ..... pág. 254

c.3. Sujeto activo ..... pág. 256

d) *Tipo subjetivo* ..... pág. 256

e) *Consumación y tipo de tentativa* ..... pág. 261

f) *Tipos de autoría y participación* ..... pág. 262

g) *Cuestiones concursales* ..... pág. 262

h) *Penalidad* ..... pág. 265

i)	<i>Perseguibilidad</i> .....	pág. 266
2.	<b>Proyecto alternativo de Código Penal</b> .....	pág. 266
3.	<b>La estafa en la inversión de capital (art. 264a del Código Penal)</b> .....	pág. 269
II.	<b>DERECHO FRANCÉS</b> .....	pág. 276
III.	<b>DERECHO ITALIANO</b> .....	pág. 284
1.	<b>Código penal (arts. 516 y 517)</b> .....	pág. 285
2.	<b>Decreto legislativo de 24 de febrero de 1998, n. 58, en materia de intermediación financiera (art. 174.1)</b> .....	pág. 290
3.	<b>Legislación especial extrapenal</b> .....	pág. 294
a)	<i>Ley de 30 de abril de 1962, n. 283 (Disciplina higiénica de la producción y de la venta de las sustancias alimenticias y de las bebidas)</i> .. .....	pág. 295
b)	<i>Decreto Ley de 27 de enero de 1992, n. 109 (Ejecución de las Directivas 89/395/CEE y 89/396/CEE relativas al etiquetado, la presentación y la publicidad de los productos alimenticios)</i> .....	pág. 297
c)	<i>Otras leyes especiales</i> .....	pág. 299
d)	<i>Decreto legislativo de 25 de enero de 1992, n. 74 (Trasposición de la Directiva 84/450/CEE en materia de publicidad engañosa)</i> .....	pág. 300
IV.	<b>DERECHO PORTUGUÉS</b> .....	pág. 302
V.	<b>ESPECIAL REFERENCIA A LA PROPUESTA PARA LA ARMONIZACIÓN DEL TIPO PENAL DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA</b> .....	pág. 310

**CAPÍTULO SEGUNDO: ANÁLISIS DEL DELITO DE PUBLICIDAD FALSA EN EL CÓDIGO PENAL (ART. 282)**

I.	<b>BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y JUSTIFICACIÓN POLÍTICO-CRIMINAL</b>	
1.	<b>Bien jurídico protegido</b> .....	pág. 317
2.	<b>Técnica de tipificación: tipo de aptitud o peligro hipotético</b> .....	pág. 324
3.	<b>¿Inclusión de la salud en el ámbito de protección del art. 282 del CP? Propuesta de un específico tipo penal que incrimine la publicidad falsa y apta para lesionar la salud</b> .....	pág. 324
4.	<b>Justificación político-criminal de la tipificación penal de la publicidad falsa idónea para perjudicar económicamente a los consumidores</b> .....	pág. 335
II.	<b>SUJETO PASIVO DEL DELITO</b> .....	pág. 344
III.	<b>TIPO OBJETIVO</b>	
1.	<b>El presupuesto del tipo: la actividad publicitaria</b>	
a)	<i>El concepto de publicidad</i> .....	pág. 353
b)	<i>Significado del término “ofertas” y tratamiento de la oferta individual. Especial referencia a la publicidad no comercial</i> .....	pág. 356
c)	<i>Estudio de otras formas de publicidad ilícita no criminalizadas: publicidad subliminal y publicidad vulneradora de derechos constitucionales</i> .....	pág. 367
	c.1. <i>La publicidad subliminal</i> .....	pág. 368
	c.2. <i>La publicidad vulneradora de derechos constitucionales</i> .....	pág. 370
2.	<b>Objeto material</b>	
a)	<i>Definición de “productos y servicios”. Críticas y propuesta de restricción del objeto material del art. 282</i> .....	pág. 376
b)	<i>Especial referencia a los títulos-valores</i> .....	pág. 394

<b>3.</b>	<b>Conducta típica</b>	
a)	<i>Interpretación de las expresiones que designan la conducta típica: “hacer alegaciones falsas” y “manifestar características inciertas”</i> .....	pág. 398
b)	<i>Tratamiento de las denominadas “exageraciones publicitarias” y de los juicios de valor</i> .....	pág. 411
c)	<i>Integración de las conductas omisivas en el art. 282</i> .....	pág. 416
<b>4.</b>	<b>Elemento de aptitud</b> .....	pág. 428
<b>5.</b>	<b>Sujeto activo</b> .....	pág. 439
<b>IV.</b>	<b>TIPO SUBJETIVO</b>	
<b>1.</b>	<b>Caracterización del dolo del autor y admisibilidad del dolo eventual</b> .....	pág. 449
<b>2.</b>	<b>Análisis de los supuestos de error del autor</b> .....	pág. 457
<b>V.</b>	<b>CULPABILIDAD: ESPECIAL REFERENCIA AL ERROR DE PROHIBICIÓN</b> .....	pág. 460
<b>VI.</b>	<b>CONSUMACIÓN Y TIPO DE TENTATIVA</b> .....	pág. 462
<b>VII.</b>	<b>TIPOS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN</b> .....	pág. 468
<b>1.</b>	<b>Análisis de los diferentes grados de responsabilidad de los empresarios anunciantes y de las agencias de publicidad</b> .....	pág. 469
a)	<i>Elaboración de la publicidad por las agencias con base en datos falsos proporcionados por el anunciante, sin que las agencias conozcan tal falsedad</i> .....	pág. 470
b)	<i>Supuestos de elaboración de la publicidad falsa por las propias agencias publicitarias</i> .....	pág. 474
c)	<i>Supuestos de actuación conjunta de los anunciantes y las agencias de publicidad</i> .....	pág. 479

d)	<i>Conclusiones en relación con la posibilidad de sancionar a las agencias publicitarias en calidad de autoras</i> .....	pág. 485
e)	<i>Examen específico de los supuestos de ofertas individuales repetidas sucesivamente a múltiples individuos</i> .....	pág. 486
2.	<b>Atribución de responsabilidades cuando el autor del delito de publicidad falsa sea una persona jurídica</b> .....	pág. 488
a)	<i>Casos en que la actuación del Departamento de publicidad de la empresa es revisada por el órgano directivo</i> .....	pág. 489
b)	<i>Casos en que el Departamento de publicidad actúa con plena autonomía. Responsabilidades derivadas de la delegación de competencias en el seno de la empresa</i> .....	pág. 490
b.1.	<b>Análisis de las relaciones entre delegación de competencias y responsabilidad penal en el seno de la empresa, con referencias al delito de publicidad falsa</b> .....	pág. 492
b.2.	<b>Examen de la atribución de responsabilidades en el seno de la empresa en el delito de publicidad engañosa en Derecho comparado</b> .....	pág. 498
b.3.	<b>Conclusiones</b> .....	pág. 503
3.	<b>Responsabilidad en los casos de utilización de medios o soportes de difusión mecánicos</b> .....	pág. 505
a)	<i>Examen de los fundamentos que permiten aplicar el art. 30 del CP al delito de publicidad falsa</i> .....	pág. 506
b)	<i>Incardinación en la escala del art. 30 de los sujetos que intervienen en la realización del delito de publicidad falsa</i> .....	pág. 511
c)	<i>Referencia a la propuesta de eliminación del sistema de responsabilidad del art. 30 del CP</i> .....	pág. 513
VIII.	<b>UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS</b> .....	pág. 516
1.	<b>Relación con el delito de estafa (art. 248 del CP)</b> .....	pág. 517
2.	<b>Relación con los delitos contra la salud pública (arts. 359-365 del CP)</b> .....	pág. 528

3.	<b>Relación con el delito de falsedad en los documentos sociales (art. 290 del CP)</b> .....	pág. 535
4.	<b>Relación con los delitos contra la propiedad industrial (arts. 274.1 y 275 del CP)</b> .....	pág. 539
5.	<b>Relación con el delito de facturación ilícita (art. 283 del CP)</b> ... .....	pág. 542
6.	<b>Delito continuado (art. 74.1 del CP)</b> .....	pág. 545
7.	<b>Delito masa (art. 74.2 del CP)</b> .....	pág. 548
IX.	<b>PENALIDAD</b> .....	pág. 552
X.	<b>OTRAS DISPOSICIONES</b> .....	pág. 559
1.	<b>Requisito de procedibilidad (art. 287 del CP)</b> .....	pág. 559
2.	<b>Sanciones accesorias (art. 288 del CP)</b>	
a)	<i>Publicación de la sentencia</i> .....	pág. 562
b)	<i>Aplicación de las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 del CP</i> .....	pág. 566
	<b>CONCLUSIONES</b> .....	pág. 570
	<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	pág. 599

## ABREVIATURAS

<b>AC</b>	Actualidad Civil
<b>ADI</b>	Actas de Derecho Industrial
<b>ADPCP</b>	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
<b>ap.</b>	apartado
<b>AP</b>	Actualidad Penal
<b>art.</b>	artículo
<b>AT</b>	Allgemeiner Teil (Parte general)
<b>Aufl.</b>	Auflage (Edición)
<b>BayObLG</b>	Bayerisches Oberlandesgericht (Tribunal Superior del Estado de Baviera, Alemania)
<b>BGH</b>	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Alemán)
<b>BT</b>	Besonderer Teil (Parte especial)
<b>BT-Drucks.</b>	Bundestag-Drucksache (Diario de sesiones del Parlamento alemán)
<b>cap.</b>	Capítulo
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CCOM</b>	Código de Comercio
<b>CDJ</b>	Cuadernos de Derecho Judicial
<b>Cfr.</b>	confróntese
<b>cit.</b>	citado
<b>CLP</b>	Comentarios a la Legislación Penal (Cobo del Rosal, M., director)
<b>coord.</b>	coordinador
<b>CP</b>	Código Penal
<b>CPC</b>	Cuadernos de Política Criminal
<b>DA</b>	Disposición Adicional

<b>DD</b>	Disposición Derogatoria
<b>DF</b>	Disposición Final
<b>DP</b>	Derecho penal
<b>dir.</b>	director
<b>EC</b>	Estudios sobre consumo
<b>EPC</b>	Estudios Penales y Criminológicos
<b>Fasc.</b>	fascículo
<b>GRUR</b>	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
<b>JD</b>	Jueces para la Democracia
<b>JZ</b>	Juristen Zeitung
<b>L</b>	Lección
<b>LCD</b>	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal
<b>Lfg.</b>	Lieferung (Entrega)
<b>LGDCU</b>	Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
<b>LCGC</b>	Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación
<b>LGP</b>	Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad
<b>LOCM</b>	Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista
<b>marg.</b>	marginal
<b>NJW</b>	Neue Juristische Wochenschrift
<b>op. cit.</b>	obra citada
<b>pág.</b>	página
<b>PE</b>	Parte especial
<b>PG</b>	Parte general
<b>PJ</b>	Poder Judicial
<b>R.D.</b>	Real Decreto
<b>RDM</b>	Revista de Derecho Mercantil



<b>RDM</b>	Revista de Derecho Mercantil
<b>RDPCrim.</b>	Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED
<b>RFDUCM</b>	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
<b>RGD</b>	Revista General de Derecho
<b>RJC</b>	Revista Jurídica de Cataluña
<b>Rn.</b>	Randnummer (nº marginal)
<b>RTDPC</b>	Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia
<b>ss.</b>	siguientes
<b>StGB</b>	Strafgesetzbuch (Código penal alemán)
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo
<b>TJCE</b>	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
<b>UWG</b>	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Ley contra la competencia desleal)
<b>v. gr.</b>	por ejemplo
<b>Vid.</b>	véase
<b>Vid. infra</b>	véase en páginas posteriores
<b>Vid. supra</b>	véase en páginas anteriores
<b>Vol.</b>	volumen
<b>WISTRA</b>	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht
<b>WRP</b>	Wettbewerb in Recht und Praxis

## INTRODUCCIÓN

La preocupación por la defensa de los intereses de consumidores y usuarios, desde un punto de vista tanto legal como doctrinal, surge en épocas relativamente recientes. Esta toma de conciencia se produce paralelamente a la evolución económica de los siglos XIX y XX que, como se explicará a continuación, 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.

Con la revolución industrial a finales del siglo XVIII se entró en un sistema económico capitalista, cuyo principio básico era el libre juego de la oferta y la demanda. Se creía que la libre competencia era el único mecanismo regulador del mercado, sin necesidad de intervención alguna por parte del Gobierno; los intereses de los oferentes se encontrarían con los intereses de los demandantes, y mediante este mecanismo de convergencia se determinarían los precios de los productos y servicios existentes en el mercado. Se confiaba, por lo tanto, en la existencia de una armonía de intereses, con lo cual no se imaginaba la posibilidad de otorgar una especial protección al consumidor: según esta concepción ideal, la libre concurrencia en el mercado de diferentes productores determinaría que éstos ofrecieran sus bienes y servicios con el menor precio y la mayor calidad posibles, con el objeto de hacer su oferta más atractiva que la de sus competidores; así, esta competencia redundaría en una mejora de todo lo que se ofrece en el mercado, y consecuentemente los consumidores resultarían beneficiados.

Sin embargo, el paso del tiempo demostró que el mercado no se sujeta automáticamente a ese mecanismo ideal de autorregulación por medio de la libre competencia. Inevitablemente la concurrencia de numerosos productores dio origen a una pugna entre ellos por conseguir la preeeminencia dentro del mercado, de modo que unas empresas adquirieron más poder y predominio que otras, e incluso algunas de ellas llegaron a tener un verdadero monopolio en su campo de operación. Esta toma de poder por parte de algunos oferentes determinó que ya no fuera necesario que los consumidores manifestasen sus preferencias para canalizar la oferta: cuando una o varias empresas adquieren el predominio en un sector del mercado, no hace falta atender estrictamente a lo que requiere el consumidor, puesto que éste ya no tiene facultad de elegir entre un amplio número de oferentes. Se rompe pues el equilibrio ideal del mercado y surge la necesidad de otorgar una protección al consumidor frente a los abusos de los poderes económicos de producción.

Esta situación se intentó corregir con la aparición de las políticas keynesianas en la primera mitad del siglo XX, que surgieron para hacer frente a las consecuencias de la crisis económica desencadenada por el crac de 1929. Según Keynes, la crisis del sistema capitalista se debía principalmente a un "exceso de oferta": no había suficiente dinero para comprar todas las mercancías que se ofrecían en el mercado y, por lo tanto, había que detener la producción para que no creciese el excedente de oferta. La solución que él propuso era suscitar una mayor demanda de bienes; es decir, había que lograr que la población produjese más bienes y que fuera pagada por ello, así aumentaría su capacidad adquisitiva y podría acceder fácilmente a los productos y servicios que se ofrecían en el mercado.

Sin embargo, el problema radicaba en que las empresas no podían por sí solas llevar a cabo este proceso, y por eso Keynes propuso una participación activa del Estado con el objeto de promover estas nuevas demandas, de tal modo que pasó a ser intervencionista en el plano económico y asistencial en el plano social. Así, el mercado dejó de pertenecer únicamente a los operadores privados, y el Estado intervino en él mediante obras y empresas públicas con el objeto de estimular la

actividad productiva; además, el Estado también tiene capacidad de suscitar demanda de bienes mediante otros mecanismos que no sean la incentivación de la producción, por ejemplo: puede aportar un salario indirecto a los sectores de población con menor capacidad de demanda efectiva, o también puede redistribuir las rentas mediante un sistema de impuestos que grave a quienes están en mejores condiciones de soportarlos con el fin de aplicar los ingresos recaudados a la satisfacción de servicios y demandas sociales. Es en esta época cuando se empezó a hablar del "Estado de bienestar", porque con el proceso descrito se buscaba un equilibrio entre oferentes y demandantes mediante un estímulo de la demanda efectiva; así, se abrió paso una "sociedad de consumo" en la que era cada vez mayor el número de bienes y servicios ofrecidos que pretendían satisfacer todo tipo de necesidades y comodidades del individuo.

El nuevo modelo, si bien trajo consecuencias beneficiosas, no solucionó los problemas que el sistema capitalista causaba a los consumidores, y se hizo todavía más necesaria la articulación de una tutela eficaz que los protegiera a la hora de realizar operaciones comerciales. Si en el capitalismo puro el consumidor se veía perjudicado por la presencia de empresas monopolistas o con una especial posición de poder en el mercado, las cuales ejercían un control absoluto sobre los precios, condiciones de venta, etc., de los productos que ofrecían, en el sistema intervencionista nos vamos a encontrar con una situación similar.

En efecto, algunas de las medidas con las que el Estado impulsó la economía beneficiaron también al empresariado; el intento de fomentar la productividad determinó que en muchos casos las empresas recibieran inyecciones económicas del Estado como un estímulo de su capacidad productiva. Esto favoreció una acumulación de recursos y un aumento de la producción, lo cual dio lugar a la expansión de numerosas empresas y a la formación de grandes multinacionales; de este modo, nos volvemos a encontrar con situaciones monopolísticas: empresas enormes o agrupaciones de empresas poseen el control fáctico de concretos sectores del mercado, dejando al consumidor inerme frente a las reglas que ellas establecen desde su posición de dominio. Un ejemplo de esta prepotencia empresarial lo

encontramos en la proliferación de los contratos de adhesión: en un número cada vez más amplio de operaciones comerciales, las condiciones de los contratos son impuestas unilateralmente por el agente económico más poderoso (la empresa), y si el consumidor desea el producto o servicio ofrecidos no tiene más remedio que aceptar incondicionalmente esas reglas preestablecidas.

Por otra parte el sistema keynesiano, al tener como objetivo principal el estímulo de la demanda, fomentó el desarrollo de la "sociedad de consumo", caracterizada por la multiplicidad de bienes y servicios ofrecidos; nos encontramos entonces con otra razón que justifica la necesidad de informar y tutelar al consumidor cuando concurre a un mercado que incita cada vez más a consumir, no sólo para cubrir las necesidades básicas, sino también para satisfacer todo tipo de comodidades adicionales.

Ante la situación que se acaba de describir, resulta evidente que ya no sirven las instituciones clásicas de Derecho civil y mercantil para proteger a los adquirentes de productos y servicios en un mercado cada vez más amplio y tecnificado. Ciertamente, ya no nos encontramos ante compraventas en sentido tradicional, caracterizadas por un intercambio de una mercancía por un precio entre dos sujetos. La producción masiva de bienes, la utilización de condiciones generales de la contratación, la proliferación de la publicidad como forma de dar a conocer lo que se ofrece en el mercado, etc., son elementos de la nueva sociedad de consumo en masa que evidentemente dan lugar a una mayor desprotección de los consumidores (cabe destacar la facilidad con que pueden ser manipulados por medio de la publicidad o por el establecimiento de condiciones de contratación abusivas), y que además pueden provocar una gran expansividad de los conflictos surgidos en una determinada operación comercial (por ejemplo, los vicios que presenta un producto de difusión masiva pueden perjudicar a un amplio número de consumidores). Por lo tanto, se empezó a reclamar la conformación de un "Derecho del consumo", es decir, de un conjunto de normas y de instituciones jurídicas adaptadas para proteger a un consumidor que se encuentra en situación de inferioridad frente a los operadores económicos en el mercado.

A partir de los años setenta, podemos afirmar que se abre otra etapa como consecuencia de la crisis del modelo keynesiano, si bien se sigue manteniendo el concepto de "Estado de bienestar". La política estatal intervencionista diseñada por Keynes funcionó para lograr su objetivo de equilibrar las ofertas y demandas en el mercado: se buscó un aumento de la capacidad adquisitiva de los ciudadanos con el fin de estimular la demanda, y paralelamente se fomentó la productividad de las empresas oferentes; el resultado fue un evidente desarrollo económico y la configuración de una sociedad de consumo. Sin embargo, una vez logrado su propósito, esta particular política intervencionista se hallaba bloqueada: no se podía seguir satisfaciendo el creciente número de demandas sociales cuando los medios de producción estaban mayoritariamente en manos de empresas privadas. Además, dos fenómenos destacados se vinieron a sumar a esta crisis intrínseca del sistema keynesiano: la mundialización de las relaciones sociales y la tercera revolución industrial.

La mundialización consistió en un proceso de globalización económica (mercados financieros y mercados de bienes y servicios) y comunicacional, que creó relaciones de interdependencia entre las distintas poblaciones del planeta, independientemente de las distancias existentes entre ellas. Esta mundialización general influye de modo determinante en el campo del consumo: la facilidad con que circulan bienes y servicios de un país a otro provoca que en los mercados nacionales el consumidor vea ampliado desmesuradamente el número de ofertas, es decir, se le ofrecen productos y servicios provenientes de cualquier parte del mundo. Esta globalización se aprecia incluso en el espacio físico donde se ofrecen las mercancías: cada vez proliferan más las grandes superficies comerciales, los hipermercados, es decir, lugares cerrados en los que se ofrece de la manera más atractiva posible todo tipo de productos.

La tercera revolución industrial se debió a la aparición de nuevos materiales químicos y de tecnología informática, lo cual permitió innovar profundamente la producción y las técnicas de organización empresarial; este fenómeno favoreció

enormemente a las empresas multinacionales que habían empezado a desarrollarse en la época anterior. Por un lado la revolución informática y la aparición de maquinaria sofisticada permitieron la renovación de las infraestructuras y los esquemas organizativos empresariales, facilitando en gran manera que las empresas transnacionales operasen con total coordinación en varios países a la vez. Por otro lado, la obtención de nuevos materiales a través de diversos procedimientos químicos permitió una diferenciación y especificación de los productos elaborados por las industrias.

Así, la circulación a nivel mundial de todo tipo de bienes y servicios y la creación de nuevos productos gracias al surgimiento de nuevos métodos y técnicas de producción ampliaron todavía más el campo de ofertas existentes en el mercado; de este modo, los consumidores no sólo podrán cubrir sin problemas todas sus necesidades, sino que incluso semejante proliferación de mercancías producirá el efecto de generar necesidades nuevas. En relación con este aumento del número de productos ofrecidos, cabe resaltar que la tercera revolución industrial favoreció la aparición de mercancías inmateriales. Por una parte, tenemos el ejemplo de los mercados financieros; por otra parte, se produce una mercantilización de bienes culturales y pertenecientes al mundo de la información, tales como libros, música, programas informáticos, etc.

Nos encontramos, pues, con una situación caracterizada por la crisis del Estado intervencionista que proponía Keynes y por la creciente toma de poder efectuada por las multinacionales dentro del mercado. Se desarrolla entonces una corriente neoliberal, es decir, se revaloriza el papel de un mercado libre sin control estatal a la hora de conseguir la máxima eficiencia económica. Tampoco se puede afirmar que el Estado se haya replegado totalmente; en realidad la mayoría de los países presentan un sistema de economía mixta, caracterizado por la planificación de la actividad económica por parte del Estado con el único fin de garantizar la redistribución de la renta, asegurar la existencia de servicios sociales y equilibrar el desarrollo de los distintos sectores económicos.

A pesar de esta presencia del Estado, el papel fundamental en el mercado de bienes y servicios lo desempeñan los operadores privados, la mayoría de los cuales son las mencionadas grandes compañías, principalmente transnacionales. Por lo tanto, los consumidores y usuarios se encuentran en una situación totalmente precaria: concurren a un mercado donde sus propias preferencias ya no son el criterio rector de las decisiones tomadas por las empresas, sino que éstas orientan su política productiva a la obtención de los máximos beneficios, conscientes de que su poder económico y su dominio de sectores concretos del mercado les posibilitan dictar reglas propias que serán acatadas por el consumidor.

A la vista del panorama expuesto, se aprecia con claridad la necesidad de articular una normativa que proteja eficazmente al consumidor ya que, como se ha dicho anteriormente, las tradicionales normas protectoras de los contratantes contenidas en los Códigos civil y mercantil ya no se adecuan en absoluto a los actuales contratos de adquisición de bienes y servicios, que ya no se rigen por los principios de autonomía de voluntad y libertad de las partes. Este necesario desarrollo de la normativa protectora de los consumidores se ha llevado a cabo no mediante una reformulación de los tradicionales preceptos sobre obligaciones y contratos (como reclama una buena parte de la doctrina), sino que se ha promulgado una Ley específica para proteger al consumidor: la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 26/1984, de 19 de julio.

En esta ley se enumeran y regulan con carácter básico los derechos de los consumidores y usuarios, los cuales son objeto de desarrollo pormenorizado en leyes posteriores, donde también se regulan detalladamente las diversas infracciones y sanciones en materia de consumo. Toda esta normativa extrapenal tuteladora del consumidor será objeto de examen en el Capítulo primero de la Primera parte de este trabajo: tras situar el fundamento de tal protección no sólo en la necesidad de amparar al consumidor ante la complejidad del mercado actual, sino también en el artículo 51 de la Constitución (que establece la obligación de los poderes públicos de proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios) y en las diversas



disposiciones de Derecho comunitario, se procede a analizar cada uno de los derechos básicos de los consumidores y usuarios recogidos en la Ley del Consumidor. En esta exposición se tratan las distintas formas de tutelar estos derechos, que van desde la concesión de acciones de carácter privado a los consumidores hasta la imposición de sanciones administrativas a quienes intervengan en el mercado vulnerando cualquiera de los derechos básicos de consumidores y usuarios. Fundamentalmente, de lo que se trata es de salvaguardar el patrimonio y la salud de todos y cada uno de los consumidores, que constituyen básicamente los dos ámbitos en los que éstos pueden resultar dañados a la hora de realizar un acto de consumo.

En un segundo bloque dentro de este mismo Capítulo se hará un breve repaso de la protección que ha otorgado tradicionalmente el Derecho penal al patrimonio y a la salud de los consumidores hasta la configuración en el Código penal de 1995 de los "genuinos delitos socioeconómicos de consumo". Partiendo de que sólo se debe recurrir a la intervención penal ante las formas de ataque más intolerables a los bienes jurídicos más fundamentales (en este caso la salud y el patrimonio), que no son eficazmente reprimidas mediante otros medios menos lesivos (por ejemplo, normas de naturaleza civil o administrativa), puede observarse que el Código penal no dispensa la misma clase de tutela al patrimonio y a la salud contemplados desde el punto de vista de los consumidores.

Desde la perspectiva del patrimonio, la única vía que existía hasta ahora para sancionar los fraudes al consumidor era considerar tales conductas como constitutivas de un delito de estafa. Sin embargo, como se desprende del análisis efectuado, no resultaba una forma idónea de castigar tales fraudes, ya que la estafa es un delito dirigido únicamente a reprimir los comportamientos defraudatorios que afectan al patrimonio individual, es decir, a una sola víctima o a un número reducido y cuantificable de sujetos, por lo cual va a plantear problemas la integración en tal figura delictiva de las conductas realizadas en el seno del mercado que pueden dañar el patrimonio del enorme e indelimitable círculo de consumidores.

En lo que respecta a la salud, sí que resulta más adecuada la tutela dispensada al colectivo de consumidores, articulada a través de los delitos contra la salud pública. A través de este conjunto de figuras delictivas se intenta proteger la salud de todos y cada uno de los consumidores ante determinadas formas de ataque que, por realizarse dentro del mercado, afectan a un amplio e indefinido número de sujetos. Atendiendo a esta circunstancia, los diferentes tipos penales se han configurado de modo que puedan abarcar las especiales características de estos ataques, con el objeto de prestar una efectiva tutela a la salud de los consumidores.

Como se puede deducir de lo expuesto, mientras que los ataques más graves que atentan contra la salud de los consumidores y usuarios son adecuadamente reprimidos a través de los delitos contra la salud pública, no sucede lo mismo con las agresiones a su patrimonio. En efecto, ya se ha puesto de manifiesto que la aplicación de delitos contra el patrimonio individual es insuficiente para sancionar conductas que no van dirigidas contra uno o varios patrimonios concretos e individualizables, sino que pueden afectar a un número indelimitable y sin duda muy elevado de sujetos. Ante esta insuficiencia normativa, el legislador ha introducido en el Código Penal de 1995 los "genuinos delitos socioeconómicos de consumo", que sancionan determinados comportamientos llevados a cabo en el mercado y que pueden perjudicar económicamente a un buen número de consumidores: se trata en concreto de los nuevos delitos de publicidad falsa, facturación ilícita y acaparamiento de materias primas y productos de primera necesidad (artículos 281-283 del Código penal).

En el Capítulo segundo de la Primera parte de este trabajo se ofrece una explicación detallada de cuál es el bien jurídico protegido en esta categoría delictiva: se trata de demostrar que no nos hallamos ante un bien jurídico abstracto y carente de justificación, que implica la protección del mero "interés del colectivo de consumidores en el mantenimiento del orden global del mercado". Como se verá, esta última expresión constituye una abstracción conceptual construida para englobar bienes jurídicos concretos e individualizables del grupo colectivo de consumidores,

es decir, lo que se pretende tutelar es el patrimonio y la libertad de disposición económica de cada uno de los integrantes de este colectivo. Es necesario explicar claramente que la lesión de este nuevo bien jurídico equivale a la puesta en peligro de los mencionados bienes jurídicos individuales pertenecientes a los consumidores, y que esta anticipación del momento de intervención penal se debe a la indeterminación del posible número de sujetos que van a resultar perjudicados. Como justificación de este modelo de tipificación, se hará referencia asimismo a otros bienes jurídicos ya protegidos por el Derecho penal que presentan la misma o similar estructura que el bien jurídico tutelado en los delitos socioeconómicos de consumo.

A continuación, finalizando esta Primera parte del trabajo, se fundamentará exhaustivamente la legitimidad de la intervención penal en este ámbito, es decir, comprobar si realmente está justificada la configuración de los "genuinos delitos socioeconómicos de consumo" para proteger el patrimonio y la libertad de disposición económica del grupo colectivo de consumidores. Partiendo de que el Derecho penal debe proteger única y exclusivamente auténticos bienes jurídico-penales, habrá que analizar si el "interés del grupo colectivo de consumidores en el mantenimiento del orden global del mercado" reúne las características necesarias para ser considerado un bien jurídico protegible por el Derecho penal.

Para ello, se examinará si las conductas que atentan contra el mismo producen una dañosidad social considerable, si tal bien jurídico goza de reconocimiento constitucional, y si además es necesaria la presencia de algún tipo de referencia al individuo. A continuación, se tratará de demostrar que el bien jurídico en cuestión necesita verdaderamente ser protegido por las normas penales y a la vez es merecedor de este tipo de tutela. Desde la primera perspectiva (necesidad de pena) se analizará si se cumplen las exigencias dimanantes del principio de intervención mínima, es decir, habrá que constatar si el recurso a la intervención penal está justificado por la insuficiencia de otros medios menos lesivos para proteger adecuadamente a los consumidores. Desde el segundo punto de vista (merecimiento de pena) se intentará demostrar que se respeta el principio de proporcionalidad, es

decir, que la intervención penal se justifica por la especial importancia del bien jurídico y por la gravedad intrínseca de las concretas formas de ataque al mismo que son objeto de sanción penal. Para finalizar se analizará la técnica de tipificación de este tipo de comportamientos, con el fin de comprobar si la concreta forma de incriminación respeta los mencionados principios garantísticos que han de regir toda intervención del Derecho penal.

La Segunda parte de este trabajo se dedicará a la exégesis interpretativa del delito socioeconómico de consumo más significativo: el delito de publicidad falsa, regulado en el artículo 282 del Código penal. Antes de proceder al análisis de este precepto, en un primer Capítulo se efectúa una visión de la regulación extrapenal de la publicidad: así, se analizarán las distintas formas de publicidad ilícita previstas en leyes no penales, junto con los mecanismos de defensa que estas normas conceden al consumidor. En este mismo Capítulo, también se hará referencia a los antecedentes del artículo 282 del Código penal en los diferentes Textos prelegislativos: la Propuesta de Código penal de 1980, la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983, y el Proyecto de 1992. Finalmente, se encontrará un bloque dedicado al Derecho comparado, ya que en diversos ordenamientos de nuestro entorno existe desde hace bastantes una infracción penal relativa a la publicidad falsa o engañosa, lo cual constituye una importante fuente de información, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, para proceder a la interpretación del artículo 282 de nuestro Código penal.

Así, en el segundo Capítulo de esta Parte segunda del trabajo, se efectuará el análisis interpretativo del delito de publicidad falsa en nuestro ordenamiento. Se partirá de la definición del bien jurídico protegido en esta concreta figura delictiva que atenta contra los consumidores, y asimismo se recordarán brevemente los fundamentos ya expuestos que justifican la intervención penal frente a conductas especialmente graves y peligrosas para los patrimonios de los consumidores; a continuación, se efectuará un análisis jurídico-dogmático de este tipo penal. Por una parte, se toman como base los trabajos doctrinales que han publicado diversos

autores españoles; por otra parte, se alude a monografías y numerosas publicaciones alemanas, francesas y, en menor medida, italianas, que analizan los delitos relativos a la publicidad engañosa en los correspondientes países. Las referencias jurisprudenciales son, en su mayoría, de Tribunales alemanes y franceses, ya que en España aún no se ha pronunciado una condena penal por delito de publicidad falsa. No obstante, sí que se han efectuado múltiples alusiones a sentencias de los Tribunales civiles que aplican, a supuestos de publicidad engañosa, la Ley general de publicidad o la Ley del consumidor, principalmente; asimismo, también se ha acudido a las resoluciones dictadas por el Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad.

Poniendo punto final a este trabajo, se encontrará un conjunto de conclusiones que recogen, de forma resumida, los aspectos más fundamentales que se pueden extraer de los diferentes bloques temáticos de este trabajo de investigación.

**PRIMERA PARTE**

**PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS  
CONSUMIDORES: TUTELA PENAL Y  
EXTRAPENAL HASTA LA PROMULGACIÓN  
DEL CÓDIGO PENAL DE 1995, Y  
FUNDAMENTOS DE LA CONFIGURACIÓN  
DE LOS GENUINOS DELITOS  
SOCIOECONÓMICOS DE CONSUMO EN EL  
NUEVO TEXTO PUNITIVO**

## **CAPÍTULO PRIMERO: LOS INTERESES JURÍDICOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. PROTECCIÓN EXTRAPENAL Y TUTELA PENAL DESDE LAS PERSPECTIVAS DEL PATRIMONIO INDIVIDUAL Y LA SALUD PÚBLICA**

### **I. PROTECCIÓN EXTRAPENAL**

#### **1. Introducción**

La protección de los intereses jurídicos de los consumidores y usuarios empieza a ser objeto de atención, como se acaba de explicar, con la consolidación de una sociedad de consumo en masa en los últimos tiempos. El espectacular desarrollo tecnológico e informático ha perfeccionado sensiblemente los procesos y los centros de producción, favoreciendo el consiguiente aumento del número y de la diversidad de bienes y servicios ofrecidos al público. Nos encontramos entonces con un mercado en el cual el consumidor se encuentra ante una enorme variedad de ofertas cuyas características exactas le resulta imposible conocer, y ante unos oferentes que con frecuencia son grandes empresas que imponen las condiciones de adquisición del bien o servicio que facilitan. Ante esta situación que se acaba de describir a grandes rasgos, nos encontramos con que no bastan las instituciones jurídicas existentes para defender eficazmente al consumidor, sino que hay que articular un sistema de

protección específico que se ajuste a las particulares características del mercado actual.

La regulación a la que se acudía tradicionalmente para buscar protección en cuestiones de consumo se hallaba contenida básicamente en el **Código Civil** y en el **Código de Comercio**; sin embargo, debe tenerse en cuenta que estos Códigos son un producto de la época en que fueron redactados (el siglo XIX), lo cual determina que en algunos puntos ya no son adecuados para la sociedad actual. En el siglo pasado existía una concepción del mercado acorde con los principios del **liberalismo**: los precios y las condiciones de adquisición de un bien o servicio se determinaban por el libre juego de la oferta y la demanda, es decir, por el simple acuerdo entre quien compraba y quien vendía. Esta primacía absoluta de la voluntad a la hora de celebrar un contrato se manifiesta en la regulación contenida en el Código Civil en torno a las obligaciones y contratos, particularmente en su art. 1255, el cual establece que “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”. Como se desprende de este precepto, se eleva al máximo rango **la libertad y la autonomía de la voluntad** a la hora de celebrar un contrato, de tal modo que se parte del principio general de que todo contrato es válido siempre que los contratantes hayan consentido libremente, de tal modo que si concurre esta libre voluntad no importa que una de las partes resulte más beneficiada que la otra.

Como consecuencia de este postulado general, nos encontramos con que es reducido el número de preceptos destinados a limitar la validez de los contratos en aras a conseguir un equilibrio en las posiciones de las partes contratantes. En relación con este aspecto, el art. 1256 del CC establece que “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”; además, existen otros preceptos en el Código que pretenden impedir el abuso de una de las partes sobre la otra, por ejemplo el art. 1265, que establece la nulidad del consentimiento contractual prestado por error, violencia, intimidación o dolo, o el art.



1288, según el cual la interpretación de una cláusula contractual oscura no debe favorecer a quien ha ocasionado la oscuridad. Además de estas disposiciones generales que pretenden equilibrar las posiciones de ambas partes contratantes, debemos acudir a la regulación de los contratos en particular contenida en el Libro IV del CC, ya que en cada uno de ellos encontraremos un sistema específico de responsabilidad por incumplimiento (merece destacarse como clásico ejemplo de protección del consumidor en el CC la institución del “saneamiento” en la compraventa, arts. 1471-1499 del CC).

Por último, es necesario hacer referencia a la regulación de la responsabilidad extracontractual contenida en el CC, concretamente en su art. 1902, donde se establece que “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. Nos encontramos aquí ante un supuesto de responsabilidad por los daños derivados de la propia conducta, y que será exigible si concurren estos cuatro elementos: una acción u omisión antijurídica o ilícita, una lesión o daño, la culpa del agente, y un nexo causal entre el comportamiento y el daño producido. Se trata de una responsabilidad que no surge del incumplimiento de una relación contractual preexistente entre el causante del daño y el perjudicado, sino que surge por una acción u omisión cuya ilicitud deriva de la infracción de un deber legal específico o incluso de la violación del principio general del Derecho de no causar daño a otro (es decir, no hace falta que la acción u omisión ilícita esté prevista en la Ley).

Sin embargo, este esquema de responsabilidad extracontractual derivado del art. 1902 del CC ha evolucionado en los últimos tiempos en lo que se refiere a la exigencia de culpa del causante del daño. En efecto, el creciente desarrollo de la tecnología y la complejidad de los procesos de producción son fenómenos que constituyen una fuente inagotable de riesgos, por lo cual se abre paso la teoría de la responsabilidad objetiva, obligándosele a responder al agente por el mero hecho de haber puesto en marcha el riesgo que ha originado el daño. Esta teoría se plasma en numerosas normas que regulan diversos sectores en los que se desarrollan actividades

o se emplean instrumentos creadores de riesgos; así, por ejemplo, en la Ley de Caza 1/1970, de 4 de abril, y como ejemplo más reciente, la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos<sup>1</sup>.

Por otra parte, con respecto al sistema tradicional contenido en el CC, la Jurisprudencia ha venido efectuando una interpretación cada vez más objetiva de la responsabilidad extracontractual, realizando una inversión de la carga de la prueba: se presume la existencia de la culpa una vez que la víctima ha probado la realidad del daño, y será el agente del mismo el que ha de probar que actuó con la diligencia exigible<sup>2</sup>.

Junto a la reglamentación contenida en el CC, tenemos también las disposiciones del CCOM referentes a los contratos de comercio y a los lugares y casas de contratación mercantil. En cuanto a las disposiciones generales sobre los contratos de comercio, cabe destacar que el art. 50 del CCOM establece que "los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en leyes

---

<sup>1</sup> Vid. infra epígrafe 3.e).

<sup>2</sup> Vid. PEDREIRA ANDRADE, A. E., *Evolución de la responsabilidad: ampliación jurisprudencial de la responsabilidad - responsabilidad profesional - vías alternativas a la responsabilidad profesional*, en Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales (Romeo Casabona, ed.), Universidad de La Laguna 1993, pág. 279 y ss; ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, Bosch 1997, Tomo II, Vol. II, pág. 502; DÍEZ PICAZO, L. / GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Vol. II, Tecnos, Madrid 1999, pág. 524 y ss. Debe advertirse que si bien en teoría el sistema de responsabilidad objetiva beneficia al consumidor, en la práctica se puede producir el efecto contrario, ya que la legislación, además de obligar a responder al agente del daño aunque no exista culpa por su parte, generalmente también le obliga a concertar un seguro. De este modo, como manifiesta la doctrina, el agente traslada los costes del seguro al precio del producto o servicio, y esta elevación de los precios perjudica directamente al consumidor. Vid. GÓMEZ LAPLAZA, M.C. / DÍAZ ALABART, S., *Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, en AC 1995-2, marg. 520 y 532.

especiales, por las reglas generales del Derecho común"<sup>3</sup>. Por lo tanto, el principio que sigue el CCOM es el mismo del CC: libertad de las partes a la hora de contratar y validez del contrato siempre que éste haya sido concluido según la voluntad de los contratantes. De todos modos, podemos encontrar algún precepto aislado que se inclina por la protección del consumidor, como por ejemplo el art. 59 del CCOM, que establece el principio del "favor debitoris"; además, no debemos olvidar que también en el CCOM encontramos regulaciones específicas de los distintos contratos mercantiles, adonde habrá que acudir para hallar la responsabilidad de los contratantes por incumplimiento de lo estipulado en el contrato (podemos citar como ejemplo la regulación específica de la responsabilidad del porteador, arts. 361-362 del CCOM).

Esta regulación contenida en el CC y en el CCOM era apta para la sociedad del siglo XIX, en cuyo seno fueron redactados ambos textos normativos. En esa época, en la cual la industria era todavía incipiente y predominaba la producción agraria y artesanal, el comercio entre productores y adquirentes se efectuaba de un modo eminentemente personal; este fenómeno, junto con la circunstancia de que existía una menor diversidad de bienes y servicios en el mercado, determinaba que oferentes y demandantes se encontraran en situaciones más o menos equivalentes, sin que una parte se hallase mucho más privilegiada que otra, de tal modo que la mejor forma de satisfacer sus intereses era establecer una negociación regida básicamente por la libre voluntad de los contratantes.

---

<sup>3</sup> En realidad, no existe una categoría especial e independiente de "contratos mercantiles", con una regulación específica y distinta de la teoría civil de los contratos. La única especialidad de los "contratos mercantiles" o "contratos de comercio" reside en que son realizados por un empresario en el ejercicio de su actividad de empresa; sin embargo, como preceptúa el citado art. 50 del CCOM, su régimen general es el que establece el Código Civil, y en el Código mercantil se regulan únicamente sus especialidades. Vid. sobre este tema GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *Introducción al Derecho de los títulos-valores y de las obligaciones mercantiles*, Tomo II, Tórculo 1997, pág. 550 y ss.

En la **sociedad de consumo** actual se ha roto uno de los postulados que fundamentaban la primacía de la autonomía de la voluntad en las relaciones desarrolladas en el seno del mercado. Los avances en la industria, la tecnología, la informática, etc., propiciaron, por una parte, un aumento desmesurado de las ofertas de bienes y servicios, y por otra parte, un crecimiento imparable de determinadas empresas que alcanzaron posiciones monopolísticas o cuasi-monopolísticas dentro del mercado. Como consecuencia, se rompe el equilibrio y la paridad entre las partes contratantes, y **el consumidor se convierte en la parte débil del contrato**: porque no posee la suficiente información ante la avalancha de ofertas que se le presentan en el mercado (lo cual puede deberse a la inexistencia real de dicha información o a su tergiversación por medio de la publicidad), y porque las empresas, abusando de sus situaciones de preeminencia o de monopolio, confeccionan sus propias condiciones generales de contratación, con frecuencia gravosas o abusivas, pero que el consumidor no tiene más remedio que acatar si quiere adquirir el producto o servicio ofrecidos<sup>4</sup>.

La situación de desprotección en que se encuentra ahora el consumidor ha empezado a ser objeto especial de atención, lo cual se manifiesta en diferentes aspectos. Por un lado, se ha intentado *reinterpretar la teoría tradicional de las obligaciones y contratos* para adaptarla a las nuevas necesidades de esta contratación en masa donde una de las partes (el consumidor) se halla claramente en posición de inferioridad<sup>5</sup>; sin embargo, no basta con esta reinterpretación de la normativa

---

<sup>4</sup> Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L. Y OTROS, *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones. Parte general. Teoría general del contrato*, Vol. I, Dykinson, Madrid 2000, pág. 337 y ss; DÍAZ ALABART, S., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (Bercovitz Rodríguez-Cano, R. / Salas Hernández, J., coord.), Civitas 1992, pág. 249; AURIOLES MARTÍN, A., *La protección de los usuarios de servicios bancarios y la normativa sobre transparencia de las operaciones*, en *La Ley* 1991-3, pág. 894.

<sup>5</sup> Sobre la influencia del principio de protección de los consumidores en la teoría general de las obligaciones y contratos, vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones*, en *ADC* 1994, Fasc. I, pág. 73 y ss. Así, en la fase de formación del contrato es necesario proteger al

existente, sino que resulta necesaria la promulgación de una legislación especial que proteja directa y eficazmente al consumidor.

En el Derecho español, el fundamento constitucional que cabe tomar de referencia a la hora de desarrollar una legislación protectora de los consumidores es concretamente el **art. 51 de nuestra Ley Fundamental**, el cual establece lo siguiente: “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses de los mismos. Los poderes públicos promoverán la información y educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca”. Este artículo se encuentra en un Capítulo cuya rúbrica es “De los principios rectores de la política social y económica”, lo cual determina que la protección de los consumidores es un principio general informador del ordenamiento jurídico, que vinculará las actuaciones de los poderes públicos<sup>6</sup>.

La máxima expresión de este principio de protección de los consumidores se encuentra en la Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984, donde se consagran los derechos básicos de consumidores y usuarios, estableciendo un régimen de garantías, responsabilidades y sanciones para proteger al consumidor ante la violación de tales derechos. Asimismo, existe una gran diversidad de leyes que ofrecen protección al consumidor en sectores

---

consumidor frente a la tergiversación de la información o a la ausencia de la misma, con lo cual surgen normas que exigen, por ejemplo, la documentación por escrito del contrato o el cumplimiento de todas las expectativas ofrecidas en la publicidad aunque no figuren en el contrato. En referencia al contenido del contrato, la actual proliferación de las condiciones generales de la contratación exige una normativa reguladora de las mismas con el objeto de proteger al consumidor frente a los abusos que pueden cometer sus redactores, es decir, los oferentes de los productos o servicios. También hay que destacar la influencia de la normativa de protección de los consumidores en las reglas de cumplimiento del contrato y en las reglas de responsabilidad por su incumplimiento (v. gr. el régimen de garantía establecido en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

<sup>6</sup> Vid. *infra* sobre la eficacia vinculante de tal principio: Capítulo 2º, epígrafe II.3.b).

concretos, como por ejemplo en los supuestos de daños causados por productos defectuosos o en los casos en que el consumidor solicita crédito al consumo.

## **2. La protección del consumidor en el Derecho comunitario**

En el seno de la Unión Europea también se ha dejado sentir esta preocupación por los consumidores. En el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea no se establecía ningún principio general de protección de los consumidores, aunque ya en los años sesenta aparecieron los primeros organismos dirigidos a tal fin. De entre estas instituciones podemos destacar el Comité Consultivo de los Consumidores, creado en 1973 por decisión de la Comisión (73/306/CEE, de 25-9-1973) y, ya en 1983, la primera reunión del Consejo Comunitario de Consumo. En cuanto a los documentos elaborados a nivel comunitario en esta materia, destaca ya en 1973 la *Carta Europea de Protección de los Consumidores elaborada por el Consejo de Europa*, si bien el verdadero punto de partida de la Política Comunitaria de Consumo está constituido por el primer *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.

Este primer Programa Preliminar, que tenía como objetivos básicos y complementarios la creación del mercado interior europeo y la protección de los intereses de los consumidores, no fructificó en ninguna actuación concreta, con lo cual en 1979 se presentó un segundo Programa (aprobado por Resolución del Consejo de 19 de mayo de 1981) con la intención de lograr mejores resultados. Esta

etapa fue de mayor actividad que la primera, y llegaron a elaborarse diversas Directivas, como por ejemplo la Directiva de 10 de septiembre de 1984 de armonización de legislaciones sobre publicidad engañosa.

El 4 de julio de 1985 vio la luz una comunicación denominada “Necesidad de un nuevo impulso para la política de protección de los consumidores”, la cual vino a integrar en 1986 la parte principal del tercer Programa comunitario sobre consumo (Resolución del Consejo de 23 de junio de 1986), caracterizado por ser básicamente una declaración de principios prácticamente vacía de contenido. En la época posterior a la elaboración de este tercer Programa, la actuación de la Comunidad dio lugar a la elaboración de diversas Directivas, como por ejemplo la Directiva del Consejo, de 7 de junio de 1988 (88/314/CEE), relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de precios en productos no alimenticios.

También debe destacarse que en esa etapa, concretamente el 17 de febrero de 1986, fue firmada el *Acta Única Europea*, que modifica los Tratados constitutivos de la Comunidad con el fin de conseguir la implatación del mercado interior para el 1 de enero de 1993. Aunque tampoco recoge de forma expresa el principio de protección de los consumidores, introduce una referencia a éstos en *el art. 100.A del Tratado CEE*, donde se dice que la Comisión, “en sus propuestas previstas en el apartado 1 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”.

Posteriormente, la Resolución del Consejo de 9-11-1989 sobre futuras prioridades para el relanzamiento de la política de protección del consumidor incorporó el cuarto Programa comunitario en esta materia. En respuesta a este Programa, la Comisión presentó un *Plan de Acción Trienal para el período 1990-1992* (COM(90) 98 final, de 3-5-1990), cuyas prioridades con respecto a los consumidores eran las siguientes: incrementar su participación en las actuaciones comunitarias, adoptar medidas que garantizaran su seguridad y el acceso a la debida

información, y favorecer y proteger las operaciones comerciales en cualquier país de la Comunidad.

En el *Tratado de la Unión Europea* de 7 de febrero de 1992 encontramos recogida expresamente la política de protección de los consumidores a nivel comunitario. Dentro de la Parte rubricada "Políticas de la Comunidad", se introduce un nuevo Título (el IX), denominado "*Protección de los Consumidores*"; consta de un único artículo (el 129.A), donde se establece que "la Comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores", mencionando las medidas que se podrán adoptar para conseguir este objetivo; el *Tratado de Amsterdam*, firmado el 2 de octubre de 1997, ha incrementado el conjunto de disposiciones relativas a la protección del consumidor (nuevos arts. 152 y 153). La actividad de la Comunidad en cumplimiento de este mandato se refleja en diversas actuaciones como la elaboración de Directivas, Reglamentos, Resoluciones, etc., pero sobre todo en la realización del *Segundo Plan de Acción Trienal sobre Política de los Consumidores para el período 1993-1995* (COM(93) 378 final, de 28-7-1993).

Este Plan se caracteriza principalmente por establecer una serie de objetivos prioritarios con la finalidad de lograr una mayor protección del consumidor; entre estos objetivos podemos citar 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, puede mencionarse como el principal defecto de este Plan el hecho de que no contiene una enumeración completa de los que deben considerarse "derechos fundamentales de los consumidores", lo cual resulta contraproducente para conseguir una protección eficaz del consumidor; esta situación se ve agravada por el hecho de que para llevar a cabo esta política de protección se suele utilizar como método las Directivas, que con frecuencia serán Directivas "de mínimos", lo cual traerá como consecuencia frecuentemente que entre



los países comunitarios exista una armonización desigual y que no vaya más allá de un nivel básico de protección<sup>7</sup>.

Dentro de esta orientación de la política comunitaria hacia la tutela de los consumidores y usuarios, debe citarse la Comunicación de la Comisión que contiene el *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). Este Plan, teniendo presente que sus dos precedentes se centraban en garantizar que los consumidores participasen y aprovecharasen las ventajas del Mercado Interior, pretende 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 consumidores (que a nivel europeo se articula a través del Comité de Consumidores y del ANEC, que es un consorcio de organizaciones de consumidores).

Por último, debe citarse el vigente *Plan de Acción sobre Política de los consumidores para el período 1999-2001* (COM(98) 696 final, DOCE de 1-12-1998). Este nuevo Plan se centra básicamente en tres aspectos: fomento de la información de consumidores y usuarios y de las facilidades derivadas de la creación de asociaciones; obtención de bienes y servicios más seguros y no peligrosos para la salud; y búsqueda de un mayor respeto de los intereses económicos de los consumidores a través, sobre todo, de un sistema de contratación más transparente. Este último aspecto resulta de especial importancia si tenemos en cuenta que en el año 2002 se implanta definitivamente la moneda única europea; consciente de esta

---

<sup>7</sup> Vid. sobre este tema MORILLAS JARILLO, M.J., *La protección de los consumidores en el Tratado de la Unión Europea*, en AC 1994-3, marg. 571; LETE ACHIRICA, J., *La armonización de las legislaciones europeas sobre protección de los consumidores a la luz del derecho comunitario*, en AC 1998-1, marg. 183; REYES LÓPEZ, M.J., *Derecho de consumo* (Reyes López, M. J., coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pág. 25-35.

situación, la Comisión ha dictado diversas Recomendaciones que buscan controlar el proceso de cambio al euro: así, por ejemplo, cabe destacar la Recomendación de 23 de abril de 1998, CE/98/228 relativa al diálogo, al seguimiento y a la información para facilitar la transición al euro<sup>8</sup>.

### **3. Derechos básicos de los consumidores y usuarios y su plasmación legislativa. La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios**

Con el fin de cumplir el mandato constitucional de protección de los consumidores, se promulga el 19 de julio de 1984 la Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Como su propia Exposición de Motivos indica, los objetivos de esta Ley son: declarar los derechos básicos de los consumidores y usuarios, establecer procedimientos eficaces para la defensa de los mismos, y crear un marco legal que permita desarrollar un movimiento asociativo en el campo del consumo. El art. 2 de la LGDCU recoge una serie de derechos básicos e irrenunciables<sup>9</sup> pertenecientes a los consumidores y usuarios, cuyo contenido es

---

<sup>8</sup> Puede verse un resumen de esta trayectoria de protección a los consumidores en Derecho comunitario, llegando hasta el momento actual, en DE LEÓN ARCE, A., en *Derechos de los consumidores y usuarios (Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)* (De León Arce, A., dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pág. 41 y ss.

<sup>9</sup> La Ley establece acertadamente que el consumidor o usuario no podrá renunciar a sus derechos con anterioridad a la realización de un acto de consumo; esta previsión aparece sobradamente justificada por el hecho de que la tutela del consumidor se frustraría permitiendo una renuncia "a priori" de sus derechos: si lo que se intenta es evitar situaciones de inferioridad o desequilibrio con respecto a los comerciantes o profesionales, debe impedirse que éstos abusen de su posición de poder para inducir al consumidor a renunciar a sus derechos. Lo que no prohíbe el legislador es que los consumidores o usuarios renuncien a sus derechos cuando ya se encuentren en condiciones de ejercitarlos, es decir, cuando ya han

objeto de desarrollo a lo largo del texto de la Ley, y que a continuación serán objeto de análisis<sup>10</sup>.

a) *Derecho a la protección contra los riesgos que puedan afectar a la salud o seguridad de los consumidores*

La formulación concreta de estos derechos se encuentra en el art. 3 de la LGDCU, el cual establece que “los productos, actividades y servicios puestos en el mercado a disposición de los consumidores o usuarios, no implicarán riesgos para su salud o seguridad, salvo los usual o reglamentariamente admitidos en condiciones normales y previsibles de utilización”. De la redacción del artículo se desprende que

---

efectuado un acto de consumo y surge la situación en la que pueden hacer valer su derecho; de todos modos, la realización de este tipo de renuncia debe estar rodeada del mayor número de cautelas, ya que continuamos en presencia de una relación desigual entre comerciante y consumidor, y éste podría ser objeto de manipulaciones por parte del primero a la hora de efectuar tal renuncia. Vid. DE LEÓN ARCE, A., *Derechos de los consumidores y usuarios*, cit., pág. 78-79; ESTRUCH ESTRUCH, J., *Nociones básicas de Derecho de consumo* (Reyes López, M.J., coord.), Editorial Práctica de Derecho 1996, pág. 83 y ss; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, cit., pág. 70-74.

<sup>10</sup> Debe advertirse que esta Ley no ha sido muy bien acogida por la doctrina, la cual considera que no era necesaria la promulgación de una ley de carácter general en la que se tratara de defender a los consumidores en todos los ámbitos donde resulta necesario. Por ello, se ha propuesto como una alternativa mejor la promulgación de leyes específicas en distintos ámbitos y, complementariamente, incorporar normas protectoras en las disposiciones reguladoras de las instituciones jurídicas en que puede verse implicado el consumidor; vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, cit., pág. 21; del mismo, *Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, en Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores, Tecnos 1987, pág. 101. Vid. también las objeciones a esta Ley formuladas por BUSTOS PUECHE, J.E., *Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho del consumo*, en La Ley 1990-3, pág. 859 y ss; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La defensa del consumidor: un principio general del Derecho*, en Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Civitas 1991, Tomo II, pág. 1907-1908.

el derecho a la protección de la salud y la seguridad de los consumidores es entendido de un modo preventivo, puesto que se busca protegerlos de los simples riesgos que les puedan afectar, lo cual supone una tutela reforzada que permite impedir más fácilmente los daños efectivos a la salud y seguridad de los consumidores.

No obstante, la última salvedad del precepto contiene una referencia al denominado "riesgo permitido", es decir, se establece una excepción a la prohibición general de que existan en el mercado productos o servicios que conlleven riesgos para la salud o seguridad de los consumidores. Tal excepción consiste en que se permite la presencia de todos aquellos riesgos que estén admitidos por los Reglamentos que regulen específicamente cada producto o servicio, o que se deriven de determinadas costumbres o usos jurídicos, siempre que surjan en condiciones normales y previsibles de utilización; la propia Ley establece que para determinar cuándo estamos ante un "uso normal y previsible" hay que atender a la naturaleza del bien o servicio y a la utilización que realicen normalmente los consumidores a los que va destinado. En este aspecto, cabe destacar también que la LGDCU establece en sus arts. 3 y 13. f) la obligación de informar al consumidor de estos supuestos de riesgo permitido; la exigencia de tal información, que se llevará a cabo a través del etiquetado, la presentación o la publicidad de los bienes o servicios, aparece especificada en concretos Reglamentos, como por ejemplo el Real Decreto 2216/1985, de 23 de octubre, sobre clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas<sup>11</sup>.

Para garantizar al máximo estos derechos, la Ley establece que los Reglamentos reguladores de los distintos productos y servicios han de determinar los procedimientos de fabricación y comercialización, las listas de aditivos autorizados, el etiquetado y la publicidad, las condiciones de almacenamiento y distribución, etc.;

---

<sup>11</sup> Vid. REYES LÓPEZ, M.J., *Nociones básicas de Derecho de consumo*, cit., pág. 101 y ss; NAVARRO MUNUERA, A., *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, cit., pág. 90-93.

es decir, debe llevarse a cabo una regulación exhaustiva de los componentes, presentación y tratamiento de todos los bienes y servicios, con el objeto de que en ningún momento se llegue a producir una situación peligrosa para la salud o la seguridad del consumidor o usuario<sup>12</sup>.

b) *Derecho a la protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios*

Si analizamos los diferentes artículos comprendidos en el Capítulo III de la LGDCU, donde se regula el derecho a la protección de los legítimos intereses económicos y sociales<sup>13</sup> de los consumidores y usuarios, podemos encontrar tres

---

<sup>12</sup> Entre las normas reglamentarias que desarrollan el mandato contenido en el art. 4 de la LGDCU podemos destacar: el mencionado R.D. 2216/85, de 23 de octubre, sobre clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas; el R.D. 1468/88, de 2 de diciembre, sobre etiquetado, presentación y publicidad de los productos industriales destinados a la venta directa de los consumidores y usuarios, modificado por el R.D. 1182/89, de 29 de septiembre; el R.D. 820/90, de 22 de junio, por el que se prohíbe la fabricación y comercialización de los productos de apariencia engañosa que pongan en peligro la salud o seguridad de los consumidores; el R.D. 880/90, de 29 de junio, por el que se aprueban las normas de seguridad de los juguetes; y el R.D. 44/96, de 19 de enero, por el que se establecen determinadas medidas para garantizar la seguridad general de los productos puestos a disposición del consumidor.

Debe tenerse en cuenta que, además de esta regulación de carácter preventivo, existen garantías normativas que actúan con posterioridad a la lesión de la salud de los consumidores. Algunas de estas medidas las podemos encontrar en la propia LGDCU, como por ejemplo las disposiciones reguladoras de la indemnización o reparación de daños o perjuicios sufridos con ocasión del uso o consumo de productos y servicios; vid. NAVARRO MUNUERA, op. cit., pág. 83-85.

<sup>13</sup> Parte de la doctrina considera que resulta innecesaria la específica mención de los "intereses sociales" de los consumidores, ya que no se entiende muy bien a qué se refiere el legislador con el mencionado calificativo "sociales". En realidad, como manifiestan algunos autores, todos los intereses propios de los consumidores son "sociales", en el sentido de que interesan a la sociedad en general; ni siquiera se aporta nada nuevo entendiendo tales intereses como los relativos a la participación de los consumidores en el mercado de acuerdo con la función que les es propia, ya que la protección de otros intereses específicos (v. gr. el derecho de información o la indemnización de daños y perjuicios) se dirige precisamente a esa misma

fases diferenciadas en dicho ámbito de protección<sup>14</sup>: etapa previa al contrato, momento de conclusión del contrato y fase posterior a la formalización del contrato. Sintéticamente, puede decirse que las disposiciones de la LGDCU protectoras de los legítimos intereses económicos de los consumidores y sus normas de desarrollo tienen como finalidad proteger el derecho de todo adquirente de bienes y servicios a contratar en condiciones equitativas, por ello tal protección se proyecta en ámbitos diferentes según el momento en que nos encontremos dentro del proceso de contratación. Así, por ejemplo, en la fase previa la legislación protectora del consumidor se centrará en evitar que éste sea engañado; en el momento de celebración del contrato se buscará impedir que resulte indebidamente presionado o que sea sometido a cláusulas abusivas; y en el momento posterior a la conclusión del contrato se tratará de garantizar que el consumidor ha obtenido el bien o servicio correspondiente con sus expectativas, regulando por ejemplo la existencia de un adecuado servicio posventa<sup>15</sup>.

b.1. Fase previa: la protección del consumidor se produce ya en la oferta, promoción y publicidad de los productos y servicios (arts. 8 y 9)

En este primer momento, se exige la vinculación del oferente a todo lo que ha manifestado en la oferta, promoción y publicidad de los bienes y servicios; es decir, está obligado a cumplir todas las expectativas objetivas que ha creado en el

---

finalidad; vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, cit., pág. 54-55.

<sup>14</sup> Cfr. FERNÁNDEZ GIMÉNEZ, J.P., *Nociones básicas de Derecho de consumo*, cit., pág. 112.

<sup>15</sup> Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores*, en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, cit., pág. 145.

consumidor. El problema reside en que en esta fase todavía no existe un contrato que rijan las respectivas posiciones jurídicas de las partes, con lo cual se hace necesario concretar qué valor tienen la oferta, promoción y publicidad de los productos y servicios para poder determinar la responsabilidad de quien entrega al consumidor un bien o servicio que no reúne todas las características ofertadas, promocionadas o publicitadas con anterioridad al contrato.

En este ámbito, la Ley pretende tutelar al consumidor en dos frentes: por una parte, mediante una protección de carácter preventivo, exigiendo que la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios se ajusten a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad (es decir, **prohibiendo la difusión de publicidad engañosa** con el objeto de impedir que los consumidores incurran en un error); y por otra parte, intentando reparar los efectos dañinos ya producidos por la publicidad (es decir, regulando los efectos indemnizatorios o contractuales que se derivan de la publicidad, lo cual se manifiesta básicamente a través del mecanismo de la “**integración publicitaria del contrato**”)<sup>16</sup>.

#### b.2. Fase intermedia: se protege al consumidor en el momento de conclusión del contrato (art. 10)

Resulta de vital importancia proteger a los consumidores y usuarios a la hora de celebrar el contrato, ya que la actual contratación en masa ha llevado a los grandes suministradores de bienes y servicios a redactar las **condiciones generales de los contratos** que concluirán con el consumidor, de modo que si éste desea lo que el suministrador le ofrece no le queda más remedio que aceptar sin discusión las condiciones preestablecidas. Si bien se aduce que esta modalidad de contratación es

---

<sup>16</sup> Vid. el desarrollo de las previsiones de este art. 8 de la LGDCU infra, Segunda parte, Cap. 1º, epígrafe A)IV.

beneficiosa porque supone una racionalización de las operaciones comerciales de una empresa, reducción de tiempo y de costes a la hora de contratar, facilitación de las prestaciones, etc.<sup>17</sup>, lo cierto es que deja a los consumidores inermes ante posibles abusos; realmente, aquí ya no nos encontramos ante un verdadero contrato (es decir, ante un acuerdo de voluntades), sino que estamos ante un sujeto oferente que redacta unilateralmente las condiciones de adquisición de un producto o servicio, y la voluntad del consumidor sólo interviene para aceptar tales condiciones, sin que pueda discutir las ni variarlas lo más mínimo.

Ante esta situación de indefensión para el consumidor, resulta imprescindible someter a las condiciones generales de la contratación a un régimen jurídico especial, principalmente para conseguir dos objetivos (en primer lugar, para evitar su falta de claridad, perseguida muchas veces de forma deliberada por el predisponente, de tal modo que es necesario establecer un riguroso régimen legal de incorporación de las condiciones generales al contrato, junto con reglas especiales en materia de interpretación; en segundo lugar, para evitar un contenido injusto (v.gr. el desplazamiento de riesgos a la parte adherente), por lo cual hay que establecer un régimen especial de control del contenido de las condiciones generales<sup>18</sup>.

La posición de poder que ostenta el redactor de las condiciones generales le puede inclinar a establecer cláusulas especialmente gravosas para el posible adquirente, como por ejemplo la brevedad de los plazos de reclamación, una limitación excesiva de responsabilidad, etc.; para evitar los posibles abusos ante esta situación de inferioridad del consumidor, resulta necesario establecer una regulación de las condiciones generales de los contratos que, si hasta fechas muy recientes sólo

---

<sup>17</sup> Sobre las ventajas que ofrece esta modalidad de contratación, vid. PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid 1999, pág. 33-45; GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *Introducción al Derecho de los títulos-valores y de las obligaciones mercantiles*, cit., pág. 662 y ss.

<sup>18</sup> Vid. PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas*, cit., pág. 48-49.



se contenía en la LGDCU, ahora se contiene específicamente en al Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), que además ha modificado la LGDCU en esta materia<sup>19</sup>.

La nueva Ley define en su art. 1 las condiciones generales de la contratación como “cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”<sup>20</sup>. Los aspectos más destacados de la regulación de las condiciones generales de la contratación son los siguientes:

- en primer lugar, el predisponente de las condiciones está obligado a dar una *exacta información al adherente* acerca de su contenido, de modo que éste pueda tener un perfecto conocimiento de las mismas antes de proceder a su aceptación.

- en segundo lugar, se establecen unas *reglas de interpretación favorables al adherente*. Así, se da prioridad a las condiciones particulares específicas de cada contrato sobre las condiciones generales cuando existe contradicción entre ambas,

---

<sup>19</sup> Esta Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación transpone al Derecho español la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; vid. sobre esta Directiva PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid 1998.

<sup>20</sup> En esta definición están presentes las características esenciales que, según ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid 1991, pág. 114, deben presentar las condiciones generales de la contratación: que se trate de cláusulas contractuales (destinadas a ser incorporadas en el contrato), predispuestas (redactadas previamente al momento de su utilización) e impuestas (sustraídas a discusión o negociación); asimismo (pág. 124), han de ser cláusulas redactadas con la finalidad de aplicarlas a todos los contratos de una misma clase que piense celebrar el predisponente. Analizan estas mismas características definitorias de las condiciones generales de contratación: RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación*, en *Condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril* (Espiau Espiau, S., ed.), Marcial Pons, Madrid 1999, pág. 58-64; FUENTE NORIEGA, M., *Derechos...*, cit., pág. 191 y ss.

salvo que estas últimas resulten más beneficiosas. Además, si existen dudas en la interpretación de condiciones generales oscuras, se resolverán a favor del adherente.

- se sanciona con la *nulidad* a las condiciones generales en cualquiera de estos dos supuestos: cuando contradigan en perjuicio del adherente las disposiciones previstas en la Ley, y cuando sean cláusulas abusivas, entendiendo por tales las recogidas en el art. 10 bis y en la Disposición Adicional Primera de la LGDCU.

El control efectivo de las condiciones generales de la contratación podrá efectuarse no sólo a través de la *acción individual* presentada por el directamente afectado con el objeto de pedir la declaración de nulidad de una o más cláusulas, sino también a través de una serie de *acciones colectivas* previstas en la nueva Ley. Estas acciones pueden ser ejercitadas por determinadas entidades mencionadas en el art. 16 (cabe destacar la referencia a las asociaciones de consumidores y usuarios), y son de tres tipos: la *acción de cesación* (que pretende eliminar de las condiciones generales las cláusulas que merecen la sanción de nulidad), la *acción de retractación* (que tiene por objeto obligar al demandado a retractarse de la recomendación de utilizar las cláusulas que se consideren nulas), y la *acción de reconocimiento* (que pretende que la sentencia declare que una determinada cláusula tiene el carácter de condición general de la contratación y que por lo tanto habrá de someterse a la LCGC).

Por último, cabe hacer referencia a otras dos disposiciones novedosas de la LCGC. Por un lado, se crea un Registro de condiciones generales de la contratación con el objeto de tener un control más estrecho sobre las mismas. Por otra parte, se establece la obligación de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles de advertir, en el ámbito de sus respectivas competencias, de la aplicabilidad de la LCGC<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Vid. en general sobre esta nueva Ley FUENTE NORIEGA, M., *Derechos...*, cit., pág. 181 y ss; REYES LÓPEZ, M. J., *Derecho de consumo*, cit., pág. 233 y ss; ESPIAU ESPIAU, S. (ed.), *Condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998 de 13 de abril*, op. cit.; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, op. cit.

La nueva LCGC ha dado además una nueva redacción al art. 10 de la LGDCU, introduciendo también un nuevo art. 10 bis. El primero de los artículos citados establece los tres requisitos básicos que han de cumplir "las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios": deben estar redactadas con claridad, concreción y sencillez; ha de entregarse al consumidor un documento acreditativo de la operación; y ha de existir buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo cual excluye la utilización de cláusulas abusivas. Este último tipo de cláusulas son definidas en el art. 10 bis como "todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato"<sup>22</sup>.

Como se puede apreciar, el legislador no sólo ha querido tutelar a los consumidores ante los abusos propios de las condiciones generales de la contratación, para lo cual ha promulgado la nueva LCGC, sino que además, mediante este nuevo art. 10 de la LGDCU, otorga protección frente a las denominadas "cláusulas no negociadas individualmente". Se trata en este último caso de todas aquellas cláusulas contractuales que, siendo predispuestas e impuestas por el oferente del bien o servicio, no poseen el requisito de generalidad inherente a las condiciones generales de la contratación, sino que están previstas tan sólo para un contrato concreto<sup>23</sup>. Para proteger al consumidor frente a estas cláusulas abusivas, el art. 10

---

<sup>22</sup> La DA1ª de la LGDCU recoge una larga enumeración de tales cláusulas abusivas, que son agrupadas en cinco categorías: cláusulas que vinculan el contrato a la voluntad del profesional, que suprimen derechos básicos del consumidor, que determinan una falta de reciprocidad entre las partes, las referidas a garantías, y por último, una quinta categoría que recoge supuestos de diversa índole.

<sup>23</sup> Cfr. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998...*, cit., pág. 67-77.

bis 2 de la LGDCU establece la nulidad de pleno derecho de las mismas, y concede al Juez facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario<sup>24</sup>.

### b.3. Fase posterior: el consumidor es protegido después de la formalización del contrato (art. 11)

La protección de los consumidores y usuarios en esta fase se articula con el objeto de asegurarles que los productos o servicios adquiridos son conformes con sus expectativas legítimas de utilización y carecen de defectos. Por ello se establece, en palabras de la Ley, un “régimen de comprobación, reclamación, garantía y posibilidad de renuncia o devolución” a favor del consumidor, que comprende diferentes aspectos.

---

<sup>24</sup> Esta duplicidad normativa a la hora de regular las cláusulas contractuales (LGDCU Y LCGC) presenta problemas de interpretación y aplicación que han sido denunciados por la doctrina; vid. una visión general de esta problemática en RODRÍGUEZ ARTIGAS, op. cit., pág. 82 y ss. Uno de los problemas más sobresalientes es que la protección legal se concede a distintos grupos de sujetos según la cláusula contractual de que se trate. Por lo que se refiere al colectivo de consumidores, no surge ningún problema porque reciben la protección otorgada por ambos cuerpos normativos: tanto por su ley propia (la LGDCU), como por la LCGC, cuyo art. 2 establece que los preceptos de esta ley son aplicables a cualquier adherente a unas condiciones generales de contratación, ya sea consumidor o profesional. Lo que ha criticado la doctrina, por lo tanto, es que cuando un conjunto de condiciones generales puedan catalogarse como abusivas, en tal caso sólo serán protegidos frente a ellas los consumidores, puesto que la sanción de nulidad aplicable a las cláusulas contractuales abusivas está prevista únicamente en la LGDCU (art. 10 bis 2, al cual se remite el art. 8 de la LCGC). De este modo, se ha argumentado la indefensión existente para los pequeños y medianos empresarios cuando le son impuestas condiciones generales de la contratación de carácter abusivo por parte de grandes empresas proveedoras. Vid. sobre esta problemática RODRÍGUEZ ARTIGAS, op. cit., pág. 86 y ss; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas*, cit., pág. 220-225; vid. también FUENTE NORIEGA, M., *Derechos...*, cit., pág. 187 y ss.

Antes de analizar la regulación contenida en la LGDCU, debe recordarse que en el CC, con referencia al contrato de compraventa, existe una garantía legal de saneamiento a cargo del vendedor. Esta garantía aparece regulada en los arts. 1484 a 1488 del Código, y consiste básicamente en la obligación del vendedor, incluso el de buena fe, de sanear los vicios o defectos ocultos de la cosa una vez ya entregada y en propiedad del comprador. El art. 1486 ofrece al adquirente la facultad de optar entre desistir del contrato, abonándosele lo que ha gastado, o rebajar una parte proporcional del precio; además, en el caso de que el vendedor hubiese actuado de mala fe, si el comprador opta por desistir del contrato podrá exigir a su vez una indemnización de daños y perjuicios.

Sin embargo, esta garantía tradicional no es idónea para la actual sociedad de consumo<sup>25</sup>; en primer lugar, porque al consumidor le interesa más el correcto funcionamiento del bien o servicio que obtener una rebaja de precio o una indemnización, y en segundo lugar, porque los actuales procesos de distribución determinan que el vendedor no sea el mismo que ha confeccionado el producto, de modo que el comprador no tiene ningún contacto con el verdadero responsable de los vicios ocultos. Éstas han sido las causas de que la LGDCU previera nuevas formas de garantía para el consumidor: la garantía comercial y el servicio posventa. No obstante, conviene no olvidar que debe realizarse una interpretación integradora de las disposiciones de la LGDCU y del CC, de tal modo que el nuevo régimen de garantía establecido por la Ley del consumidor no impide la aplicación, en su caso, de la normativa del CC<sup>26</sup>.

La **garantía comercial** se regula en los ap. 2 y 3 del art. 11 de la LGDCU. El productor o suministrador del bien o servicio deberá entregar un documento en el que se especifiquen los derechos del titular de la garantía, y que como mínimo serán: la

---

<sup>25</sup> Vid. sobre ello AVILÉS GARCÍA, J., *Derechos...*, cit., pág. 589-590.

<sup>26</sup> Vid. al respecto AVILÉS GARCÍA, op. cit., pág. 590-592.

reparación gratuita de los vicios o defectos originarios y los daños por ellos ocasionados; y, en el caso de que la reparación no fuera satisfactoria, el comprador tiene derecho a la sustitución del objeto adquirido por otro idéntico o a la devolución del precio.

La regulación de la garantía comercial que efectúa el art. 11 de la LGDCU aparece complementada por lo previsto en el art. 12 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista (LOCM). Esta última Ley concreta el plazo mínimo de garantía en el caso de los bienes de carácter duradero: seis meses a partir de la fecha de recepción del artículo, salvo cuando la naturaleza del mismo lo impidiera y sin perjuicio de las disposiciones relativas a bienes concretos<sup>27</sup>.

La doctrina ha señalado que, si bien la introducción de la garantía comercial obligatoria en el tráfico de bienes de carácter duradero supone un reforzamiento de la tutela del consumidor, no pueden obviarse los innegables riesgos que para él presenta. Así, suele ocurrir que los comerciantes al ofrecer sus productos o servicios presentan solamente esta garantía comercial, omitiendo cualquier referencia a la garantía legal de saneamiento establecida en el CC, que por supuesto pervive al lado de la anterior<sup>28</sup>. Es importante resaltar con respecto a este tema que incluso el pacto entre comerciante y consumidor con el fin de sustituir la garantía tradicional por la contenida en la LGDCU es válido únicamente si el consumidor resulta más favorecido que disfrutando de las dos clases de garantía. Además, también podemos encontrar que la formulación de la garantía comercial a veces presenta la misma problemática que el contrato mismo: generalmente se redacta mediante condiciones generales que pueden ser abusivas, y además, cabe imaginar la posibilidad de que tal garantía se publicite mediante declaraciones engañosas que perjudiquen al consumidor o al competidor. Ante estas situaciones expuestas, habría que tener en

---

<sup>27</sup> Vid. extensamente el contenido de la obligación de garantía y los bienes sobre los que recae (a los que la Ley se refiere en el ap. 2 del art. 11 como “bienes de naturaleza duradera”), AVILÉS GARCÍA, op. cit., pág. 593 y ss.

<sup>28</sup> Vid. GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios...*, cit., pág. 373-375.

cuenta los preceptos que regulan las condiciones generales de la contratación (art. 10 de la LGDCU) y las medidas a tomar en caso de publicidad engañosa (art. 8 de la LGDCU)<sup>29</sup>.

El servicio posventa se recoge en los ap. 4 y 5 de la LGDCU. Este servicio exige que el adquirente de bienes de naturaleza duradera pueda disponer de un adecuado servicio técnico y de los repuestos necesarios durante un plazo determinado. En relación con estos repuestos, la Ley prohíbe incrementar su precio al aplicarlos en las reparaciones y cargar por mano de obra, traslado o visita cantidades superiores a los costes medios estimados en cada sector. El art. 12 de la LOCM concreta estas disposiciones de la LGDCU sobre el servicio posventa, particularmente en lo referente a los sujetos garantizadores y a los plazos. Así, por un lado, la Ley establece que tales sujetos serán el productor y, en su defecto, el importador<sup>30</sup>; por otro lado, en cuanto a los plazos, se determina que el suministro de piezas de repuesto debe garantizarse durante un plazo mínimo de cinco años a partir de la fecha en que deje de fabricarse el producto, y se prevé también que la acción o derecho de recuperación de los géneros entregados por el consumidor al comerciante para su reparación prescribirá a los tres años contados desde su entrega<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Cfr. REYES LÓPEZ, M.J., *Derecho de consumo*, cit., pág. 338-339.

<sup>30</sup> Es destacable que el vendedor aparece exento de esta obligación de garantía; sin embargo, la Jurisprudencia frecuentemente no atiende a quién es el realmente obligado a prestar tal garantía, y suele condenar solidariamente a todos los profesionales integrantes de la cadena de producción y venta; vid. DÍAZ ALABART, S., *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria* (Piñar Mañas / Beltrán Sánchez, dir.), Civitas 1997, pág. 118-119.

<sup>31</sup> La regulación general que la LGDCU y la LOCM contienen sobre el servicio posventa aparece complementada por otras normas como el R.D. 1475/1986 sobre protección del usuario en las reparaciones efectuadas por los talleres de vehículos automóviles y el R.D. 58/1988 sobre los servicios de asistencia técnica de aparatos de uso doméstico.

#### b.4. Especial referencia a otras Leyes que protegen los intereses económicos y sociales de los consumidores

Además del Capítulo comentado de la Ley del Consumidor, existen Leyes específicas que regulan determinados aspectos de la contratación con consumidores y usuarios con el fin de velar por sus intereses económicos y sociales.

Una de las normas recientes más destacadas en este ámbito es la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, que tiene por objeto incorporar la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 87/102/CEE, 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, y su posterior modificación por la Directiva 90/88/CEE, de 22 de febrero de 1990. Como indica su art. 1, esta Ley se aplicará a "los contratos en que una persona física o jurídica en el ejercicio de su actividad, profesión u oficio, en adelante empresario, concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación, para satisfacer necesidades personales al margen de su actividad empresarial o profesional".

La Ley recoge dos supuestos diferentes de concesión de crédito al consumo. En primer lugar, estaría el caso en que el propio empresario proveedor de bienes y servicios al consumidor sea el que le concede crédito en forma de pago aplazado, de modo que tal crédito nace del propio contrato de adquisición del bien o servicio. En segundo lugar estaría la hipótesis de que, para celebrar un contrato de adquisición de un producto o servicio, el empresario exige al consumidor que previamente obtenga un crédito por parte de un tercero; de esta forma existirán dos contratos: el "contrato de consumo" celebrado con el empresario y el "contrato de crédito" celebrado con el



tercero, que generalmente será una entidad de crédito o un establecimiento financiero de crédito<sup>32</sup>.

Para lograr una defensa efectiva de los consumidores, se pretende el ofrecimiento de una *información completa* a los mismos; por esta causa, se establece la obligación de que los contratos sometidos a la Ley se harán por escrito, y tendrán unos contenidos mínimos, como por ejemplo la relación de los pagos a efectuar o la explicitación de los distintos componentes del coste total del crédito. Desde otra perspectiva, la Ley protege al consumidor al establecer en su art. 14 que "la eficacia de los contratos de consumo, en los que se establezca expresamente que la operación incluye la obtención de un crédito de financiación, quedará condicionada a la efectiva obtención de ese crédito". En este sentido, se declaran *nulos* los pactos por los que el consumidor, en caso de no obtener el crédito, se obligue al pago al contado o en otra forma diversa; además, se tendrán por no puestas las cláusulas en las que el proveedor exija que el crédito sea otorgado por un determinado concedente. Como establece el art. 5 de la Ley, el incumplimiento de las disposiciones en ella previstas será sancionado como infracción en materia de consumo<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Vid. SÁNCHEZ CALERO, F., *Principios de Derecho mercantil*, McGrawHill, Madrid 2000, pág. 451-452; PETIT LAVALL, M. V., *La protección del consumidor de crédito: las condiciones abusivas de crédito*, Tirant lo Blanch 1996, pág. 43-48.

<sup>33</sup> La Ley contiene otras muchas disposiciones que pretenden tutelar al consumidor; así, por ejemplo, el art. 8 establece una serie de cautelas a la hora de modificar el coste total del crédito, de modo que no redunde en un perjuicio del prestatario; el art. 10 concede al consumidor el derecho de reembolsar anticipadamente el préstamo concedido; el art. 17 establece las menciones obligatorias que debe contener la publicidad sobre ofertas de crédito, etc; vid. una exposición completa y sucinta de sus disposiciones en MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., *Derechos...*, cit., pág. 305 y ss. En su conjunto, la regulación contenida en esta Ley resulta beneficiosa para el consumidor, si bien algún autor reclama la creación de un organismo y un procedimiento específicos que resuelvan las cuestiones suscitadas en este ámbito, con el fin de evitar la excesiva lentitud de los Tribunales; vid. SERRA MALLOL, A. J., *Ley de Crédito al Consumo (Ley 7/1995, de 23 de marzo): un examen de su regulación*, en *Revista General del Derecho*, 1995, pág. 6353.

En segundo lugar, cabe destacar la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre protección de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, que incorpora al Derecho español la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 87/577, de 20 de diciembre, sobre la misma materia. Como manifiesta la Exposición de Motivos de la Ley, resulta necesario tutelar al consumidor en este tipo de contratos porque tal forma de contratación supone indiscutiblemente un predominio de la parte empresarial, que es quien toma la iniciativa, mientras que el consumidor interpelado se encuentra con la inexistencia de elementos de comparación que le permitan evaluar las características de la oferta y detectar la presencia de prácticas abusivas. Si bien es loable la intención de esta Ley, cabe formular dos críticas en torno al ámbito de protección que ésta otorga puesto que, como ahora se verá, el concepto de "contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil" manejado por la Ley frustra en determinadas ocasiones el logro de una eficaz protección del consumidor.

Por una parte, la Ley se basa en una Directiva pensada fundamentalmente para los supuestos de ventas a domicilio, con lo cual contiene una regulación deficiente con respecto a otro tipo de contratos, como por ejemplo los relativos a la prestación de un servicio<sup>34</sup>. Sin embargo, por otro lado se ha señalado que se produce una ampliación innecesaria de tal concepto, ya que la especial tutela del consumidor se busca sólo en los supuestos en que es abordado inesperadamente por la iniciativa de un empresario, y no se halla en condiciones de sopesar los pros y los contras del contrato que se le ofrece; por lo tanto, aunque el consumidor celebre un contrato fuera del establecimiento mercantil, no tiene sentido otorgarle una especial tutela si no se dan las mencionadas circunstancias<sup>35</sup>. Precisamente a esta última conclusión

---

<sup>34</sup> Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F., *Principios de Derecho mercantil*, cit., pág. 397-398. De todos modos debe hacerse notar que, en beneficio del consumidor, la tutela legal no sólo abarca los supuestos en que se ha celebrado efectivamente el contrato, sino también las simples ofertas de contrato que se realizan en las mismas circunstancias.

<sup>35</sup> Esto se aprecia muy claramente, por ejemplo, en los contratos celebrados en ferias, exposiciones, etc. que, si bien se realizan fuera del establecimiento mercantil, es

llega algún otro autor efectuando una interpretación conjunta de los tres apartados del art. 1 de la Ley, en el que se establece el ámbito objetivo de protección de esta norma<sup>36</sup>.

En conclusión, los supuestos en que verdaderamente debe tutelarse específicamente al consumidor son aquellos en los que se emplean técnicas de acoso que inciden directamente sobre la formación de su consentimiento en el contrato, es decir, ante la presencia de aquellas prácticas del empresario tendentes a sorprender a un consumidor ajeno a la posible realización de un contrato, y a obtener seguidamente una declaración de voluntad contractual que no ha sido suficientemente madurada<sup>37</sup>.

Como consecuencia lógica de las particularidades que reviste la contratación fuera del establecimiento mercantil, la tutela más eficaz del consumidor se articula a través de la concesión del llamado "*derecho de arrepentimiento*". Este derecho consiste en la facultad que tiene el consumidor, en un plazo de siete días tras haber recibido la prestación, de revocar su declaración de voluntad de concluir el contrato, sin necesidad de alegar causa alguna; una vez ejercitado tal derecho, las partes deben restituirse recíprocamente las prestaciones sin que se produzca gasto alguno para el consumidor<sup>38</sup>.

---

perfectamente posible que sea el propio consumidor quien voluntariamente tome la iniciativa de celebrar el contrato, de modo que no existe ningún fundamento para otorgar una tutela especial si realmente tal contrato se ha celebrado en circunstancias análogas a las que se darían en el propio establecimiento mercantil; vid. VERGEZ, M., *Configuración y régimen jurídico de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (Análisis de la Ley nº 26/1991 de 21 de noviembre)*, en Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Prof. Broseta Pont (AAVV), Tirant lo Blanch, Valencia 1995, Tomo III, pág. 4022-4024.

<sup>36</sup> Vid. MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., *Derechos...*, cit., pág. 287.

<sup>37</sup> Vid. VERGEZ, M., *Configuración y régimen jurídico de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles*, cit., pág. 4027-4029; MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., *Derechos...*, cit., pág. 287-288.

<sup>38</sup> Como se ha dicho antes, esta facultad de revocación se ve a todas luces inadecuada en los supuestos de contratación de un servicio, no sólo por la dificultad de restitución del

Por último, pueden mencionarse algunas normas que pretenden proteger al consumidor y al usuario en algunos sectores específicos: así, cabe citar la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre **venta de bienes muebles a plazos**, modificada por la Ley 6/1990, de 2 de julio; la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre **percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas**; y el R.D. 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la **información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas**. Finalmente, debe mencionarse también la Ley 16/1989, de 17 de julio, de **defensa de la competencia**, y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de **competencia desleal**, puesto que ambas normas, al tratar de garantizar la existencia de un mercado donde la concurrencia entre los diversos oferentes se ejercite libremente y de forma transparente, de modo que no se conformen monopolios mediante prácticas desleales, se protege a su vez a los consumidores puesto que éstos se verían perjudicados por la conformación de estas situaciones monopolísticas que provocarían un alza indiscriminada de los precios y unas condiciones abusivas de contratación.

*c) Derecho de información correcta sobre los diferentes productos o servicios, y de educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute*

---

mismo por parte del consumidor, sino también porque generalmente el servicio es facilitado por el empresario justo después de la conclusión del contrato, sin que exista un lapso de tiempo en el que el consumidor pueda ejercitar su derecho de revocación. Realmente, quizás hubiera sido más fácil y más conveniente para el consumidor articular su protección no mediante un derecho de revocación, sino llegando a impedir ya en un principio la fase de ejecución del contrato (la entrega del producto o servicio); vid. VERGEZ, op. cit., pág. 4033. Vid. también sobre este derecho de revocación, citando sentencias que declaran su aplicación, MORENO-LUQUE CASARIEGO, op. cit., pág. 298 y ss.

El art. 13 de la LGDCU prescribe que todo producto o servicio deberá incorporar o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales. La Ley establece las menciones mínimas que debe incluir esta información, remitiéndose a los Reglamentos de etiquetado, presentación y publicidad y a otras disposiciones específicas para determinar las exigencias concretas en relación con cada producto o servicio.

La obtención de una información exacta, completa y comprensible por parte del consumidor constituye uno de los medios más eficaces para lograr una protección efectiva del consumidor y evitar ya desde un principio la producción de daños en su salud o su patrimonio, ya que este derecho de información abarca tanto la fase previa como la posterior a la celebración de un contrato con un consumidor. Así, no sólo se busca proteger al consumidor en la fase de formación de su consentimiento dirigido a la contratación (vertiente precontractual del derecho de información), sino que también se pretende que adquiriera un conocimiento integral de las condiciones de utilización del producto o servicio adquirido (vertiente contractual del derecho a la información).

**La información precontractual**, como su propio nombre indica, está dirigida a transmitir al consumidor el conocimiento necesario para poder prestar un consentimiento libre y meditado a la hora de contratar la adquisición de un bien o servicio<sup>39</sup>. Es muy importante no confundir esta información precontractual con la publicidad, ya que si bien ambas constituyen comunicaciones informativas previas al contrato, poseen un carácter bien diferente. La publicidad ofrece información, no

---

<sup>39</sup> Esta obligación de información precontractual trata de equilibrar la desigualdad de conocimientos entre el consumidor y el suministrador del bien o servicio; así, se busca facilitar el acceso del consumidor a todas las condiciones reales del producto o servicio que le interesa y de la operación en sí misma considerada, ya que sólo de este modo su consentimiento contractual podrá formarse libre, clara y reflexivamente; vid. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *Introducción al Derecho de los títulos-valores y de las obligaciones mercantiles*, cit., pág. 590-591.

siempre completa y objetiva, con la intención de incitar al público en general a contratar un producto o servicio; en cambio, la información precontractual a que se refiere el art. 13, que sí ha de tener carácter objetivo, debe ser comunicada obligatoriamente por todo suministrador de productos o servicios a todos los sujetos directamente interesados en la adquisición de los mismos. Se trata, pues, de uno de los actos previos o preliminares a cualquier contratación; en concreto, se exige poner en conocimiento del adquirente todos los extremos mencionados en el art. 13.1 de la Ley con el objeto de que su consentimiento en el contrato de un bien o servicio sea emitido con total conciencia de lo que está adquiriendo<sup>40</sup>.

A mayores de esta obligación de información precontractual, también existe un **deber de informar al consumidor en la fase de ejecución del contrato**. Su contenido sería todo lo relativo al modo de empleo del producto o servicio adquirido junto con las instrucciones necesarias para evitar riesgos derivados de su uso.

En cuanto a las posibles formas en que se pueden presentar ambos tipos de información, podemos distinguir las siguientes: *etiquetado, folletos o prospectos que acompañan a los productos, carteles y documentos contractuales*. Hay que poner de relieve que en la mayor parte de los casos los dos tipos de información mencionados no se hallan claramente delimitados; por ejemplo, en el supuesto de un producto adquirido en un supermercado, tanto la información precontractual, relativa a las características esenciales del mismo, como la información contractual sobre las instrucciones de uso y posibles riesgos, están contenidas conjuntamente en la propia etiqueta del producto.

El principal problema que deja sin resolver la LGDCU es el relativo a quiénes son las personas obligadas a facilitar esta información, cuestión realmente importante si tenemos en cuenta que estos sujetos serán los legitimados pasivamente en las acciones que puede ejercitar el consumidor ante la carencia o los defectos de tales informaciones. La doctrina está de acuerdo en que el principal obligado ha de ser

---

<sup>40</sup> Vid. ORTI VALLEJO, A., *Comentarios...*, cit., pág. 409-410.

siempre el *fabricante*, excepto en relación con los productos importados, ya que en estos casos el directamente obligado es el *importador*.

Nos encontramos aquí con el problema de una hipotética responsabilidad de los distribuidores; en un principio, sería excesivo exigirles la comunicación de esta información obligatoria al consumidor, ya que les llevaría a tener que estar en constante relación con el fabricante para conocer todas las características de los bienes y servicios que distribuyen. De todos modos hay que tener en cuenta que el art. 27 de la LGDCU, al regular la responsabilidad por los daños y perjuicios causados al consumidor a causa del uso de productos y servicios, nombra como sujetos responsables al “fabricante, importador, vendedor o suministrador”. La solución más acertada sería considerar que el *distribuidor* también está sujeto a responsabilidad, pero sólo subsidiariamente, en el caso de que ni el fabricante ni el importador puedan ser localizados<sup>41</sup>.

Por último, debe hacerse referencia a las acciones que puede ejercitar el consumidor contra estos sujetos ante la falta o el defecto de la información debida. En relación con la información precontractual, por un lado cabría la *acción de nulidad* del contrato, siempre que el defecto de información haya sido determinante de la prestación de su consentimiento, y por otro lado podría exigirse la *efectiva prestación* de todo el contenido informativo expresado. Refiriéndonos a la información contractual, siempre que su defecto haya dado lugar a un uso incorrecto del producto o servicio por parte del consumidor, éste tendrá derecho al *resarcimiento de los daños causados*<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Vid. con carácter general sobre este deber de información ORTÍ VALLEJO, op. cit.; MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., *Derechos...*, cit., pág. 125 y ss.

<sup>42</sup> Cfr. ORTI VALLEJO, op. cit., pág. 419-423.

Al margen de este deber de información, la **LGDCU también atribuye a los poderes públicos la obligación de informar a los consumidores y usuarios**. La labor de información que éstos realizan se lleva a cabo principalmente a través de las oficinas y servicios de información al consumidor y de los medios de comunicación de titularidad pública.

Las **Oficinas de Información al Consumidor o Usuario** no sólo son de titularidad pública, sino que también las hay de carácter privado, dependientes de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios. De la lectura del art. 14 se pueden deducir cuatro tipos de funciones generales comunes a ambos tipos de oficinas de información al consumidor<sup>43</sup>:

- La información, ayuda y orientación a los consumidores para el adecuado ejercicio de sus derechos. Esta función abarca dos aspectos: por una parte, la atención individualizada a los consumidores que acuden a las oficinas para hacer consultas particulares; por otra parte, la emisión de información general al público a través de campañas y actuaciones programadas de control de calidad.

Las oficinas públicas de información al consumidor tienen, además, unas funciones específicas que les asigna la LGDCU en sus art. 15 a 17. En primer lugar, la Ley les concede la facultad de recabar de los Organismos públicos cualquier información necesaria para el desarrollo de su actividad, y les obliga a facilitar a los consumidores una serie de datos que vienen especificados en el precepto<sup>44</sup>. En segundo lugar, también se les da la facultad de, una vez realizados concretos estudios o controles de calidad, facilitar los resultados de los mismos en Centros públicos o privados oficialmente reconocidos e incluso reproducirlos en los medios de

---

<sup>43</sup> Vid. FONT Y LLOVET, T. / PERDIGO I SOLA, J., *Comentarios...*, cit., pág. 436-445.

<sup>44</sup> Tales datos han de ser como mínimo los siguientes: las autorizaciones y registros de productos y servicios; la relación de productos y servicios que se encuentran suspendidos o prohibidos por su riesgo para las personas; las sanciones firmes impuestas por infracciones relacionadas con los derechos de los consumidores y usuarios; y la regulación de precios y condiciones de los productos o servicios de uso común y generalizado.



comunicación en determinados supuestos<sup>45</sup>. Por último, la Ley obliga a los medios de comunicación social de titularidad pública a dedicar programas no publicitarios a la información y educación de los consumidores y usuarios, en los cuales se ha de permitir la participación de las asociaciones de consumidores.

- La recepción, registro y acuse de recibo de quejas y reclamaciones.

- La defensa y protección de los consumidores y usuarios. Si bien puede entenderse que ésta es la finalidad en general de todas las oficinas de información al consumidor, su mención específica en el ap. d) del art. 14 puede entenderse con referencia a una actividad más concreta que deben realizar estas oficinas: el asesoramiento legal prestado al consumidor o usuario respecto a supuestos concretos relacionados con empresas y demás entidades públicas o privadas que hayan incumplido sus obligaciones.

- La educación y formación en materia de consumo. Se trata de que las mencionadas oficinas elaboren campañas y cursillos dirigidos a los consumidores, a los empresarios y también a los educadores.

Además del derecho de los consumidores y usuarios a obtener información del modo que se acaba de describir, la LGDCU también establece el **derecho a recibir educación y formación en materia de consumo**. Los objetivos que se pretenden conseguir facilitando esta formación aparecen en el art. 18 de la Ley y, según la doctrina<sup>46</sup>, básicamente se buscan dos finalidades: por un lado, conseguir que el consumidor posea en el momento de realizar un acto de consumo unos

---

<sup>45</sup> En realidad, no existe una razón de peso que fundamente el diverso tratamiento de difusión de los resultados de tales estudios, estableciendo un régimen más estricto cuando se trata de reproducirlos en los medios de comunicación. Tal previsión no tiene sentido si nos damos cuenta, como manifiestan FONT I LLOVET / PERDIGO I SOLA, op. cit., pág. 455 y 457, que un particular o una entidad privada que obtienen fácilmente esa información podrían publicarla sin someterse a los controles previstos en el art. 16 de la LGDCU.

<sup>46</sup> Vid. REYES LÓPEZ, M.J., *Nociones...*, cit., pág. 208 - 210.

conocimientos suficientes sobre sus derechos, los riesgos que se pueden derivar del consumo de determinados productos, etc., y por otro lado, concienciar al consumidor sobre el auténtico significado del consumo, y sobre la necesidad de ponerlo en relación con cuestiones tan importantes como el medio ambiente o el aprovechamiento racional de los recursos naturales. El legislador establece como medio para ofrecer esta educación la incorporación en el sistema educativo de contenidos en materia de consumo, así como la formación del personal de los Organismos, Corporaciones y Entidades relacionados con la aplicación de la LGDCU.

*d) Derecho a la audiencia en consulta de los consumidores y usuarios, a la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y a la representación de sus intereses, todo ello a través de las asociaciones, agrupaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas*

Los tres derechos que la LGDCU recoge en su Capítulo VI (representación, consulta y participación) podrán ser ejercitados por los consumidores a través de las Asociaciones de consumidores y usuarios, las cuales tienen como finalidad, según el art. 20 de la Ley, “la defensa de los intereses, incluyendo la información y educación de los consumidores y usuarios”. Se trata de asociaciones de carácter privado, ya que su creación depende únicamente de la autonomía de voluntad de sus miembros, que son lógicamente consumidores y usuarios que se unen para la defensa de sus intereses comunes. El modo en que estas asociaciones articulan la participación y la representación de sus miembros estará regulado por los Estatutos de las mismas, así como todo lo relativo a su régimen de funcionamiento. De todos modos, la LGDCU establece algunas de las funciones que pueden desempeñar las **asociaciones de consumidores y usuarios**:

- en primer lugar, pueden ejercer las *acciones correspondientes en defensa de sus miembros*, de la propia asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios (aquí se incluirían, por ejemplo, las acciones de cese o rectificación de la publicidad ilícita, las acciones para pedir la retirada del mercado de productos defectuosos y la compensación por los daños que han producido, etc.).

Esta previsión de la LGDCU se ha visto reforzada por la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que en su art. 11 contempla expresamente la legitimación de las asociaciones de consumidores “para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios”. Asimismo, es destacable que el ap. 3 de dicho artículo dispone que “cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas”. En relación con este asunto también hay que señalar la importancia del precedente jurisprudencial que supone la STS de 26-9-1997: en esta sentencia sobre el caso del aceite de colza el TS reconoció la legitimación activa de la Organización de consumidores y usuarios para representar los intereses de todos los consumidores afectados por el aceite envenenado; concretamente, se admitió que la OCU pudiese solicitar indemnizaciones para todos los afectados por el aceite tóxico, incluso aunque no fueran miembros de dicha asociación ni hubieran actuado como acusadores particulares.

- en segundo lugar, se establece que “las Asociaciones de consumidores y usuarios serán *oídas, en consulta*, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general relativas a materias que afecten directamente a los consumidores y usuarios”. Esta audiencia en consulta será obligatoria en determinados supuestos especificados por la Ley, como por ejemplo en el supuesto

de elaboración de condiciones generales de los contratos de empresas que prestan servicios públicos en régimen de monopolio<sup>47</sup>.

*e) Derecho de indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos por los consumidores y usuarios*

Para hacer efectivo este derecho la Ley establece un sistema de atribución de responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados por el consumo o utilización de productos y servicios, salvo que tales daños se hayan causado por culpa exclusiva de los propios consumidores o de las personas por las que éstos deban responder civilmente. Sin embargo, hay que tener en cuenta que con posterioridad a la LGDCU se promulgó la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, para adaptar al Derecho español la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, sobre la misma materia.

La DF1ª de esta Ley prescribe la inaplicabilidad de los arts. 25 a 28 de la Ley del Consumidor en relación con los productos defectuosos, de modo que tales preceptos sólo serán aplicables a la responsabilidad civil por perjuicios causados por servicios defectuosos, por bienes inmuebles, por productos defectuosos cuando la cuantía del daño no alcance el mínimo de 65.000 pts impuesto por la Ley 22/94, y por todo aquel producto que no pueda integrarse en la definición ofrecida por el art. 2 de la Ley 22/94: “1. A los efectos de esta Ley, se entiende por producto todo bien mueble, aun cuando se encuentre unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, excepto las materias primas agrarias y ganaderas y los productos de caza y pesca que no hayan sufrido transformación inicial. 2. Se consideran productos el gas y la electricidad”. Hay que advertir que ya no puede considerarse vigente la

---

<sup>47</sup> Sobre las Asociaciones de consumidores y usuarios, vid. MARÍN LÓPEZ, J.J., *Comentarios...*, cit., pág. 516 y ss; FERNÁNDEZ GIMÉNEZ, J.P., *Nociones...*, cit., pág. 215-225.

exclusión del ámbito de esta Ley de las materias primas y productos de caza y pesca; esto se debe a que la Directiva 1999/34/CE ha modificado el art. 2 de la anterior Directiva 85/374/CEE, suprimiendo la mencionada exclusión e impidiendo que los Estados miembros excluyan a tales productos del ámbito de protección de sus leyes nacionales sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos<sup>48</sup>.

En cuanto al régimen establecido por la LGDCU, una parte de la doctrina y la jurisprudencia considera que sus arts. 26 y 27 presentan un sistema de responsabilidad de carácter subjetivo con inversión de la carga de la prueba a favor del perjudicado (según el art. 27.2, es una responsabilidad de carácter solidario que afecta al productor, importador, suministrador o vendedor del bien o servicio), mientras que el art. 28 contempla una responsabilidad de carácter objetivo, que prescinde de la existencia de culpa, bastando con probar que se ha producido un daño y que existe un nexo causal entre este daño y el producto o servicio suministrado<sup>49</sup>. Esta conclusión se obtiene de la simple lectura de los preceptos en cuestión: así, el art. 26 exime de responsabilidad al productor, importador, vendedor o suministrador si prueba que ha actuado con la diligencia debida; por lo tanto, esta inversión de la carga de la prueba a favor del consumidor demuestra que el precepto parte de una presunción de culpa en el sujeto causante del daño. Por otra parte el art. 28, al comenzar con la expresión “no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores”, da a entender que establece un sistema de responsabilidad diverso al contenido en las

---

<sup>48</sup> Vid. sobre esta modificación GARCÍA GARCÍA, L.M., *Derechos...*, cit., pág. 848 y 860; vid. también RODRÍGUEZ CARRIÓN, J.L., *La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, Revista General de Derecho, Valencia 2000, pág. 62 y ss.

<sup>49</sup> Vid. PARRA LUCÁN, M. A., *Daños por productos y protección del consumidor*, Bosch 1990, pág. 376 y ss; GARCÍA GARCÍA, L.M., *Derechos...*, cit., pág. 820 y ss; vid. una selección de la jurisprudencia en la materia en ÁLVAREZ LATA / BUSTO LAGO / PEÑA LÓPEZ / ROVIRA SUEIRO, *Normas reguladoras de la responsabilidad civil, concordadas y anotadas jurisprudencialmente*, Comares, Granada 1998, pág. 347 y ss.

disposiciones precedentes, y si éstos prescriben una responsabilidad subjetiva, entonces el art. 28 establecerá un sistema de responsabilidad objetiva.

Así, de acuerdo con el régimen general del art. 26, el demandante (que será el consumidor) sólo deberá alegar y probar que el producto era defectuoso y que le causó un daño, sin que sea necesario que pruebe la culpa del causante del daño; sin embargo, el demandado podrá liberarse de responsabilidad si prueba que ha cumplido todos los requisitos reglamentariamente exigidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto o servicio. En cambio, el régimen establecido por el art. 28 para determinados supuestos exige simplemente que el consumidor pruebe que el daño causado se originó en el correcto uso o consumo del bien o servicio, y una vez probado este extremo, al demandado le será imposible eximirse de responsabilidad aunque pruebe que cumplió todos los requisitos exigidos normativamente.

Sin embargo, hay que destacar que existe un sector doctrinal de opinión contraria, que considera que en el *art. 27* también tiene cabida el régimen de **responsabilidad objetiva**<sup>50</sup>.

El alcance de la responsabilidad del causante del daño abarca todo tipo de daños y perjuicios producidos, estableciéndose como límite máximo en el art. 28.3 la cantidad de 500 millones de pesetas; y se considera que no sólo se incluyen los daños materiales, sino también los daños morales<sup>51</sup>. Como añadidura a esta indemnización por los perjuicios causados por el producto o servicio mismo, el art. 29 reconoce el derecho del consumidor o usuario a una compensación por los daños contractuales y

---

<sup>50</sup> Vid. GÓMEZ LAPLAZA, M.C. / DÍAZ ALABART, S., *Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, cit., marg. 520; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios...*, cit., pág. 663; del mismo, *La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios*, en Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores, cit., pág. 243; REYES LÓPEZ, M.J., *Nociones...*, cit., pág. 263 y ss; de la misma, *Derecho de consumo*, cit., pág. 353.

<sup>51</sup> Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios...*, cit., pág. 686; REYES LÓPEZ, M.J., *Nociones...*, cit., pág. 271; GARCÍA GARCÍA, L.M., *Derechos...*, cit., pág. 818.

extracontractuales causados durante el tiempo que transcurra entre la declaración judicial de responsabilidad hasta su pago efectivo. A pesar de que en principio nos encontramos con regímenes de responsabilidad de distinta naturaleza (uno de carácter subjetivo y otro de carácter objetivo), en la práctica no se va a manifestar una gran diversidad de tratamiento entre los supuestos que se puedan presentar: por un lado, porque la Ley 22/94 sustituye en numerosos supuestos a la regulación de la Ley del Consumidor; y por otro lado, porque el ámbito del art. 28 es tan amplio que se pueden reconducir a él la mayor parte de los casos de responsabilidad por daños y perjuicios<sup>52</sup>. Además, hay que tener en cuenta que el art. 27.1 de la Ley, al establecer el régimen de responsabilidad, advierte que tal régimen será aplicable “sin perjuicio de lo que resulte más favorable al consumidor o usuario”. Este inciso da a entender que, en caso de existencia de reglamentaciones particulares más beneficiosas, el consumidor podría acogerse a ellas.

Por último, se prevé la posibilidad de que el Gobierno establezca un sistema de seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de los daños causados por productos o servicios defectuosos, y también un sistema arbitral que resuelva con carácter vinculante las reclamaciones de los consumidores y usuarios (su regulación específica se contiene en el R.D. 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el sistema arbitral de consumo)<sup>53</sup>.

Como ya se ha indicado anteriormente, la mayor parte de los supuestos de responsabilidad del productor o suministrador caen bajo el ámbito de la **Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos**

---

<sup>52</sup> Cf. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios...*, cit., pág. 666; REYES LÓPEZ, M.J., *Derecho de consumo*, cit., pág. 350.

<sup>53</sup> Sobre el sistema arbitral de consumo, vid. CASAS VALLES, R., *Comentarios...*, cit., pág. 763 y ss; FERNÁNDEZ GIMÉNEZ, J.P., *Nociones...*, cit., pág. 279 y ss; ABELLÁN TOLOSA, L., *Derecho de consumo*, cit., pág. 490 y ss.

**defectuosos.** El ámbito de aplicación de esta Ley abarca los daños producidos por cualquier producto defectuoso, el cual es definido en el art. 3 como “aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación”, y también será defectuoso aquél que “no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie”<sup>54</sup>.

El sistema de **responsabilidad** que prevé la Ley es de naturaleza **cuasi-objetiva**: el punto de partida es el art. 1, que establece que “los fabricantes y los importadores serán responsables, conforme a lo dispuesto en esta Ley, de los daños causados por defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen”; como se puede apreciar, no se hace ninguna referencia a la existencia de culpa, con lo cual se presenta una responsabilidad de naturaleza claramente objetiva. Sin embargo, es considerada como cuasi-objetiva porque la propia Ley prevé una enumeración de *supuestos tasados de exoneración de responsabilidad*<sup>55</sup>. Se establece como requisito para hacer efectiva esta responsabilidad la prueba, por parte del perjudicado, del defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> Vid. sobre el sistema de responsabilidad civil por productos defectuosos articulado en ambas leyes las recientes obras: DE LA VEGA GARCÍA, F.L., *Responsabilidad civil derivada del producto defectuoso: un estudio de la Ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil*, Civitas 1998; JIMÉNEZ LIÉBANA, D., *Responsabilidad civil: daños causados por productos defectuosos*, McGrawHill 1998.

<sup>55</sup> Cf. GARCÍA GARCÍA, L.M., *Derechos...*, cit., pág. 870 y ss; RODRÍGUEZ CARRIÓN, J.L., *La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, cit., pág. 101 y ss; REYES LÓPEZ, M. J., *Nociones...*, cit., pág. 273; SOTOMAYOR GRIPPINI, J. M., *La nueva Ley sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, en *Revista Española de Seguros* 1994, nº 79, pág. 73.

<sup>56</sup> No debe considerarse que esta regulación de la prueba resulta perjudicial para el perjudicado por el producto defectuoso. En efecto, lo que se ha de probar es la existencia del defecto, la existencia del daño y la relación de causalidad entre ambos, pero no se exige probar que el defecto existía cuando el producto se puso en circulación, ni tampoco se pide la prueba de la culpa del productor. Además, incluso es posible encontrar decisiones jurisprudenciales aún más benévolas que la norma, presumiendo la existencia del defecto



Entre estas causas de exoneración (art. 6 de la Ley) merece una especial referencia la quinta y última de ellas, que permite la exención de responsabilidad si se prueba “que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto”. Nos encontramos aquí ante los conocidos “*riesgos del desarrollo*”, que no generarán responsabilidad alguna para el fabricante: es decir, si prueba que en el momento de fabricación del producto el estado de la ciencia y de la técnica no podían detectar el defecto causante del daño, no será responsable por los perjuicios causados a los consumidores. De todos modos, el ap. 3 del art. 6 prescribe que esta causa de exoneración no será aplicable “en el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano”<sup>57</sup>.

Los sujetos responsables del daño serán, según los casos, los fabricantes, importadores, vendedores o suministradores del producto defectuoso. Como particularidades hay que destacar, en primer lugar, que la responsabilidad del importador es subsidiaria respecto a la del fabricante, ya que es exigible únicamente cuando el bien importado provenga de un fabricante no comunitario (art. 4.2 de la Ley)<sup>58</sup>. Por otra parte, el suministrador también tiene una responsabilidad de

---

cuando se ha constatado el daño; vid. GÓMEZ LAPLAZA / DÍAZ ALABART, *Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, cit., marg. 534; LOIS CABALLÉ, A.I., *La responsabilidad del fabricante por los defectos de sus productos*, Tecnos 1996, pág. 200.

<sup>57</sup> Vid. sobre los riesgos del desarrollo RODRÍGUEZ CARRIÓN, J.L., *La responsabilidad civil por los daños...*, cit., pág. 216 ss; PRADA ALONSO, J., *Protección del consumidor y responsabilidad civil*, Marcial Pons 1998, pág. 154 y ss; REYES LÓPEZ, M.J., *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante. Otro supuesto de responsabilidad civil especial: la del fabricante por productos defectuosos. (Análisis de la Ley 22/1994, de 6 de julio). Cuestiones materiales y procesales. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia 1998; pág. 217 y ss; PARRA LUCÁN, M.A., *Notas a la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, en AC 1995-4, marg. 745 y ss; GÓMEZ LAPLAZA / DÍAZ ALABART, *Responsabilidad civil por los daños...*, cit., marg. 536 y ss.

<sup>58</sup> Cfr. GARCÍA GARCÍA, L.M., *Derechos...*, cit., pág. 854-855; REYES LÓPEZ,

naturaleza subsidiaria, ya que sólo le será exigible cuando el fabricante no pueda ser identificado (art. 4.3)<sup>59</sup>. Finalmente, el art. 7 declara la solidaridad entre todas las personas que, conforme a los preceptos de la propia Ley, resulten responsables del daño causado por el producto defectuoso<sup>60</sup>.

Es de resaltar en esta nueva Ley que el límite total de la responsabilidad es mucho más alto que el previsto por la LGDCU, puesto que aquí alcanza los 10.500.000.000 pts. También cabe destacar como particularidad de esta Ley el hecho de que los sujetos protegidos son, tal y como dice su Exposición de Motivos, "los perjudicados por el producto defectuoso, con independencia de que tengan o no la condición de consumidores en sentido estricto"; además, cabe destacar que la definición de producto que ofrece el art. 2 de la Ley no exige un consumo privado del mismo. Esta decisión se debe a que la Ley 22/94 pretende establecer un régimen de responsabilidad uniforme en el ámbito de los daños causados por productos defectuosos, protegiendo por igual a las víctimas que sufren tales perjuicios; así, resultan cubiertos los consumidores y usuarios finales, los profesionales que sufran daños derivados del uso de productos, e incluso terceros ajenos al disfrute del producto que resultan perjudicados por su mera proximidad con el producto defectuoso (los llamados "by-standers" en la doctrina anglosajona)<sup>61</sup>.

---

M.J., *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante*, cit., pág. 60 y ss.

<sup>59</sup> Cfr. CILLERO DE CABO, P., *La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*, Civitas, Madrid 2000, pág. 177; GARCÍA GARCÍA, op. cit., pág. 856; REYES LÓPEZ, op. cit., pág. 64 y ss.

<sup>60</sup> Cfr. CILLERO DE CABO, ibidem; GARCÍA GARCÍA, op. cit., pág. 858-859; RODRÍGUEZ CARRIÓN, J.L., *La responsabilidad civil...*, cit., pág. 139 y ss.

<sup>61</sup> Cfr. PARRA LUCÁN, M. A., *Notas a la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, cit., marg. 734; GARCÍA GARCÍA, L.M., *Derechos...*, cit., pág. 853-854.

f) *Derecho a la protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión*

Este derecho, que aparece enunciado como derecho básico de los consumidores y usuarios en el ap. f) del art. 2 de la LGDCU y posteriormente se desarrolla en el Capítulo VII de la Ley, ha sido considerado por la doctrina<sup>62</sup> como una construcción innecesaria y superflua, puesto que la protección de los consumidores en situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión es precisamente el objetivo que persigue la LGDCU, y que por lo tanto debe servir como principio rector de toda la regulación contenida en la Ley, sin que haga falta configurarlo como derecho básico independiente. Como se ha venido diciendo, la legislación en defensa del consumidor surge en la medida en que éste se va convirtiendo en la parte débil de los contratos de adquisición de bienes y servicios, con lo cual se hace necesario establecer determinadas reglas que garanticen su defensa ante los abusos que pueden cometer los oferentes aprovechándose de su posición de preeminencia. Así, la conclusión más lógica que se puede extraer ante esta situación es que los supuestos de inferioridad a que se refiere el Capítulo VII de la Ley son los que revisten carácter excepcional, puesto que los de naturaleza ordinaria ya son protegidos por las restantes disposiciones de la LGDCU.

Pasando ya al análisis de este Capítulo VII, vemos que en él se encuentra, por una parte, un mandato dirigido a los poderes públicos y, por otro lado, una potestad concedida al Gobierno. El mandato mencionado implica que los poderes públicos

---

<sup>62</sup> Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, en Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores, cit., pág. 139; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Comentarios...*, cit., pág. 57; FERNÁNDEZ GIMÉNEZ, J.P., *Nociones...*, cit., pág. 228. Afirma al respecto REYES LÓPEZ, M.J., *Derecho de consumo*, cit., pág. 204-205, que este derecho no posee un desarrollo normativo que lo convierta en un derecho subjetivo; por lo tanto, no podrá ser invocado independientemente, sino que su ejercicio se manifestará a través de la protección de los derechos subjetivos contenidos en la propia Ley como la salud, la seguridad, etc.

deberán adoptar las medidas adecuadas para suplir o equilibrar las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión en que pueda encontrarse el consumidor o usuario. Aunque la Ley da libertad a la hora de escoger las medidas adecuadas para cada caso, se establecen algunas de ellas como obligatorias: así, por ejemplo, la promoción de campañas o actuaciones programadas de controles de calidad. En cuanto a la potestad que se concede al Gobierno, ésta consiste en la posibilidad de constituir, en los casos más graves de ignorancia, negligencia o fraude que determinen una agresión indiscriminada a los consumidores o usuarios, un órgano excepcional que garantice la salud, seguridad, e intereses económicos y sociales de los afectados, así como la exigencia de responsabilidades y reparación de los daños causados.

#### **4. Concurrencia de sanciones de diversa naturaleza en materia de consumo: previsión en la Ley del Consumidor de la aplicación del principio "non bis in idem"**

La regulación de las infracciones y sanciones en materia de consumo se contiene en el Capítulo IX de la LGDCU. El art. 34 contiene una enumeración de las que se consideran infracciones en materia de defensa de consumidores y usuarios, que se refieren a aspectos diversos<sup>63</sup>: infracciones sanitarias<sup>64</sup>; alteración o fraude en

---

<sup>63</sup> La regulación contenida en el art. 34 de la LGDCU aparece con toda evidencia inspirada en los art. 2 a 5 del R.D. 1945/1983, de 22 de junio, al cual se remite expresamente la D.F. 2ª de la LGDCU como desarrollo de su Capítulo IX.

<sup>64</sup> De la regulación contenida en los tres primeros apartados de este art. 34, podemos deducir que existen tres categorías diferentes de infracciones sanitarias: en primer lugar, las que derivan del incumplimiento de la normativa sanitaria; en segundo lugar, las que consisten en la puesta en peligro o daño efectivo de la salud de los consumidores; y en tercer lugar, los

bienes y servicios; infracciones en materia de precios y condiciones de venta; incumplimiento de normas sobre documentación y suministro de productos y servicios; violación de disposiciones relativas a la seguridad del usuario o consumidor; y obstrucción a la labor inspectora de la Administración.

Como se puede deducir de la lectura de este catálogo de infracciones, y teniendo en cuenta además la cláusula general del art. 34 que considera infracción de consumo "el incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en esta Ley y disposiciones que la desarrollen", nos encontramos ante una regulación básica de la materia, que debe completarse con la normativa específica que regula los diferentes aspectos de los productos o servicios. En efecto, la mayor parte de estas infracciones consisten en el incumplimiento de otras disposiciones, como por ejemplo las normas relativas al etiquetado, envasado y publicidad de bienes y servicios, o las normas reguladoras de precios. Así, habrá que acudir a los Reglamentos que desarrollan los diversos extremos mencionados en el art. 34 de la LGDCU para obtener la regulación completa de las infracciones en materia de consumo; a título de ejemplo podemos citar el R.D. 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, o el R.D. 820/1990, de 22 de junio, por el que se prohíbe la fabricación y comercialización de los productos de apariencia engañosa que pongan en peligro la salud o seguridad de los consumidores.

Una vez definidas las infracciones de consumo, la LGDCU establece los parámetros que deben seguirse para calificarlas como leves, graves o muy graves. Según el art. 35, los criterios a los que se debe atender son los siguientes: "riesgo para la salud, posición en el mercado del infractor, cuantía del beneficio obtenido, grado de intencionalidad, gravedad de la alteración social producida, generalización de la infracción y la reincidencia". Este sistema de calificación de las infracciones de

---

incumplimientos de cualquier tipo de requerimientos o actos administrativos en materia sanitaria. Vid. sobre este tipo de infracciones y el resto de las recogidas en el catálogo del art. 34: REBOLLO PUIG, M., *Comentarios...*, cit., pág. 912 y ss.

consumo resulta ciertamente criticable ya que establece una serie de criterios excesivamente amplios e indefinidos para determinar la gravedad de las infracciones de consumo y, consecuentemente, para aplicarles una mayor o menor sanción; por lo tanto, se hace imprescindible salvar la carencia de seguridad jurídica que comportaría una interpretación de cada caso concreto según estos criterios tan sumamente vagos. El mencionado problema se soluciona entendiendo que tales criterios no han de ser aplicados por la Administración en el momento de calificar cada una de las conductas sancionables ante las que se encuentra, sino que tales parámetros son los que han de servir de pauta a la hora de desarrollar y calificar, por ley o reglamento, las concretas infracciones de consumo<sup>65</sup>.

La LGDCU prevé a continuación las sanciones que se aplicarán en función de la gravedad de las infracciones. Si ya eran en exceso abiertos los criterios para establecer si una infracción era leve, grave o muy grave, aún se alcanza un mayor grado de indeterminación si tenemos en cuenta que para cada una de esas tres categorías se prevé un amplio abanico de sanciones. En efecto, si empezamos por referirnos a la multa, que la Ley considera como la sanción básica, nos encontramos con que a dos infracciones de la misma clase (por ejemplo, graves) se les podrían aplicar dos sanciones totalmente diferentes (así, una podría ser castigada con multa de 600.000 pts, y otra alcanzar los 2.400.000 pts). Por otra parte, se prevé que el Consejo de Ministros pueda acordar el cierre temporal del establecimiento, instalación o servicio por un plazo máximo de cinco años (sólo en los supuestos de infracciones muy graves); y se establece, como sanción accesoria, el decomiso de la mercancía adulterada, deteriorada, falsificada, fraudulenta, no identificada o que pueda entrañar riesgo para el consumidor.

Debe advertirse que las infracciones y sanciones que se acaban de mencionar son de carácter administrativo; sin embargo, como reconoce la propia LGDCU, es

---

<sup>65</sup> Cfr. REBOLLO PUIG, M., *Comentarios...*, cit., pág. 950-951.

posible que también existan responsabilidades penales, civiles o de otro orden. Ante esta situación, la Ley prescribe claramente que “en ningún caso se producirá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses públicos protegidos”; por esta razón, establece la regla de que la instrucción de causa penal suspenderá la tramitación del expediente administrativo sancionador incoado por los mismos hechos, y en su caso la eficacia de los actos administrativos de imposición de sanción<sup>66</sup>.

Nos encontramos entonces con la plasmación en la LGDCU del principio “non bis in idem”, que impide aplicar dos sanciones diferentes a unos mismos hechos, en los que han intervenido los mismos sujetos y siempre que las normas sancionadoras respondan a un mismo fundamento: en suma, se prohíbe aplicar una doble sanción ante una identidad de hecho, sujeto y fundamento<sup>67</sup>. La Ley del Consumidor enuncia este principio con carácter general en su art. 33, e incongruentemente recoge en el artículo anterior el significado concreto del mismo: la preferencia de la sanción penal sobre la administrativa.

El funcionamiento práctico de este sistema se articula del siguiente modo: cuando la autoridad administrativa está conociendo de una infracción, debe poner el hecho en conocimiento de la Jurisdicción penal si reviste caracteres de delito o falta, y en el momento en que se inicie el proceso penal se debe suspender el procedimiento o la sanción administrativa hasta que haya una resolución judicial penal firme. Como lógica consecuencia de la aplicación del principio “non bis in idem”, si del proceso penal resulta una sentencia condenatoria resulta imposible

---

<sup>66</sup> La aplicación de una sanción administrativa sí va a ser compatible con la responsabilidad civil, ya que lo único que prohíbe la Ley, como se ha dicho, es la aplicación de “una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses públicos protegidos”. Como resulta obvio, la exigencia de responsabilidad civil a quien ha cometido una infracción de consumo no se efectúa con el ánimo de sancionarlo, sino con la intención de resarcir los daños y perjuicios provocados a causa de los hechos constitutivos de dicha infracción; cfr. REBOLLO PUIG, M., *Comentarios...*, cit., pág. 877-888.

<sup>67</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, R., *“Non bis in idem” material y concurso de leyes penales*, Cedecs, Barcelona 1995, pág. 63.

aplicar otro tipo de sanción; en cambio, si concluye sin condena, podrá continuarse el expediente sancionador administrativo. Obviamente, aunque la Ley no lo recoge específicamente en este art. 32, la prohibición general de la doble sanción contenida en el art. 33 abarca también los supuestos de concurrencia de sanciones administrativas, a los cuales se debe aplicar asimismo el principio "non bis in idem"<sup>68</sup>.

Si bien resulta natural y evidente tener en cuenta este principio una vez que nos encontramos ante los presupuestos que fundamentan su aplicación, no es tan fácil concretar cuándo se dan en la realidad tales presupuestos, es decir, cuándo nos encontramos ante una identidad de sujeto, hecho y fundamento. Mientras que la *identidad de sujeto* no presenta por lo general mayor dificultad<sup>69</sup>, puede resultar complicado determinar en qué casos nos hallamos ante idénticos hechos.

En principio, a la hora de determinar cuándo existe la mencionada identidad, tenemos que plantearnos en qué sentido entendemos el "*hecho*": como hecho natural, fruto de una valoración estrictamente social, o como hecho ya valorado jurídicamente, que resultaría de añadir al hecho puramente natural todos aquellos elementos que convierten a la conducta en relevante jurídicamente. Junto a estas dos teorías frontalmente opuestas, existe una de carácter intermedio que toma elementos de las dos anteriores: para apreciar la identidad de hecho, se trataría de comprobar cuándo un comportamiento que integra el supuesto de hecho de una norma constituye a su vez el presupuesto de hecho de otra norma. Para ello hay que establecer una comparación entre las "extensiones" de las normas que se toman en consideración, es decir, entre los catálogos de comportamientos lógicamente subsumibles en los supuestos de hecho de las normas en conflicto. Cuando un comportamiento susceptible de ser incluido en el supuesto de hecho de una norma

---

<sup>68</sup> Cfr. REBOLLO PUIG, M., *Comentarios...*, cit., pág. 883-885.

<sup>69</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, R., "*Non bis in idem*" material y concurso de leyes penales, cit., pág. 63, nota 83.



también podría ser integrado en el presupuesto fáctico de otra norma, se puede afirmar que nos encontramos ante la mencionada "identidad de hecho", de modo que sólo una de las normas concurrentes resultará aplicable<sup>70</sup>.

El último criterio que baraja el principio "non bis in idem" es el de *identidad de fundamento*, de tal modo que aun encontrándonos ante idénticos hechos llevados a cabo por el mismo sujeto, todavía cabría aplicar dos sanciones si cada una de ellas ha sido prevista con base en distintos fundamentos, de tal modo que no entraría en juego el mencionado principio. Esto ocurre en los casos en que se infringen simultáneamente dos normas, y la aplicación de una sola de ellas no llega a captar de modo pleno el contenido de la ilicitud del comportamiento.

Los supuestos en los que sí cabe la doble sanción son los de "*concurso ideal entre un delito y una infracción administrativa*" e "*infracciones administrativas concurrentes*", y se diferencian de aquellos en los que sí tiene vigencia el principio "non bis in idem" porque en éstos una única norma sancionadora es la que abarca exhaustivamente todo el desvalor de la conducta, recogiendo toda la plenitud del injusto cometido; se trata, en suma, de aquellos supuestos en que las diversas normas concurrentes protegen un mismo bien jurídico<sup>71</sup>. Estos últimos casos suponen simplemente la presencia de un "concurso de normas" (ley penal con norma administrativa sancionadora, o dos o más normas administrativas entre sí), ya que si bien parecen aplicables varias normas a un supuesto de hecho, en realidad sólo una capta por completo el injusto cometido y su aplicación excluirá a todas las demás.

A pesar de que esta triple identidad (sujeto, hecho y fundamento) es la condición que tradicionalmente ha manejado la doctrina y también la jurisprudencia

---

<sup>70</sup> Vid. GARCÍA ALBERO, op. cit., pág. 147-151.

<sup>71</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, op. cit., pág. 63, 64 y 147; DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, Bosch, Barcelona 1998, pág. 489.

constitucional<sup>72</sup> para admitir la aplicación del principio "ne bis in idem", también existen propuestas que abogan por una diferente consideración de los presupuestos de tal principio. Así, se propone abandonar la comprobación individualizada de las tres identidades mencionadas, y entender simplemente que el fundamento de la aplicación del "ne bis in idem" se halla en la **identidad de contenido del injusto de las diversas infracciones concurrentes**, es decir, en el solapamiento del desvalor que representan los comportamientos previstos en las normas y que los hace merecedores de sanción<sup>73</sup>. Para apreciar tal identidad de injusto o desvalor entre dos normas sancionadoras de tal modo que la aplicación de una sola de ellas agotase el injusto cometido, habría que comprobar, en definitiva, que el comportamiento realizado vulnera el mismo bien jurídico protegido en ambas normas y además presenta el mismo desvalor de acción y de resultado que exigen las disposiciones concurrentes<sup>74</sup>.

La solución que se acaba de proponer puede resultar un poco más conflictiva si tenemos en cuenta que en materia de consumo es posible la concurrencia entre dos o más normas penales, entre varias disposiciones administrativas o entre unas de naturaleza penal y otras administrativas. Cuando concurren dos o más disposiciones penales la aplicación del principio "non bis in idem" no resulta complicada, puesto que la precisión y taxatividad de los tipos penales facilita la comprobación de la identidad de contenido de injusto entre las normas concurrentes. Sin embargo, no resulta tan sencillo comparar una norma penal con otra administrativa, o incluso dos administrativas entre sí, puesto que estas últimas generalmente adolecen de una gran falta de concreción que hace difícil captar el desvalor de la conducta sancionada, el

---

<sup>72</sup> Cfr. DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, cit., pág. 455.

<sup>73</sup> Vid. GARCÍA ALBERO, op. cit., pág. 181-183; DE LEÓN VILLALBA, op. cit., pág. 499-500.

<sup>74</sup> Cfr. DE LEÓN VILLALBA, op. cit., pág. 502-504.

contenido de injusto de la infracción; este problema se ve agravado por el hecho de que en muchos casos la norma sancionadora ni siquiera describe la conducta prohibida, haciendo uso de la técnica de las normas sancionadoras en blanco<sup>75</sup>.

Aludiendo a esta última cuestión, la solución podría consistir en considerar que si una norma sancionadora remite a varias normas sustantivas, el incumplimiento de cada una de estas últimas implica un hecho distinto, aunque tales actuaciones sean catalogadas como una infracción dentro de la misma disposición sancionadora<sup>76</sup>. Una vez establecida la individualización de las infracciones administrativas en el supuesto del empleo de normas penales en blanco, sería válida con carácter general la aplicación de la solución anterior (apreciación de identidad de contenido de injusto) a los supuestos que comentamos (conurrencia entre una sanción penal y una administrativa, o entre dos sanciones administrativas), ya que en el ordenamiento administrativo la aplicación de sanciones también se fundamenta en la protección de concretos intereses o bienes jurídicos, lo cual conduce asimismo a la utilización de los mismos instrumentos definidores del comportamiento llevado a cabo por el sujeto infractor<sup>77</sup>.

En fin, una vez establecido cuándo nos encontramos ante tal identidad de contenido de injusto, de modo que la aplicación de una de las normas concurrentes agote el injusto cometido, nos encontramos con el problema de establecer los

---

<sup>75</sup> En referencia a esta cuestión, nos encontramos ya con el problema básico de que no existe una teoría general del ilícito administrativo; por lo tanto, aparece claramente la necesidad de trasladar las construcciones penales al ordenamiento administrativo para solventar el problema de concurrencia de normas penales y administrativas o de estas últimas entre sí. Cfr. DE LEÓN VILLALBA, cit., pág. 501.

<sup>76</sup> Cfr. REBOLLO PUIG, M., *Comentarios...*, cit., pág. 887-888. Es importante puntualizar además en esta cuestión que la unidad de hecho no sólo tiene lugar cuando dos actuaciones sean coincidentes en todos sus extremos: bastará ya con que una de tales actuaciones comprenda íntegramente a la otra, aunque contenga a mayores otros elementos que no concurren en la segunda.

<sup>77</sup> Cfr. DE LEÓN VILLALBA, cit., pág. 509-511.

**criterios conforme a los cuales se ha de elegir una sola de las disposiciones sancionadoras.** Existen varios criterios generales para realizar esta elección, contenidos en el art. 8 del Código Penal<sup>78</sup>; sin embargo, la LGDCU no da opción a elegir ninguno de ellos ya que su art. 32 establece que en todo caso ha de prevalecer la norma penal sobre la norma administrativa, sin importar que de una comparación exhaustiva entre ambas resulte que la de carácter administrativo contempla más específicamente la conducta realizada.

Sin embargo, como ya se ha dicho antes, no sólo existe concurrencia entre ley penal y norma administrativa, sino que también puede haberla entre dos sanciones de carácter administrativo. Se plantea entonces una complicación porque, si bien la LGDCU establece el criterio de la preferencia de la sanción penal sobre la administrativa, guarda total silencio sobre los parámetros a seguir para escoger entre dos sanciones administrativas concurrentes. La solución más idónea que cabría adoptar en principio en estos casos sería, por consiguiente, la aplicación de los ya mencionados criterios generales para la resolución de los concursos de normas.

De todos modos, de la propia Ley del Consumidor se desprende un importante criterio a la hora de resolver los posibles concursos de normas administrativas: el carácter general de esta Ley, corroborado en su propio Preámbulo cuando declara expresamente que "no excluye ni suplanta otras actuaciones y desarrollos normativos derivados de ámbitos cercanos o conexos". Así, en las múltiples ocasiones en que las disposiciones sancionadoras de la LGDCU coincidan con otras sanciones administrativas de carácter sectorial (lo cual será bastante frecuente, dada la abusiva utilización de normas sancionadoras en blanco en esta Ley), la vocación de generalidad de la LGDCU determinará la prevalencia de las sanciones previstas en la normativa sectorial. De todos modos, también es posible que en algunos supuestos se apliquen con preferencia las sanciones previstas en la

---

<sup>78</sup> Son los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad; vid. por todos GARCÍA ALBERO, cit., pág. 321 y ss.

LGDCU; esto ocurrirá, por ejemplo, cuando la Ley del Consumidor concorra con otras de carácter todavía más general, o también en los casos en que los Reglamentos de desarrollo de la LGDCU concurren con otras disposiciones administrativas<sup>79</sup>.

## II. PROTECCIÓN PENAL

### 1. Introducción

La inexistencia hasta fechas recientes de una tutela específica de los consumidores y usuarios en las normas civiles, mercantiles y administrativas, se puede apreciar también en la legislación penal. Como ya se ha explicado con referencia a la normativa extrapenal, el origen de esta desprotección en el ámbito penal es también fruto de la época en que surgieron nuestros Códigos, en la que imperaba una concepción liberal de la economía, junto con la creencia de que la mejor defensa de los intereses de las partes intervinientes en un contrato sólo se podría lograr dejándoles plena libertad y autonomía de voluntad para establecer los pactos que creyesen más adecuados a sus intereses. Por lo tanto, y de acuerdo con esta concepción, la protección que pretendía ofrecer el legislador abarcaba simplemente estos dos aspectos: por un lado, garantizar la existencia de una auténtica libertad de contratación; por otro lado, el segundo gran objeto de protección era la propiedad privada, cuya principal vía de adquisición es sin duda alguna el contrato. Se consideraba, pues, que si existía verdadera libertad a la hora de establecer los pactos entre los contratantes, en lo único que debía intervenir el Derecho era en la

---

<sup>79</sup> Cfr. REBOLLO PUIG, M., *Comentarios...*, cit., pág. 895-899.

protección de lo que se ha obtenido como consecuencia de ese contrato, sin entrar en el modo en que se ha desarrollado la negociación y en las condiciones que han estipulado las partes.

Teniendo en cuenta el carácter de "ultima ratio" del Derecho penal, el cual sólo puede intervenir cuando resulta ineficaz la tutela ofrecida por los demás sectores del ordenamiento jurídico, obtenemos claramente la siguiente consecuencia: si no se consideraba necesario ningún tipo de protección específica de los consumidores por parte de ninguna norma civil, mercantil o administrativa, mucho menos podría intervenir el Derecho Penal para llevar a cabo esta actividad tutelar. Además, el propio Código Penal estaba inspirado por los mismos principios que el resto de los Códigos, es decir, una mentalidad liberal e individualista que preconizaba una total autonomía a la hora de contratar y cuya principal preocupación consistía en la defensa de la propiedad. Esta concepción se puede apreciar claramente en el Título XIII del Código Penal derogado de 1973, cuya rúbrica es ya significativa: "De los delitos contra la propiedad"; además, si analizamos las diferentes figuras delictivas, observaremos que esta familia de delitos está castigada con penas bastante duras.

Sin duda alguna este conjunto de figuras delictivas resultaría idóneo para proteger a un consumidor que se encontrase en un mercado donde no hubiese ningún tipo de relaciones complejas, y donde la contratación de bienes y servicios se efectuase básicamente a través de contactos personales. Sin embargo, si esta situación era posible en el siglo pasado, no es en absoluto lo que ocurre hoy en día. Actualmente, con el desarrollo tecnológico y la aparición de grandes empresas, estamos en presencia de un tráfico comercial en masa, y el mercado se ve invadido por una enorme variedad de bienes y servicios producidos en serie. Ante esta situación, se puede deducir fácilmente que no son aptos para tutelar al consumidor los tipos penales que protegen el patrimonio individual. En efecto, la amplia difusión de las ofertas de un bien o servicio y el consumo en masa canalizado en muchas ocasiones a través de condiciones generales de la contratación determinan que los perjuicios que pueda causar alguno de estos productos o servicios no afecten

únicamente a un consumidor individual, sino que seguramente resultará dañado un amplio número de consumidores.

A pesar de lo que se acaba de decir, debe reconocerse que esta clase de delitos ha sido la única vía para proteger penalmente el patrimonio del consumidor hasta la promulgación del Código Penal de 1995, cuyo Título XIII recoge los "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico"<sup>80</sup>. Además, es admisible que en algunos supuestos la tutela idónea para el consumidor pueda lograrse a través de la aplicación de estos tipos protectores del patrimonio; así, por ejemplo, en el caso de un acto de consumo desarrollado a un nivel más personal, como el que compra un objeto a la persona que lo ha fabricado artesanalmente. Básicamente, la protección tradicionalmente otorgada al patrimonio del consumidor se ha canalizado a través de la aplicación del tipo de estafa; y con el objeto de aportar una adecuada respuesta penal a los supuestos más graves en que se veía afectado un número muy amplio pero no cuantificable de perjudicados, se ha procedido a aplicar la pena teniendo en cuenta la presencia de un sujeto pasivo masa.

Cabe mencionar por último que, junto con los delitos que protegen el patrimonio individual, también es necesario examinar otro grupo de figuras que protegen al consumidor desde otra perspectiva: los delitos contra la salud pública. Se trata de un conjunto de figuras que incriminan conductas que recaen sobre sustancias o productos que presentan un peligro para la vida o la salud de las personas; por lo tanto, otorgan tutela a los potenciales consumidores que corren el riesgo de adquirir en el mercado los referidos productos peligrosos.

A continuación, se procederá al análisis de la tutela que el CP concede a los consumidores desde las dos perspectivas mencionadas: protección de su patrimonio y protección de su salud. El objeto de este breve análisis de los preceptos penales protectores de la salud pública y del patrimonio individual es simplemente ofrecer

---

<sup>80</sup> Como se verá más adelante, dentro del grupo de nueva creación de los delitos contra el orden socioeconómico existen figuras destinadas a proteger los intereses económicos específicos del conjunto de los consumidores, solucionando la indefensión que habían sufrido hasta entonces y configurando una tutela específica que se adaptase a las especiales características de la sociedad de consumo actual.

una panorámica de las disposiciones del CP que en un momento dado pueden tutelar a todo aquel que realiza una actividad de consumo. Lo que se trata de demostrar, al fin y al cabo, es que a pesar de la posible eficacia que pueden desplegar tales preceptos en un buen número de casos, no nos encontramos ante una regulación que suponga una tutela integral del consumidor. Mientras puede resultar satisfactoria, como se verá más adelante, la protección que el CP otorga a la salud del consumidor, no se puede afirmar lo mismo en cuanto a la tutela de su patrimonio. En efecto, del análisis que se hará a continuación se puede desprender que no existen tipos penales dirigidos a la protección de los "genuinos intereses socioeconómicos de consumo", teniendo en cuenta que se trata de impedir conductas que pongan en peligro el patrimonio de un número indeterminado de consumidores. En este Capítulo, por lo tanto, se pretende ofrecer una visión de la tutela que hasta ahora podía obtener el consumidor, cuya insuficiencia servirá para demostrar la necesidad de configurar "genuinos delitos socioeconómicos de consumo", lo cual será objeto de análisis en el Capítulo siguiente.

## **2. La estafa**

Según el art. 248.1 CP, "cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno". De la propia definición que ofrece este artículo, se deduce que el concepto de estafa requiere la concurrencia de cuatro elementos: engaño, error, acto de disposición patrimonial, y perjuicio económico. Nos encontramos, pues, ante una conducta defraudatoria que puede tener lugar en el ámbito de las relaciones de consumo: no son raros los casos en que un oferente, aprovechándose de la situación de desinformación en que se encuentra el consumidor ante la multiplicidad de ofertas que llegan al mercado, engaña al futuro adquirente sobre las verdaderas condiciones del producto o servicio que ofrece, lo cual conduce



a que el consumidor engañado efectúe un acto de disposición patrimonial (la adquisición del bien o servicio) que le producirá un perjuicio económico (es decir, ha visto disminuido su patrimonio sin obtener una contraprestación equivalente, ya que lo que ha adquirido no satisface las expectativas previstas).

El primero de los elementos típicos de la estafa está constituido por el engaño, que según el propio art. 248 debe ser "bastante para producir error en otro". De esta redacción típica se deduce que no basta cualquier engaño para integrar una conducta de estafa, sino que tal engaño debe tener una mínima idoneidad para alterar los elementos de juicio de que puede disponer el consumidor a la hora de evaluar la oferta que se le hace. Esta conexión que existe entre el engaño y el error determina la necesidad de efectuar una valoración objetiva de la idoneidad del engaño para provocar el error en la víctima. De todos modos, la propia interdependencia entre engaño y error son la causa de que no baste un juicio objetivo para determinar la mencionada idoneidad: es posible que una misma conducta engañosa logre inducir a error a un sujeto y a otro no. Por esta razón, habrá que atender también a las circunstancias personales y coyunturales en que se encuentra la víctima, porque sólo analizando cada caso concreto se podrá apreciar cuándo un error ha sido consecuencia directa de un engaño previo<sup>81</sup>.

Por último, con referencia a los parámetros que deben seguirse a la hora de determinar la idoneidad del engaño, debe tenerse en cuenta que el riesgo creado por tal engaño constituya un "riesgo no permitido". Esta precisión hace referencia a todo ese conjunto de declaraciones exageradas o inexactas que pueden ser vertidas en la publicidad o en la celebración de un contrato de venta o suministro de un bien o servicio: se trata de conductas que lo único que pretenden es resaltar las cualidades de lo que se ofrece, y que son socialmente aceptadas porque el receptor del mensaje es consciente de que es una técnica propia de la actividad comercial<sup>82</sup>. En cuanto al

---

<sup>81</sup> Cfr. VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, Bosch 1987, pág. 164 y ss; del mismo, *Comentarios al Nuevo Código Penal* (Quintero Olivares, G., dir.), Aranzadi 2001, pág. 1151; PÉREZ MANZANO, M., *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)* (Bajo Fernández, M., dir.), Vol. II, Ramón Areces 1998, pág. 443-444.

<sup>82</sup> Cfr. PÉREZ MANZANO, M., *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, cit.,

error, por una parte debe ser consecuencia directa del engaño, y por otra parte debe ser la motivación que induzca a efectuar un acto de disposición patrimonial.

Siguiendo con la serie de elementos típicos, en tercer lugar aparece el acto de **disposición patrimonial**, que debe ser consecuencia del engaño y del error, y que a su vez es causa del perjuicio económico. El último de los requisitos del tipo es el **perjuicio patrimonial**, que puede recaer sobre quien realizó el acto de disposición patrimonial o sobre un tercero. Este elemento constituye el resultado típico, que se configura como una lesión efectiva del bien jurídico protegido (el patrimonio).

Este concreto requisito típico del "perjuicio patrimonial" es el que dificulta en mayor medida la aptitud del delito de estafa para castigar los fraudes a los consumidores. Esto se aprecia fácilmente si nos fijamos en dos de las características inexcusables que ha de poseer el perjuicio patrimonial: que constituya una lesión efectiva y económicamente valorable del patrimonio del sujeto pasivo del delito, y que su causa inmediata y directa sea una previa disposición patrimonial<sup>83</sup>.

Refiriéndonos a la primera característica, nos encontramos con la exigencia de que se produzca una lesión efectiva que es imprescindible evaluar económicamente, ya que según el art. 249 el importe de lo defraudado ha de tenerse en cuenta entre otros aspectos para graduar la pena aplicable. Aquí surge ya un primer problema para castigar como estafa los fraudes de consumo: es frecuente que este tipo de fraudes afecte a un número indeterminable de consumidores, con lo cual casi nunca va a ser posible individualizar y cuantificar el perjuicio causado. Esta imposibilidad de contabilizar o siquiera prever los múltiples consumidores que pueden ver dañado su patrimonio hace necesario que en materia de fraudes de consumo sea más conveniente no esperar a la efectiva lesión del patrimonio, sino que se deberían castigar ya las conductas que suponen un peligro inminente de producir un número relevante e indelimitable de lesiones patrimoniales.

---

pág. 448; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores*, Instituto Nacional del Consumo 1986, pág. 276.

<sup>83</sup> Vid. por todos VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, cit., pág. 226 y 230.

Lo que se acaba de decir conecta con la segunda característica mencionada del perjuicio patrimonial propio de la estafa: que su causa inmediata y directa sea una previa disposición patrimonial. En efecto, si para una eficaz protección del patrimonio del grupo colectivo de consumidores resulta más adecuado castigar las conductas que ponen en peligro todo ese conjunto de patrimonios, de modo que no resulta conveniente esperar a una efectiva lesión, tampoco tendrá sentido exigir la constatación de una concreta disposición patrimonial, pues a causa de la conexión disposición patrimonial-lesión estaríamos exigiendo de nuevo un daño efectivo que dificultaría la protección del grupo de consumidores.

Finalmente, debe ponerse de relieve que estamos ante un delito que exige la presencia de dolo y de ánimo de lucro.

#### *a) Agravaciones aplicables a fraudes al consumidor*

El art. 250 del CP contiene siete circunstancias específicas de agravación del delito de estafa. Entre ellas podemos encontrar algunas que resultan especialmente adecuadas para agravar los fraudes que afectan al colectivo de consumidores: son las agravantes nº 1 (cuando el delito de estafa "recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social"), nº 6 (cuando el fraude "revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia") y nº 7 (cuando "se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional").

##### a.1. Cuando "recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social"

La razón de ser de esta agravación es permitir una mayor intensidad de la tutela del consumidor frente a ataques fraudulentos a bienes destinados a satisfacer

las necesidades primarias o, al menos, de carácter fundamental<sup>84</sup>. Normalmente las situaciones en que se cometerá esta modalidad agravada de estafa serán supuestos de compraventa o de otra forma de contratación de un bien o servicio de primera necesidad, de bienes de reconocida utilidad social o de viviendas, y la conducta defraudatoria consistirá por regla general en entregar uno de los bienes mencionados con sus condiciones alteradas e inferiores a las esperadas por el adquirente. Particularmente en el ámbito de las viviendas, resultará también muy frecuente el fraude consistente en la falta de entrega de la vivienda prometida después de haber entregado cantidades a cuenta; es lo que se conoce como "*estafa de anticipos*"<sup>85</sup>.

Los bienes de primera necesidad son aquellos que cubren las necesidades básicas del individuo, es decir, los alimentos, vestido, calzado, y artículos de aseo y

---

<sup>84</sup> Cf. BAJO FERNÁNDEZ, M. / PÉREZ MANZANO, M., *Manual de Derecho penal (Parte especial) (Delitos patrimoniales y económicos)* (Bajo Fernández / Pérez Manzano / Suárez González), Ramón Areces 1993, pág. 311; VALLE MUÑIZ, J.M., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit., pág. 1160.

<sup>85</sup> La inclusión de la estafa de anticipos en esta circunstancia agravatoria venía siendo reclamada insistentemente por la doctrina, ya que tal inclusión no podía realizarse estando vigente el antiguo Código Penal debido a la redacción que en él presentaba la comentada agravante. En efecto, el n.º 1 del art. 529 del viejo Código determinaba la agravación de la estafa "cuando se cometa *alterando la sustancia, calidad o cantidad* de cosas de primera necesidad, viviendas y otros bienes de reconocida utilidad social". Por lo tanto, el precepto exigía la recepción efectiva de cualquiera de los bienes mencionados, con la particularidad de haberse producido previamente una alteración del mismo; de este modo, no cabía aplicar el precepto a los supuestos en que no se hubiese recibido contraprestación alguna, como ocurre en el caso de la estafa de anticipos (sin embargo, alguna Jurisprudencia venía aplicando esta agravante a esta clase de estafa, por ejemplo la STS de 14 de febrero de 1985); vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, M., *Naturaleza de las circunstancias del artículo 529 del Código Penal. La circunstancia primera: especial referencia a las viviendas*, en La Ley 1988-3, pág. 844; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores*, cit., pág. 319. En el Código actual, al haberse suprimido la referencia a la alteración de los bienes, es posible aplicar la agravante a las hipótesis en que no se ha recibido ninguna contraprestación, vid. PÉREZ MANZANO, M., *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, cit., pág. 465; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 199, pág. 372. De todos modos hay que tener en cuenta, como ponen de relieve VIVES ANTÓN, T.S. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.C., *Comentarios al Código Penal de 1995* (Vives Antón, T.S., coord.), Vol. II, Tirant lo Blanch 1996, pág. 1242, que para catalogar esta conducta como una estafa es necesario constatar que desde el principio ha existido la voluntad de no construir o no entregar y apropiarse del dinero.

limpieza<sup>86</sup>. Por su parte, los bienes de reconocida utilidad social son los que satisfacen necesidades fundamentales del individuo aunque no tengan el carácter de básicas como las cubiertas por los productos de primera necesidad; dentro de esta categoría estarían, por ejemplo, los colegios, los establecimientos sanitarios y los transportes públicos, así como cualquier servicio público en general<sup>87</sup>. Por último, el art. 250.1 hace referencia a las viviendas, que en realidad constituyen un bien de primera necesidad<sup>88</sup>; teniendo esto en cuenta, también podrían entrar en esta categoría de bienes las cosas necesarias para que la vivienda cumpla su función, como el agua, el gas, la electricidad, o los combustibles para calefacción<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> Vid. GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores*, cit., pág. 318-319.

<sup>87</sup> El concepto ofrecido de bienes de reconocida utilidad social no permite incluir dentro del mismo a los bienes de relevante interés histórico, artístico o cultural, cuestión que ha sido objeto de debate por parte de la doctrina; vid. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., *Naturaleza de las circunstancias del artículo 529 del Código Penal ...*, cit., pág. 851; BAJO FERNÁNDEZ / PÉREZ MANZANO, *Manual de Derecho Penal (Parte especial)*, cit., pág. 312; PÉREZ ALONSO, E.J., *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes "indeterminadas" en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, EDERSA 1995, pág. 465. Además, con el Código Penal actual esta discusión ya carece de sentido, puesto que existe una circunstancia agravante específica (la nº 5) para los supuestos en que la estafa "recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico". Vid. sobre otros posibles bienes que podrían integrarse en tal concepto NAVARRO CARDOSO, F., *Algunas consideraciones sobre las estafas colectivas a los consumidores*, en Poder Judicial 1998, nº 50, pág. 183-185.

<sup>88</sup> No todos los autores consideran a las viviendas como un bien de primera necesidad: mientras algunos las incluyen dentro de esta categoría de bienes, como por ejemplo PÉREZ MANZANO, M., *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, cit., pág. 464, otros las definen como un bien de reconocida utilidad social, como hacen VIVES ANTÓN / GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., pág. 1242.

<sup>89</sup> Vid. con respecto a los diferentes bienes y servicios incluidos en la circunstancia 1ª del art. 250 del CP, PÉREZ MANZANO, M., *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, cit., pág. 464; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores*, cit., pág. 318-319.

a.2. Cuando "revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia"

Esta agravante puede llegar a tener especial relevancia en el campo de las estafas a consumidores, lo cual se desprende de los criterios que hay que tener en cuenta para aplicar tal agravación. Así, poniendo como ejemplo el primer parámetro, es característica bastante común en los fraudes colectivos el que el defraudador obtenga un beneficio económico importante, es decir, que el valor de la defraudación sea enorme. Esto se producirá porque, si bien cada consumidor puede verse estafado en una cantidad pequeña, la cuantía total de la defraudación (que es lo que va a obtener efectivamente el que ha estafado) generalmente será bastante elevada.

El fundamento de la agravación radica en la presencia de un especial desvalor de resultado<sup>90</sup> ("especial gravedad"), que se determina atendiendo conjuntamente a los tres parámetros mencionados en el precepto: valor de la defraudación, entidad del perjuicio y situación económica en que queden la víctima o su familia. De todos modos, es admisible que en algunos casos extremos se pueda aplicar la agravante aunque sólo se verifique uno de los tres parámetros mencionados, v. gr. cuando la víctima llegara a verse prácticamente en la miseria, o cuando el perjuicio causado fuese elevadísimo<sup>91</sup>.

El primer criterio que hay que tener en cuenta es el **valor estricto de la defraudación**, concepto más restringido que el de **entidad del perjuicio**, ya que éste último exige tomar en consideración los daños económicos de cualquier tipo que pudieran tener lugar a consecuencia del fraude. Así, mientras que el "valor de la defraudación" se refiere a la cuantificación abstracta de la cuantía estafada, el concepto de "entidad del perjuicio" implica una consideración en concreto del daño

---

<sup>90</sup> Vid. PÉREZ GONZÁLEZ, E.J., *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes "indeterminadas" en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, cit., pág. 423-424 y 449-450; PÉREZ MANZANO, M., *Compendio de Derecho Penal (PE)*, cit., pág. 467.

<sup>91</sup> Cfr. VALLE MUÑIZ, J.M., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit., pág. 1178.

provocado, teniendo en cuenta todas las repercusiones económicas negativas que se le han causado a la víctima además de la cuantía estricta de la defraudación. Por ejemplo, uno de los criterios que se podrían tomar como referencia para determinar la entidad global del perjuicio sería la clase de elemento patrimonial sobre el que ha recaído la estafa, ya que la víctima quedaría en una situación más o menos precaria en función de cuál fuera este elemento patrimonial<sup>92</sup>.

A la hora de determinar la **situación económica en que queden la víctima o su familia**, la apreciación de la agravante no requiere la constatación de una situación de miseria absoluta, sino que es suficiente con comprobar que a causa del fraude la víctima encuentra dificultades para satisfacer con normalidad sus necesidades económicas. De aquí cabe deducir que será necesario tener en cuenta las concretas circunstancias que rodean a la víctima y su familia, ya que un mismo fraude afectará de diferente forma a un sujeto con pocos recursos económicos y a otro que posea un gran patrimonio<sup>93</sup>.

a.3. Cuando "se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional"

En la circunstancia nº7 del art. 250 del CP están contenidas dos situaciones semejantes: abuso de confianza basada en las relaciones personales y aprovechamiento de la propia credibilidad empresarial o profesional. La segunda circunstancia mencionada constituye una situación que puede darse fácilmente en los supuestos de fraudes de consumo, porque realmente refleja la posición en que se encuentran los consumidores cuando celebran un contrato de adquisición de bienes o servicios: el consumidor es siempre la parte débil del contrato. Esta situación de

---

<sup>92</sup> La importancia de este criterio es evidente, puesto que es el mismo que toma el legislador para establecer la circunstancia agravante 1ª del art. 250: cuando la estafa recaiga sobre bienes de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social; cfr. PÉREZ MANZANO, M., *Compendio de Derecho penal (PE)*, cit., pág. 468.

<sup>93</sup> Vid. por todos PÉREZ ALONSO, E.J., *Teoría general de las circunstancias*, cit., pág. 450-452.

inferioridad se debe al poder económico que ostentan los oferentes, y que es aprovechado por éstos principalmente para imponer las condiciones a la hora de contratar; sin embargo, puede haber formas más sutiles de manipular al consumidor, y una de ellas constituye el fundamento de esta agravante: aprovecharse de la apariencia de fiabilidad que ha logrado en el tráfico económico para estafar al consumidor (v. gr. atribuirse la posesión de determinados contactos, o la apariencia de crédito).

La doctrina ha criticado reiteradamente esta circunstancia agravante, aduciendo que se trata de elementos que ya hay que entrar a valorar para apreciar el tipo genérico de estafa. Como ya se ha puesto de manifiesto, el art. 248 del CP exige para que haya estafa la concurrencia de engaño "bastante" para producir error en otro. Por lo tanto, habrá que realizar un juicio de adecuación que determine si la conducta engañosa ha sido idónea para llevar a error al sujeto víctima de la estafa: así, es imprescindible tener en cuenta las concretas circunstancias que rodean a este sujeto, puesto que un mismo engaño puede ser objeto de crédito para una persona y no para otra. De lo dicho podemos deducir que una de esas circunstancias personales o ambientales en que se encuentra una persona determinada podría ser la existencia de una especial relación de confianza (personal o profesional) con el autor de la estafa. Siendo así, no tiene sentido que una de las circunstancias que se toman en consideración para determinar la tipicidad del engaño en la estafa sea traída posteriormente a colación para agravar la pena del tipo básico; en tal caso, estaríamos ante una vulneración del principio "non bis in idem"<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup> Existe otra serie de críticas que se le pueden efectuar a esta agravante. Como pone de relieve PÉREZ MANZANO, M., *Compendio de Derecho penal (PE)*, cit., pág. 469, la concreta circunstancia de abuso de las relaciones personales entre el defraudador y la víctima es tomada en cuenta por el art. 249 para individualizar la pena correspondiente al tipo básico, con lo cual carece de sentido tenerla también en cuenta para agravarla. Así, si ya resulta criticable que tales situaciones constituyan una circunstancia agravante, lógicamente será objeto de mayor crítica el hecho de que se produzca una hiperagravación cuando concorra con la circunstancia 1ª del art. 250 (tal y como prevé el ap. 2 del art. 250). Además, la innecesariedad de esta agravante se justifica al constatar que las situaciones más graves de abuso de confianza personal pueden encontrar cabida en otros apartados del art. 250, como el nº 3º (estafa mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio) o el nº 4º (estafa cometida abusando de la firma de otro); cfr. VALLE MUÑIZ, J.M., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit., pág. 1181.



Como consecuencia de lo dicho, se deduce que para aplicar esta agravante debe hacerse un análisis sumamente cuidadoso del caso concreto, exigiendo algo más que un simple abuso de confianza o superioridad. Así, alguna de las hipótesis propuestas por la doctrina sería el caso de un jubilado que confía el cobro de su pensión al director de una entidad de crédito<sup>95</sup>.

b) *Especial consideración del sujeto pasivo y aplicación de la figura del delito masa*

La regulación del delito de estafa está dirigida a la protección del patrimonio individual: por lo general, nos encontramos con un sujeto pasivo único e individualizable, y con un perjuicio económico sufrido por el propio sujeto pasivo del delito, cuya valoración influirá decisivamente en la determinación de la pena. Sin embargo, no siempre estaremos ante esta situación, sino que es frecuente en el tráfico comercial actual que la estafa se dirija al conjunto de consumidores que concurren al mercado; por lo tanto, en la práctica se producirá una serie de fraudes y habrá un número indefinido de perjudicados.

La regla general en estos supuestos sería la apreciación de un concurso de delitos, con la consecuencia de aplicar una penalidad que resulta favorable para el reo; sin embargo, en los casos de fraudes colectivos que se acaban de mencionar no hay fundamentos que justifiquen este favorecimiento, sino más bien al contrario: por un lado, existe un mayor desvalor de la conducta ("conducta del agente provista de una superior culpabilidad") y por otro lado, un mayor desvalor de resultado ("su trascendencia social y ataque profundo al sistema de orden y buena fe que preside las relaciones humanas en su justo desenvolvimiento", junto con la consecución o tendencia a un enriquecimiento aglutinador de los actos de disposición efectuados por las diferentes víctimas)<sup>96</sup>. La solución concursal no es adecuada si tenemos en

<sup>95</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. PE*, cit., pág. 418.

<sup>96</sup> Vid. AYALA GÓMEZ, I., *El delito masa*, en *Unidad y pluralidad de delitos*, CGPJ, Madrid 1995, pág. 277 y 286.

cuenta que, si bien la cuantía de las defraudaciones individualmente consideradas puede ser realmente mínima (incluso podría ocurrir que cada fraude particular no fuese más que una falta de estafa), el beneficio patrimonial logrado en total por el estafador puede llegar a ser enorme. Consecuentemente, se requería una respuesta penal acorde con la gravedad objetiva de tales conductas, lo cual dio origen a la creación jurisprudencial de la figura del "delito masa", incluida en el antiguo CP en la reforma de 1983<sup>97</sup>.

En el CP de 1995, el **delito masa** aparece regulado junto con el delito continuado en el art. 74. En su párrafo primero se castiga como autor de un delito o falta continuados al 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 naturaleza", imponiéndole la pena señalada para la infracción más grave en su mitad superior. En el párrafo segundo se añade que "si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas".

A la vista del precepto se deduce que el delito masa regulado en el párrafo segundo constituye una subespecie del delito continuado<sup>98</sup>, de modo que su apreciación exigirá el cumplimiento de los requisitos enunciados en el párrafo primero junto con los que aparecen en el párrafo siguiente: que se trate de delitos contra el patrimonio, que el hecho revista notoria gravedad y que afecte a una generalidad de personas. Realmente resulta criticable esta regulación conjunta del

---

<sup>97</sup> Sin embargo, CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *El delito masa en el Tribunal Supremo español*, en Estudios penales. Libro homenaje al Prof. Antón Oneca, Salamanca 1982, pág. 147 y 161-162, considera que no siempre la aplicación de la figura del delito masa va a suponer una efectiva agravación de la pena, y que este último efecto podría conseguirse incluso aplicando las reglas del concurso de delitos e incluso la figura del delito continuado; vid. sobre esto último de la misma autora, *El delito continuado*, Bosch 1977, pág. 20-21.

<sup>98</sup> Cfr. CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *El delito masa en el Tribunal Supremo español*, cit., pág. 149 y ss; DÍAZ PALOS, F., *Delito continuado*, en CLP 1985, Tomo V, Vol. 1º, pág. 488; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios al CP de 1995*, cit., Vol. I, pág. 424.

delito continuado y el delito masa, ya que cada figura tiene su base en fundamentos opuestos. Mediante la aplicación del delito continuado se pretende suavizar el castigo penal que se aplicaría siguiendo las reglas concursales generales, que supondrían una acumulación material de las penas correspondientes a las diversos delitos; así, se argumenta que la existencia de una cierta identidad de las infracciones concurrentes justifica un trato más beneficioso para el autor de las mismas. En cambio, con la aplicación del delito masa se pretende lo contrario, es decir, evitar la aplicación de las reglas de determinación de la pena correspondientes al concurso real de delitos; en este supuesto se busca evitar el trato excesivamente benigno que obtendría el autor de una multiplicidad de pequeñas infracciones patrimoniales que realmente ha obtenido de todas ellas un beneficio económico considerable<sup>99</sup>.

Partiendo entonces de que en el delito masa deben estar presentes los requisitos propios del delito continuado, para apreciar aquella figura debe verificarse la presencia de los elementos recogidos en el párrafo primero del art. 74. Por una parte, debe haberse realizado una pluralidad de acciones u omisiones, que se consideran como una "unidad jurídica de acción" por cualquiera de estas dos razones: o porque constituyen la ejecución de un plan preconcebido (se trata de una unificación de carácter subjetivo, apreciando un "dolo conjunto" que abarca todas las acciones u omisiones), o porque suponen el aprovechamiento de idéntica ocasión (es decir, un aprovechamiento consciente de varias ocasiones consideradas objetivamente iguales, lo cual viene a constituir un "dolo continuado"). Por otra parte, se exige también que se infrinja un mismo precepto penal o preceptos de naturaleza semejante<sup>100</sup>.

Una vez constatados los requisitos anteriores, se debe verificar la concurrencia de lo que son los elementos característicos del delito masa: **que se trate de infracciones contra el patrimonio, que el hecho revista notoria gravedad y que haya perjudicado a una generalidad de personas.** Este último elemento es el verdaderamente definitorio de la figura del delito masa: la existencia de un "sujeto

---

<sup>99</sup> Vid. VALLE MUÑIZ, J.M., *Comentarios al Nuevo CP*, cit., pág. 419-421.

<sup>100</sup> Vid. MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, Barcelona 1998, pág. 664 y ss.

pasivo masa", constituido por una colectividad de personas cuyo número exacto no es posible concretar<sup>101</sup>. El dolo y el ánimo de lucro del autor abarca desde un principio esta generalidad de personas, en el sentido de que va dirigido a la obtención del beneficio económico globalmente considerado, como suma de las concretas defraudaciones individuales<sup>102</sup>.

Como conclusión, se puede decir que la figura del delito masa favorece la adecuada represión penal de aquellos fraudes que afectan a una multiplicidad de personas, al público en general; en consonancia con la especial gravedad y el mayor desvalor objetivo de este tipo de conductas, se agrava la penalidad que derivaría de la apreciación de un concurso real de un elevado número de delitos o faltas de estafa. Sin embargo, debe ponerse de relieve que, si bien la figura del delito masa estaba regulada en el viejo Código desde la reforma de 1983, se planteaban graves problemas a la hora de su aplicación, que subsisten, en menor medida, con el nuevo Texto punitivo.

En relación con el Código penal de 1973, hay que poner de relieve que existía una específica circunstancia (art. 529 nº 8) que agravaba la estafa cuando ésta afectase a múltiples perjudicados. Surgían entonces grandes dificultades para deslindar en qué casos se producía una estafa cualificada por la agravante nº 8 del art. 529 y cuándo se estaba ante una estafa con sujeto pasivo masa regulada en el art. 69 bis del anterior Código, ya que, como se puede observar tras la descripción de los caracteres del delito masa, los presupuestos de esta figura y los de la circunstancia agravante son prácticamente coincidentes<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> Vid. CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *El delito masa en el Tribunal Supremo español*, cit., pág. 152-154.

<sup>102</sup> Vid. DÍAZ PALOS, F., *Delito continuado*, cit., pág. 490-493; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios al CP de 1995*, cit., pág. 424-425.

<sup>103</sup> Vid. en torno a esta problemática estando vigente el Código penal anterior CERVELLÓ DONDERIS, V., *Sujeto pasivo masa y fraude colectivo*, en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Prof. Manuel Broseta Pont*, cit., Tomo I, pág. 715 y ss; PÉREZ ALONSO, E.J., *Teoría general de las circunstancias*, cit., pág. 472 y ss; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses socioeconómicos de los consumidores*, cit., pág. 329-351; BAJO FERNÁNDEZ, M., *Delito masa*, en *CLP 1985*, Tomo V, Vol. 2º, pág. 1249-1250.

El Código penal de 1995 ha suprimido la mencionada agravante específica, referida a la existencia de múltiples perjudicados; no obstante, ahora nos encontramos con el art. 250.2, el cual establece que si las circunstancias agravantes 6ª (cuando el fraude "revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia") o 7ª (cuando "se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional") concurren con la 1ª (cuando el delito de estafa "recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social"), "se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses".

En principio, la eliminación de la referencia expresa a la agravación por la existencia de múltiples perjudicados ha llevado a alguna doctrina a afirmar que, cuando se produzca esta situación, estaremos ante una estafa con sujeto pasivo masa en el sentido del art. 74 del CP<sup>104</sup>. Sin embargo, se ha señalado que, aun existiendo una gran cantidad de perjudicados, si concurren las concretas situaciones contempladas en las agravantes 1ª y 6ª del art. 250.1 (es decir, estafa de especial gravedad que recaiga sobre bienes de primera necesidad, viviendas o bienes de reconocida utilidad social), habrá que aplicar el marco penal previsto en el art. 250.2, ya que este último apartado prevé específicamente tales circunstancias cualificantes, que serán de aplicación preferente a la previsión genérica del art. 74 del CP<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> Cfr. VALLE MUÑIZ / QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo CP*, cit., pág. 1159; NAVARRO CARDOSO, F., *Algunas consideraciones sobre las estafas colectivas a los consumidores*, cit., pág. 192.

<sup>105</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. PE*, cit., pág. 414-417. Vid. también sobre esta cuestión infra Segunda parte, Capítulo segundo, epígrafe V.3.g).

### 3. Los delitos contra la salud pública

La protección del consumidor no abarca sólo una eficaz defensa frente a los ataques a su patrimonio, sino que también es necesario protegerlo ante los ataques a su salud que provengan del consumo de productos ofrecidos en el mercado. Concretamente, esta protección se articula a través de los arts. 359 a 367, incluidos en el Capítulo III ("De los delitos contra la salud pública") del Título XVII del Código Penal ("De los delitos contra la seguridad colectiva").

El bien jurídico protegido en los preceptos mencionados es, como indica la rúbrica del Capítulo III, la salud pública. Como ahora se expondrá, los intentos de definir el bien jurídico "salud pública" han girado en torno a dos aspectos: por un lado, los autores que parten de la vinculación de la salud pública con la salud individual, y por otro lado, los autores que renuncian a esta interdependencia pretendiendo configurar a este bien jurídico con total autonomía.

Los seguidores de la primera tendencia no establecen una diferencia conceptual entre la salud pública y la salud individual (la cual resulta protegida a través de la tipificación de determinados delitos contra las personas), y las divergencias entre ambos bienes jurídicos son fundamentadas o en la diferente intención del agente o en el círculo de sujetos pasivos afectados por la conducta<sup>106</sup>. Ha sido esta última referencia una de las más tenidas en cuenta por la doctrina para definir la salud pública, que de este modo es considerada ya como "salud de la colectividad", ya como "suma de saludes individuales".

La segunda tendencia mencionada trata de configurar el bien jurídico "salud pública" con una autonomía propia, diferenciándolo conceptualmente del bien jurídico "salud individual". De este modo, se podría definir la salud pública como el "conjunto de condiciones que, de acuerdo con el desarrollo tecnológico y científico de cada época, garantizan un nivel de bienestar, físico y psíquico, a la generalidad de

---

<sup>106</sup> Vid. DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, Aranzadi 1996, pág. 188-210.

ciudadanos"<sup>107</sup>. Ese conjunto de condiciones garantizadoras deben estar presentes no sólo en los alimentos y medicamentos, sino también en los objetos de uso general, como vestidos, cosméticos, juguetes, etc., cuya constante manipulación por parte de las personas exige que ninguno de sus componentes sea dañoso para la salud<sup>108</sup>.

En realidad, los conceptos hasta ahora ofrecidos sólo remarcan algunas características de la "salud pública", pero no muestran el verdadero fundamento que justifica la configuración de este bien jurídico. Por una parte, si bien la afección a la sociedad en general es una característica esencial de estos delitos, no tiene sentido configurar la salud pública como la salud de la colectividad, ya que no se puede afirmar que un ente abstracto como este último sea titular de un derecho a la salud. Por otra parte, es evidente que lo que se intenta proteger en último término es la salud de los individuos concretos; sin embargo, esto no justifica definir la salud pública como la simple suma de las saludes individuales, puesto que para proteger la salud individual ya podemos acudir a los tipos concretos contra las personas. En tercer lugar, sería correcto considerar que la salud pública constituye el mencionado conjunto de condiciones que garantizan la salud de cada sujeto; no obstante, no se puede efectuar esta afirmación tan genérica y elevarla a la categoría de bien jurídico merecedor de protección penal: se estaría garantizando exclusivamente el medio por el que se asegura la conservación de la salud, de modo que nos encontraríamos ante una formalización excesiva del bien jurídico.

La especificidad de los delitos contra la salud pública no reside en su objeto de protección, ya que éste es al fin y al cabo la salud individual, el cual, como se ha dicho, ya resulta protegido por medio de determinados delitos contra las personas. La razón que justifica la configuración de este conjunto de delitos es que nos encontramos ante **especiales formas de ataque al bien jurídico "salud"** que exigen una diversa técnica de defensa<sup>109</sup>. Si observamos las conductas descritas en los

---

<sup>107</sup> Cfr. HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995, pág. 64.

<sup>108</sup> Existen todavía más definiciones de salud pública ofrecidas por diversos autores; vid. al respecto DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., pág. 211 y ss.

<sup>109</sup> Vid. DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., pág. 242-246.

delitos contra la salud pública, advertiremos que todas se caracterizan por afectar a un amplio e indefinido número de individuos, que ni siquiera es posible concretar una vez cometido el hecho delictivo. El bien jurídico protegido continúa siendo la salud de cada individuo; sin embargo, la imposibilidad de determinar el número exacto de sujetos afectados (es decir, el concreto número de titulares del bien jurídico "salud" que han visto este último afectado) justifica la alusión al carácter público de la salud que se intenta proteger en estos delitos<sup>110</sup>.

Los tipos contra la salud pública incriminadores de conductas que afectan al consumidor se encuentran en los arts. 359-367 del CP, y podemos configurar dos bloques distintos: los delitos relativos a la elaboración y despacho de sustancias nocivas, productos peligrosos y medicamentos, y por otro lado los delitos de fraude alimentario. Lo que se pretende hacer a continuación es simplemente exponer el catálogo de delitos contra la salud pública sin entrar en su exégesis ya que, como se ha explicado con anterioridad, lo que se intenta demostrar con esta panorámica de la protección que el CP otorga al consumidor es que no existen tipos penales que otorguen una eficaz tutela a los "genuinos intereses socioeconómicos de consumo", es decir, que traten de impedir la puesta en peligro del patrimonio de un número indefinido de consumidores. En lo que se refiere a la salud de los mismos, con la muestra del catálogo de delitos contra la salud pública se pretende demostrar que en tal ámbito sí existe una eficaz protección penal, ya que la mayoría de los figuras delictivas son tipos de peligro, de modo que se protege a los consumidores en un estadio previo a la producción de una lesión efectiva de su salud<sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup> Vid. DOVAL PAIS, op. cit., pág. 247-249. Vid. infra en el Capítulo Segundo, epígrafe I.2., apartado a.3.1., un análisis más completo de este bien jurídico, de la misma naturaleza dogmática que el bien jurídico protegido en los genuinos delitos socioeconómicos de consumo.

<sup>111</sup> Por ello, no resulta correcto interpretar que determinados delitos socioeconómicos de consumo no sólo protegen al consumidor frente a conductas que ponen en peligro su patrimonio, sino también su salud. Si la salud del grupo colectivo de consumidores resulta eficazmente protegida mediante los delitos contra la salud pública frente a diferentes ataques que la ponen en peligro, sólo va a ser necesario configurar nuevas figuras delictivas que protejan adecuadamente el patrimonio de los consumidores; vid. sobre este tema infra, Segunda parte, Capítulo Segundo, epígrafe I.3.



a) *Delitos relativos a la elaboración y despacho de sustancias nocivas, productos peligrosos y medicamentos (arts. 359-362 del CP)*

a.1. Delitos relativos a la elaboración y despacho de sustancias nocivas y productos peligrosos (arts. 359 y 360 del CP)

Dentro de este primer bloque de delitos contra la salud pública nos encontramos en un principio con los arts. 359 y 360, que castigan a quien elabore, despache, suministre o comercie con sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos si se encuentra en alguna de estas dos circunstancias: o **no está debidamente autorizado** (siendo la pena aplicable la de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para profesión a industria por tiempo de seis meses a dos años), o **está autorizado pero no cumple las formalidades previstas en las Leyes y Reglamentos respectivos** (en tal caso la pena será una multa de seis a doce meses e inhabilitación para la profesión u oficio de seis meses a dos años).

El objeto material de estos delitos está integrado, como se ha dicho, por **sustancias nocivas para la salud y productos químicos**. En relación con las primeras, debe entenderse que la nocividad se refiere a la capacidad intrínseca de tales sustancias de producir daños a la salud, dentro de un uso normal de las mismas. Sin embargo, debe advertirse que no todas las sustancias nocivas para la salud pueden considerarse objeto material de estos delitos, ya que el CP ha dedicado preceptos concretos a determinados tipos de sustancias nocivas, como por ejemplo las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, o los materiales nucleares o elementos radiactivos. Por su parte, el concepto de productos químicos que puedan causar estragos permite incluir en él no sólo los productos de esa naturaleza que causen daños a la salud, sino también los que atenten contra medios físicos distintos del humano. Así, dentro de este concepto se incluirían los

explosivos, sustancias inflamables, residuos tóxicos y peligrosos, y en general cualquier producto de naturaleza análoga a los anteriores<sup>112</sup>.

El núcleo de la infracción reside en la realización de la conducta descrita sin poseer la autorización correspondiente o incumpliendo las formalidades legales exigibles, de tal modo que el legislador ya presupone que una actuación así implica un peligro para la salud de los consumidores, sin que sea necesario constatar ni que se ha producido una concreta puesta en peligro ni que se ha producido una lesión. De todos modos, lo que sí se exige es la **aptitud de la conducta para provocar tal peligro a la salud de los consumidores**: esto se deduce de la propia redacción típica, la cual exige que las sustancias sean "nocivas" y que los productos químicos "puedan causar estragos". Por lo tanto, aunque ambos artículos tipifican una conducta como peligrosa "a priori", se exige en cada caso concreto comprobar que las sustancias o los productos químicos presentaban las características de nocividad o susceptibilidad de causar estragos, de tal modo que su configuración sea apta para provocar un peligro para la salud de los consumidores<sup>113</sup>.

#### a.2. Delitos relativos a los medicamentos (arts. 361-362 del CP)

---

<sup>112</sup> Vid. GUINARTE CABADA, G., *El delito de elaboración y tráfico ilícitos de sustancias nocivas o productos peligrosos*, en Estudios Penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989, pág. 405-406.

<sup>113</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios al Nuevo CP*, cit., pág. 1680.

Debe tenerse en cuenta que el concepto de nocividad no es interpretado del mismo modo por los diversos autores. Hay quien considera que la nocividad de una sustancia debe entenderse como "la capacidad general e intrínseca de algunos productos o elementos químicos para causar menoscabo a la salud"; es decir, se elabora una definición objetiva que obliga a excluir del ámbito típico aquellas sustancias que sólo producen efectos nocivos en casos determinados y con referencia exclusivamente a algunas personas; vid. GUINARTE CABADA, G., *El delito de elaboración y tráfico ilícitos de sustancias nocivas o productos peligrosos*, cit., pág. 402. Sin embargo, existen otros autores que admiten la existencia de un concepto de nocividad absoluta (aquella que produce los mismos efectos para todos) y otro de nocividad relativa (la que se da sólo en concretos supuestos y respecto a determinadas personas), admitiendo que las dos clases de nocividad podrían integrarse en los arts. 359 y 360; vid. HASSEMER / MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, cit., pág. 79; ARENAS RODRIGÁÑEZ, M.P., *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, EDERSA 1992, pág. 154.

Dentro de este bloque de delitos contra la salud pública nos encontramos, en segundo lugar, con los delitos relacionados con la elaboración y despacho de medicamentos (arts. 361 y 362 CP). Se castiga a quien ponga en peligro la vida o la salud de las personas a través de alguno de estos dos tipos de comportamiento: por un lado, despachar medicamentos deteriorados, caducados o que incumplan la normativa vigente al respecto (art. 361, que impone una pena de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de seis meses a dos años); y por otro lado, alterar un medicamento privándole de su eficacia terapéutica, simular medicamentos o sustancias benefactoras para la salud, o tener en depósito u ofrecer en venta los referidos medicamentos alterados o simulados (art. 362, que prevé como pena base la de prisión de seis meses a tres años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de uno a tres años).

En primer lugar, y refiriéndonos al art. 361, cabe concretar que se sanciona la expedición o despacho de medicamentos "deteriorados o caducados, o que incumplan las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia". Debe señalarse que el concepto de deterioro posee un significado específico, puesto que implica que un medicamento que originariamente cumple las características de calidad legalmente exigibles, las ha perdido a causa del transcurso del tiempo o de su deficiente conservación<sup>114</sup>.

En cambio, el incumplimiento de las exigencias técnicas de composición, estabilidad y eficacia puede verificarse en cualquier fase del proceso de producción y distribución del medicamento, desde su fabricación hasta su comercialización. La especificación típica de que las exigencias legales que debe cumplir todo medicamento deben referirse a su composición, estabilidad y eficacia implica un reforzamiento de la tutela del consumidor. No se protege solamente la seguridad de

---

<sup>114</sup> Vid. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *El delito farmacológico*, EDERSA 1995, pág. 290-293; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, Tecnos, Madrid 2000, pág. 34.

los consumidores entendida en el sentido de que el medicamento no puede causar efectos tóxicos o indeseables, sino que se logra un ámbito mayor de protección: al exigirse el cumplimiento del requisito de eficacia, se incluirían en el tipo las hipótesis en que el peligro nace no de la nocividad del medicamento, sino de su nula eficacia terapéutica, que puede resultar realmente grave para un enfermo necesitado de medicación<sup>115</sup>.

Con respecto al art. 362, su valoración en conjunto no resulta positiva, puesto que el excesivo casuismo del precepto provoca determinadas lagunas punitivas y asimismo se limita su eficacia operativa.

El primer número de este art. 362 castiga a quien altere la cantidad, la dosis o la composición genuina, según lo autorizado o declarado, de un medicamento, privándole total o parcialmente de su eficacia terapéutica, y de este modo ponga en peligro la vida o la salud de las personas. La descripción típica resulta criticable principalmente por la exigencia de este último requisito, común a todas las modalidades de alteración: la privación total o parcial de la eficacia terapéutica del medicamento. 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, obtendríamos 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 disminuida<sup>116</sup>.

Resulta también criticable la configuración de la conducta típica en el tercer párrafo del art. 362.1, según el cual se castiga un amplio número de comportamientos: depósito, anuncio, publicidad, ofrecimiento, exhibición, venta, facilitación o utilización de los medicamentos alterados, poniendo de este modo en peligro la vida o la salud de las personas. Tal casuística, que lógicamente pretende

---

<sup>115</sup> Vid. GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios al Nuevo CP*, cit., pág. 1686.

<sup>116</sup> Vid. GARCÍA ALBERO, op. cit., pág. 1690; siguiéndole, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, cit., pág. 37.

abarcarse el mayor número de supuestos en los que se produzca un peligro para la salud del consumidor, en último término no acaba cumpliendo tal objetivo básicamente por dos razones. En primer lugar, porque sólo hace referencia a los medicamentos alterados, dejando fuera a las conductas que recaigan sobre imitaciones y simulaciones, e incluso sobre medicamentos deteriorados o caducados. En segundo lugar, tampoco resulta compatible con tal casuismo la exigencia de que a consecuencia de la conducta se produzca un peligro concreto para la vida o salud de las personas; en efecto, para la real causación de tal peligro es necesario poner efectivamente el medicamento a disposición del consumidor, no bastando, por ejemplo, con una mera tenencia en depósito si no obtenemos como resultado concreto peligro de la salud del consumidor.

Por último, cabe hacer referencia al segundo párrafo del art. 362.1, que sanciona la imitación y simulación de medicamentos, privándolos de eficacia terapéutica, y poniendo así en peligro la vida o la salud de las personas.

#### b) *Fraudes alimentarios (arts. 363-365 del CP)*

El art. 363 tipifica una serie de conductas que han de cumplir necesariamente dos requisitos comunes a todas ellas: que sean realizadas por **productores, distribuidores o comerciantes**, y que pongan en peligro la salud de los **consumidores**. La pena aplicable será prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por tiempo de tres a seis años.

El primero de estos dos requisitos significa que se ha configurado un *delito especial*, con lo cual sólo pueden ser sujetos activos del delito los que ostenten la condición de productor, distribuidor o comerciante del producto alimentario. La doctrina ha criticado esta restricción del sujeto activo, porque puede significar la impunidad de todo aquel que, sin poseer la cualificación mencionada, realice directamente o intervenga en cualquiera de las conductas descritas en el tipo<sup>117</sup>.

---

<sup>117</sup> Vid. BOIX REIG, J. / DOVAL PAIS, A., *Comentarios al CP de 1995*, cit., Vol. II,

Hubiera sido más adecuado emplear la fórmula del artículo siguiente (el 364), el cual configura un delito común pero prevé a la vez que, junto a la pena general, se imponga la pena de inhabilitación al autor si fuese el propietario o responsable de producción de una fábrica de productos alimenticios; de tal modo, se evitarían las posibles lagunas de punición cuando es un simple particular el que realiza los comportamientos previstos en el art. 363.

En cuanto al segundo requisito, cabe decir que se exige la producción de un *peligro concreto* para la salud de los consumidores. Por ello, no basta con probar la mera peligrosidad presente en las sustancias alimenticias ofrecidas, que se deriva simplemente de las características de tales productos (nocividad, deterioro y demás circunstancias mencionadas en el precepto); es necesario además verificar que se ha producido un concreto peligro para la salud del consumidor, para lo cual será preciso que el producto haya sido puesto a disposición de los consumidores<sup>118</sup>.

Pasando ya al análisis de las concretas figuras delictivas, nos encontramos en primer lugar con que se tipifica el **ofrecimiento en el mercado de productos alimenticios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición**. La doctrina ha puntualizado que el "ofrecimiento en el mercado" no es sinónimo estrictamente de una puesta a disposición del consumidor final, sino que incluye también el ofrecimiento del producto a otros sujetos, como el distribuidor, que no pretenden consumirlo, sino integrarlo en un concreto proceso de fabricación y comercialización<sup>119</sup>.

El principal inconveniente de este nº 1 del art. 363 radica precisamente en esta exigencia de violación de las disposiciones sobre composición o caducidad del alimento; como consecuencia de esto, se restringe excesivamente la conducta típica y

---

pág. 1666.

<sup>118</sup> Vid. al respecto ÍÑIGO CORROZA, M.E., *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, Bosch, Barcelona 2001, pág. 299, y bibliografía citada en nota 775.

<sup>119</sup> Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Fraudes alimentarios nocivos*, en CLP 1985, Tomo V, Vol. 2º, pág. 817; GARCÍA ALBERO, R., *La tutela penal y administrativa de la salud de los consumidores en materia alimentaria. Consideraciones críticas en torno a su articulación jurídica*, en RJC 1990, nº 4, pág. 108.

quedarían fuera del tipo conductas que causan un perjuicio similar, como por ejemplo el ofrecimiento de alimentos cuya nocividad nace de la infracción de las normas sanitarias que deben cumplirse en el proceso de su manipulación<sup>120</sup>.

A pesar de todo, la anterior objeción puede salvarse gracias a la amplitud del comportamiento típico descrito en el nº 2 del art. 363: **fabricar o vender bebidas o comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud**. Efectivamente, en este apartado puede tener cabida un gran número de conductas de fraude alimentario, ya que se exige simplemente la nocividad del producto, sin requerir, como el apartado anterior, que tal nocividad provenga de la infracción de una determinada normativa.

Por su parte, el nº 3 del precepto objeto de comentario sanciona a todo aquel que **trafique con géneros corrompidos**. Este apartado presenta también una considerable amplitud que permite solucionar el problema planteado en relación con el nº 1 de este artículo, es decir, abarca los supuestos en que la nocividad proviniera de infracciones en materia distinta a la caducidad o composición de los alimentos.

El nº 4 del art. 363 castiga a quien **elabore productos cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud**, y a quien **comercie con ellos**. A primera vista, parece que nos encontramos ante un precepto en el que puede integrarse un amplio número de conductas, dado el carácter omnicompreensivo de su objeto material: la referencia genérica a "productos" permite incluir los supuestos en los que el peligro para la salud del consumidor proviene de cualquier objeto destinado al consumo, sin necesidad de que sea un producto alimentario. Sin embargo, esta amplitud del objeto material se ve contrarrestada por el requisito típico de la ausencia de la preceptiva autorización para el uso del producto. Al margen de que la exigencia de infracción de una determinada normativa ya supone una restricción de las posibles conductas típicas, en este caso tal restricción es aún mayor si tenemos en cuenta que tal normativa ha de ir referida al "uso" del producto. Efectivamente, mientras existe un gran número de disposiciones relativas a la producción y comercialización de los diferentes productos, apenas podemos encontrar ejemplos de normativa reguladora

---

<sup>120</sup> Cf. GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios al Nuevo CP*, cit., pág. 1698; BOIX REIG, J. / DOVAL PAÍS, A., *Comentarios al CP de 1995*, cit., pág. 1670.

del uso de los mismos; como consecuencia, se frustra la aplicación de un precepto que podría en principio abarcar un variado elenco de supuestos de puesta en peligro de la salud de los consumidores.

Por último, el nº 5 del art. 363 castiga a quien oculte o sustraiga efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados, con el objeto de comerciar con ellos. Nos encontramos aquí con otro comportamiento típico que prevé un objeto material omnicomprendido, no limitado a los productos alimentarios, ya que el término "efectos" puede considerarse sinónimo de "productos" en general. De este modo, se articula una protección de la salud del consumidor frente a peligros derivados de productos que, por presentar determinadas características que se regulan en una disposición legal o reglamentaria, están destinados específicamente a su inutilización o destrucción<sup>121</sup>.

El art. 364 del CP incrimina conductas consistentes en la adulteración de sustancias destinadas al comercio alimentario. Nos encontramos ya de principio con un tipo mucho menos restringido que el artículo anterior, básicamente por dos razones: en primer lugar, porque se configura un *delito común*, sin exigir ninguna cualificación especial al sujeto activo<sup>122</sup>; en segundo lugar, porque *no se exige la puesta en peligro concreto* de la salud o la vida de las personas, adelantando la intervención penal al mismo momento de adulteración del producto sin que sea preciso ponerlo a disposición del consumidor.

La conducta típica consiste en la **adulteración de alimentos, sustancias o bebidas destinadas al comercio alimentario mediante aditivos u otros agentes no**

---

<sup>121</sup> Es decir, no se precisa una resolución administrativa, un pronunciamiento de las autoridades o servicios sanitarios que confirmen específicamente el destino de los productos a su inutilización o desinfección; vid. LUZÓN PEÑA, D.M., *Ocultación y sustracción de efectos destinados a la inutilización o desinfección. Comentario a la STS (Sala 2ª) de 12 de abril de 1989*, en La Ley 1989-3, pág. 332-334.

<sup>122</sup> Se imponen las mismas penas que en el artículo anterior, previendo la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio de seis a diez años sólo cuando el reo fuese el propietario o responsable de producción de una fábrica de productos alimenticios.



**autorizados susceptibles de causar daños a la salud de las personas.** Esta descripción presenta un problema técnico bastante importante: se exige que la nocividad se halle en los propios aditivos o agentes no autorizados, en vez de en el propio producto alimenticio resultante de la adulteración. Lo que el legislador olvida es que la toxicidad de los aditivos o agentes depende fundamentalmente de la dosis que se utiliza de los mismos, y de su interacción con los productos a los que se añaden. Por este motivo, se debe interpretar este precepto (efectuando una analogía "in bonam partem") entendiéndose que la nocividad, la susceptibilidad de dañar al consumidor, debe predicarse respecto al alimento mismo una vez que se le han añadido los aditivos o agentes correspondientes<sup>123</sup>.

Debe hacerse hincapié en el hecho de que los aditivos o agentes a los que se refiere el presente artículo no han de estar autorizados. Con respecto a la cuestión de la autorización, es importante señalar que ésta debe entenderse siempre en relación con cada producto concreto, ya que el uso de un mismo aditivo puede estar autorizado para un determinado alimento y para otro no. De este modo, serán típicas las adulteraciones causadas por un agente o aditivo cuyo uso en general se halla autorizado, si tal uso se halla prohibido en relación con el concreto producto que resulta adulterado<sup>124</sup>.

El ap. 2 del art. 364 tipifica una serie de **conductas relacionadas con el tratamiento y venta de las carnes y productos derivados de animales de abasto**, y en ninguna de las cuales se exige la puesta en concreto peligro del consumidor.

---

<sup>123</sup> Cf. GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios al Nuevo CP*, cit., pág. 1705; SUAY HERNÁNDEZ, C., *Los delitos contra la salubridad y seguridad del consumo en el marco de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*, en *Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador*, CGPJ, Madrid 1997, pág. 161.

<sup>124</sup> La exigencia típica de que los aditivos y demás agentes no estén autorizados impide incluir en el art. 364 los supuestos de adulteración derivada del empleo de agentes autorizados que han sido empleados en dosis superiores a las permitidas. Esta forma de adulteración de productos alimenticios sólo tendrá cabida en el nº 1 del art. 363, siempre que cumpla además los restantes requisitos que exige este tipo, teniendo en cuenta principalmente que nos hallamos ante un delito especial.

En primer lugar, se incrimina a quien administre a los animales destinados 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. El legislador tipifica la conducta mencionada en atención simplemente a la peligrosidad de la sustancia administrada al animal; con respecto a esto, es importante destacar que para que exista tal peligrosidad el legislador no exige simplemente que la sustancia no esté permitida, sino que requiere a mayores que sea apta para generar un riesgo para la salud de las personas. En relación con este punto, es importante tener en cuenta que no sólo es peligrosa la sustancia que, ingerida aislada o reiteradamente, causaría un daño a la salud, sino también aquella que, sin ser intrínsecamente peligrosa, convierte al producto al cual se añade en peligroso para la salud<sup>125</sup>.

En segundo lugar, se castiga el sacrificio de animales tratados o alimentados con las sustancias prohibidas. En buena lógica se supone que el legislador ha querido sancionar a quien sacrifique animales de abasto o destine sus productos al consumo humano si previamente se ha suministrado a estos animales sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas, o en dosis superiores o para fines distintos a los autorizados (es decir, si previamente los animales han sido víctimas de alguno de los comportamientos recogidos en el nº 1 del art. 364.2). Sin embargo, el legislador no ha adoptado una redacción legislativa correcta y consecuentemente, si atendemos al tenor literal del precepto, no se incriminaría, por ejemplo, el sacrificio de animales de abasto a los que se han administrado sustancias autorizadas en dosis superiores a las permitidas<sup>126</sup>.

En tercer lugar, se sanciona a todo aquel que despache al consumo público las carnes o productos de los animales de abasto sin respetar los períodos de espera reglamentariamente previstos. Este último apartado se diferencia de los anteriores en

---

<sup>125</sup> Es necesario puntualizar que, pese a la deficiente redacción legislativa, debe entenderse que la aptitud para generar riesgo para la salud de las personas debe predicarse de los tres supuestos recogidos en el nº 1 de este art. 364.2: administración de sustancias no permitidas, o en dosis superiores o para fines distintos a los autorizados.

<sup>126</sup> Tal y como se desprende de la redacción del precepto, se excluyen inexplicablemente del ámbito típico los supuestos de tráfico de animales de abasto enfermos o contaminados por causas naturales; vid. GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios al Nuevo CP*, cit., pág. 1709.

que se criminaliza simplemente una conducta que el legislador ya considera peligrosa, sin exigir a mayores una determinada aptitud para generar riesgo para la salud de las personas. Esta opción se justifica por el hecho de que aquí nos encontramos con un comportamiento mucho más próximo al consumidor: el despacho de las carnes o productos mencionados. Los apartados anteriores constituyen comportamientos que no presentaban una proximidad directa con el consumidor (suministro a animales de sustancias no permitidas o sacrificio de los animales receptores de estas sustancias), por lo cual se justifica la exigencia de que tales sustancias sean aptas para generar riesgo para la salud de las personas; sin embargo, en el presente caso la conducta consiste en el ofrecimiento directo a los consumidores, de modo que el legislador renuncia a exigir que la conducta que él tipifica como peligrosa presente alguna clase de aptitud para generar el riesgo antes mencionado.

El art. 365 CP castiga con la pena de prisión de dos a seis años al que **envenena o adultera con sustancias infecciosas, u otras que puedan ser gravemente nocivas para la salud, las aguas potables o las sustancias alimenticias destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas.** No se incrimina solamente una conducta que en principio aparece como abstractamente peligrosa (envenenamiento o adulteración), sino que se exige además una determinada aptitud de tal conducta para generar un riesgo para la salud de las personas: se requiere que las sustancias con las que se envenena o adultera puedan ser gravemente nocivas para la salud.

Aquí nos volvemos a encontrar con el inconveniente planteado en relación con el art. 364.1: la nocividad se predica de las sustancias adicionadas, cuando en realidad lo correcto sería predicarla de la sustancia alimenticia (y asimismo del agua, en el art. 365) a la que se han añadido tales sustancias. Además, como también ocurría en el artículo anterior, hay que poner de relieve que la nocividad de una sustancia no se puede definir aisladamente, sino que depende del producto al que se añade y de la dosis que ha sido utilizada.

c) *Delitos contra la salud pública cometidos por imprudencia grave (art. 367 del CP)*

El art. 367 CP, conforme al criterio de "numerus clausus" en la incriminación de la imprudencia, castiga con las penas inferiores en grado a quienes realicen por imprudencia grave los hechos previstos en los artículos anteriores (es decir, los preceptos que se acaban de comentar: art. 359-365).

Sin entrar en el análisis de cómo sería la realización imprudente de cada delito en particular, cabe decir como apreciación general que, si bien en principio la incriminación de la imprudencia puede parecer una decisión adecuada que permite otorgar una mayor tutela al consumidor, realmente en bastantes supuestos nos encontramos con una ampliación injustificada de las conductas punibles. En efecto, la mayoría de los tipos analizados constituyen delitos en los que se tipifica simplemente una conducta considerada peligrosa en abstracto, con lo cual ya se produce un adelantamiento de la protección penal que no cabe ampliar todavía más incriminando las conductas imprudentes. En realidad, los únicos supuestos en los que sería adecuada la incriminación imprudente serían aquellos en los que la conducta supone una puesta a disposición directa del consumidor, puesto que en estos casos la proximidad del producto con el público en general sí justificaría ampliar el castigo a las conductas imprudentes<sup>127</sup>.

---

<sup>127</sup> Vid. GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios al Nuevo CP*, cit., pág. 1712-1714; vid. también críticamente con esta cláusula genérica de sanción de la imprudencia DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Infracciones y sanciones...*, cit., pág. 47-48.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: DEFINICIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS SOCIOECONÓMICOS DE CONSUMO Y COMPROBACIÓN DEL RESPETO DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA INTERVENCIÓN PENAL**

### **I. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS GENUINOS DELITOS SOCIOECONÓMICOS DE CONSUMO**

#### **1. Delimitación conceptual del bien jurídico protegido en los genuinos delitos socioeconómicos contra los consumidores**

Resulta evidente que, a la hora de proceder a la criminalización de cualquier conducta, el legislador debe partir siempre de la existencia de un bien jurídico que es necesario proteger. Lo que no resulta siempre fácil es definir qué bien jurídico se está defendiendo en cada caso, en particular en delitos de creación tan reciente como los “genuinos delitos socioeconómicos contra los consumidores”: se trata de los arts. 281, 282 y 283 del Código Penal, contenidos en la Sección 3ª del Capítulo XI de su Título XIII, bajo la rúbrica “De los delitos relativos al mercado y a los consumidores”.

El *art. 282* tipifica el delito de **publicidad falsa**. Se trata de incriminar la emisión de publicidad u ofertas falsas siempre que presente aptitud para causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, es decir, en todos aquellos casos en que ha sido posible un contacto entre las manifestaciones publicitarias y

el bien jurídico "patrimonio". En el *art. 283* se recoge el delito de **facturación ilícita**. Se sanciona en este precepto a aquel que en perjuicio del consumidor, tras manipular aparatos automáticos que miden el costo o precio de productos o servicios, facture por estos últimos cantidades superiores a las debidas. Por último, el *art. 281* castiga las conductas de **detracción del mercado de materias primas o productos de primera necesidad**, con intención de desabastecer un sector del mismo, forzar una alteración de precios o perjudicar gravemente a los consumidores; si bien resulta obvio que la conducta descrita en este precepto supone un evidente perjuicio para los consumidores, también está dañando a la vez el desarrollo de la libre competencia dentro del mercado.

Para empezar, es necesario tomar como base una clasificación general de los distintos bienes jurídicos, y a partir de ahí determinar qué naturaleza posee el bien jurídico protegido en este grupo de delitos. Así, en un principio, la primera división se produce entre **bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos supraindividuales o colectivos**. Mientras que los primeros se caracterizan por ser intereses pertenecientes a cada sujeto en concreto (por ejemplo, la salud personal o el patrimonio), los segundos constituyen intereses que pertenecen a un amplio grupo de individuos.

Tradicionalmente el Derecho penal venía constituido por delitos que atentaban contra bienes jurídicos individuales, pero en los últimos tiempos se ha tomado conciencia de la gran importancia de actuaciones criminales que atentan contra la economía, el medio ambiente, los consumidores, etc.; se trata de conductas delictivas que afectan a todos los miembros de la comunidad social o, al menos, a un amplio colectivo dentro de la misma. Aquí se rompe la concepción tradicionalmente individualista del bien jurídico, y se hace necesario construir un concepto de bien jurídico que abarque los intereses tanto individuales como supraindividuales. En esta línea están aquellas definiciones que afirman, por ejemplo, que bienes jurídicos son "aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización en la vida social"<sup>128</sup>, o "las condiciones de la vida social, en la medida en la que afecten a las

---

<sup>128</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, Bosch, Barcelona 1975, pág. 48.

posibilidades de participación de individuos en el sistema social"<sup>129</sup>. Este tipo de definición permite abarcar objetos materiales, objetos inmateriales, relaciones, intereses y derechos, siempre que sean socialmente valiosos; por otra parte, también se da cabida así como titular del bien jurídico no sólo a la persona individualmente considerada, sino también a cualquier colectividad<sup>130</sup>.

Cabe destacar que hasta desde una teoría personalista del bien jurídico, que defiende que sólo merecen tutela penal los bienes pertenecientes a los individuos concretos, no habría inconveniente en aceptar la incriminación de conductas lesivas de bienes jurídicos supraindividuales. Ciertamente los defensores de dicha tesis se muestran contrarios a la configuración de esta última clase de bienes jurídicos, ya que consideran que así sólo se protegen "funciones" o "instituciones" abstractas, que guardan una relación demasiado superficial e inconsistente con los bienes jurídicos pertenecientes al individuo<sup>131</sup>. Sin embargo, incluso partiendo de esta perspectiva se

---

<sup>129</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, cit., pág. 92. En un sentido parecido se pronuncian también TERRADILLOS BASOCO y LUZÓN PEÑA: el primero de ellos define bienes jurídicos como "las posibilidades de satisfacción de las necesidades humanas", cfr. *La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal*, en RFDUCM 1981, nº 63, pág. 136; y el segundo autor citado los conceptúa como "las condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad", cfr. *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Universitas 1996, pág. 327.

<sup>130</sup> Un buen número de autores mantiene una concepción del bien jurídico en una doble dimensión individual y social: así, cabe citar también, a modo de ejemplo, la definición ofrecida por COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pág. 318, considerando bien jurídico a "todo valor de la vida humana protegido por el Derecho", y recalcando que la idea de valor no ha de entenderse sólo en sentido individualista, puesto que también existe una serie de valores sociales, públicos y comunitarios dignos de protección penal. Vid. también, destacando la dimensión social del bien jurídico, a autores como JESCHECK, H.H. / WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, Duncker und Humblot, Berlin 1996, pág. 257-258, quienes afirman que el bien jurídico ha de entenderse como "un valor abstracto y jurídicamente protegido del orden social, en cuyo mantenimiento la comunidad tiene un interés, y que puede atribuirse, como titular, a la persona individual o a la colectividad"; asimismo GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Sobre la teoría del "bien jurídico" (aproximación al ilícito penal)*, en RFDUCM 1983, nº 69, pág. 98 y ss.

<sup>131</sup> Cfr. HASSEMER, W., *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*, en *Doctrina penal* 1989, pág. 279; del mismo, *Rasgos y crisis del Derecho penal moderno*, en ADPCP 1992, Fasc. I, pág. 241 y ss; PRITTWITZ, C., *Strafrecht und Risiko*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 1993, pág. 245, nota 49; HILGENDORF, E., *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft"*, Duncker und Humblot,

puede justificar la necesidad de construir bienes jurídicos espiritualizados ya que, como dicen los autores situados en esta corriente, "al ser la persona un ser social, sólo puede preservar y realizar sus intereses dentro de la sociedad y de las instituciones de la misma"<sup>132</sup>; en otras palabras, se acepta la tutela de bienes supraindividuales siempre que se configuren desde una perspectiva garantista, respetando el principio de taxatividad y guardando una relación directa y estrecha con el individuo<sup>133</sup>.

Como propone Martínez-Buján, entre otros, dentro de la categoría de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos cabe hacer una distinción<sup>134</sup>: por un lado existen **bienes jurídicos generales**, es decir, intereses pertenecientes a la sociedad en general (por ejemplo, el medio ambiente o el patrimonio de la Hacienda pública o la Seguridad social); por otro lado están los **bienes jurídicos "difusos"**, que son propios solamente de un sector concreto de la sociedad: a este grupo pertenece el bien jurídico protegido en los delitos socioeconómicos contra los consumidores<sup>135</sup>.

---

Berlin 1993, pág. 50; VOLK, K., *Strafrecht und Wirtschaftskriminalität*, en JZ 1982, pág. 87-88; también MOCCIA, S., *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales*, en Política criminal y nuevo Derecho penal (Silva Sánchez, J.M., ed.), Bosch, Barcelona 1997, pág. 117 y ss. Por tales motivos estos autores han afirmado que el principio de subsidiariedad de la intervención penal se ha "socializado" al permitir la incriminación de conductas que atentan contra bienes jurídicos supraindividuales; cfr. VOLK, op. cit., pág. 88; HERZOG, F., *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Decker's Vlg, Heidelberg 1991.

<sup>132</sup> Cfr. HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1989, pág. 110; cfr. también HASSEMER, W., *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*, cit., pág. 281-282.

<sup>133</sup> Cfr. MOCCIA, S., *De la tutela de bienes a la tutela de funciones*, cit., pág. 125-126.

<sup>134</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia 1998, pág. 94.

<sup>135</sup> Hay que mencionar que las denominaciones aplicadas a estos bienes jurídicos no individuales han sido múltiples y variadas: vid. al respecto la enumeración ofrecida por SANTANA VEGA, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Dykinson, Madrid 2000, pág. 96. En este sentido, es relativamente frecuente encontrar que se emplean como sinónimas las expresiones "bienes jurídicos colectivos" y "bienes jurídicos difusos": así SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid 1999, pág. 67-68; también SANTANA VEGA, op.



Efectivamente, con los mencionados preceptos del Código Penal se intenta proteger los intereses difusos de los consumidores, es decir, "el interés de este grupo colectivo en el orden del mercado, configurado como un bien jurídico espiritualizado o institucionalizado de índole colectiva, de la misma naturaleza dogmática que la seguridad del tráfico, la seguridad colectiva o la salud pública"<sup>136</sup>. El italiano Sgubbi ha sido el autor de la expresión "intereses difusos", caracterizados por estar presentes de modo informal y masivo en el seno de la comunidad social, y se ha referido específicamente a los "intereses difusos de los consumidores": según este autor, la situación de inferioridad de estos últimos frente a los oferentes de bienes y servicios determina la existencia de un interés común de la masa de consumidores en el mantenimiento de la lealtad de los comportamientos de productores y empresarios<sup>137</sup>.

El "interés difuso" de los consumidores es calificado además como un *interés sectorial*, característico de un grupo amplio de sujetos (los consumidores), pero que no abarca a toda la sociedad al completo<sup>138</sup>. Como lógica consecuencia de lo anterior, el "interés difuso" se manifiesta con carácter *dialéctico*, es decir: al ser propio de un determinado grupo social, se contrapone al interés de otro grupo dentro

---

cit., pág. 97, quien equipara tales expresiones, si bien decantándose por la utilización del término "colectivos". Como se acaba de decir en texto, aquí se prefiere emplear el vocablo "colectivos" como concepto global, ya que según el Diccionario de la Real Academia significa "perteneciente o relativo a cualquier agrupación de individuos"; así, esta agrupación puede ser tanto sectorial (a la cual corresponderían los intereses "difusos") como general, que abarque la comunidad social completa (se hablaría en tal caso de intereses "generales").

<sup>136</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Comentarios al CP de 1995*, cit., vol. II, pág. 1356; del mismo, *Derecho penal económico. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pág. 67.

<sup>137</sup> Vid. SGUBBI, F., *Tutela penale di "interessi diffusi"*, en *La Questione Criminale* 1975, pág. 449 y ss; vid. también OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho penal*, en *RFDUC* 1979, nº 57, pág. 117 y ss. También MARCONI, G., *La tutela degli interessi collettivi in ambito penale*, en *RIDPP* 1979, pág. 1062-1063, califica a los "intereses difusos" como intereses comunes a un conjunto no determinable de personas que se hallan en una misma situación de hecho.

<sup>138</sup> Cfr. TORÍO LÓPEZ, A., *Reflexión sobre la protección penal de los consumidores*, en *Estudios sobre el Derecho de consumo (AAVV)*, Bilbao 1994, 2ª edición, pág. 143; vid. también BRICOLA, F., *Partecipazione e giustizia penale. Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, en *La Questione Criminale* 1976, nº 2, pág. 32.

de la misma sociedad (en este caso, el interés opuesto al de los consumidores sería el de los empresarios)<sup>139</sup>.

Se ha afirmado también que, como regla general, los intereses difusos son propios de sectores donde se llevan a cabo *actividades socialmente necesarias*, en los que las conductas peligrosas para un bien jurídico determinado suelen producirse en serie; esto va a ser un elemento fundamental que justifica la necesidad de tutela específica de los intereses difusos frente a las conductas que en este ámbito ponen en peligro sus bienes jurídicos individuales<sup>140</sup>. Tales afirmaciones pueden aplicarse sin duda al caso de los intereses difusos de los consumidores; así, en primer lugar puede comprobarse que éstos son propios de un conjunto de actividades imprescindibles en la sociedad: la adquisición de bienes o servicios para cubrir las propias necesidades o simplemente para satisfacer un deseo personal. En segundo lugar, se puede verificar que en este ámbito las conductas peligrosas para los intereses de los consumidores se producen en serie ya que, debido a los fenómenos de producción y contratación en masa, el mismo producto o servicio o el mismo tipo de contrato se dirigirán a múltiples consumidores a la vez; en otras palabras, los ataques u ofensas contra intereses difusos no pueden definirse con toda precisión, sino que sus contornos se diluyen y se logra una gran expansión<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> En este sentido, afirma GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores como principio general del ordenamiento español*, en EC 1999, nº 48, pág. 137, que el sometimiento (la situación de inferioridad) de los consumidores a los empresarios oferentes posee un carácter estructural y permanente; vid. también GHIDINI, G., *L'intérêt des consommateurs comme intérêt "diffus", et sa défense*, en Rivista di Diritto Commerciale 1978, I-II, pág. 36; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores*, cit., pág. 92-93.

<sup>140</sup> Vid. MORALES PRATS, F., *Técnicas de tutela penal de los intereses difusos*, en Intereses difusos y Derecho penal, CGPJ, Madrid 1994, pág. 81 y ss.

<sup>141</sup> Cfr. PEDRAZZI, C., *Problemi di tecnica legislativa*, en Comportamenti economici e legislazione penale (AAVV), Giuffrè, Milano 1979, pág. 32-33; FIANDACA, G., *La tipizzazione del pericolo*, en Dei Delitti e delle Pene 1984, nº 3, pág. 453; GRASSO, G., *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati attentato*, en RIDPP 1986, pág. 710.

Por otra parte, no sólo se conceptúa el bien jurídico protegido como de carácter difuso, sino que otra de sus características importantes es el hecho de constituir un **bien jurídico espiritualizado o institucionalizado**. Según la explicación de Martínez-Buján, estamos ante una "abstracción conceptual", que se construye para englobar los **bienes jurídicos individualizables** del grupo colectivo de consumidores: su patrimonio y su libertad de disposición<sup>142</sup>; precisamente se ha afirmado que los "intereses difusos" (en este caso de los consumidores) se fragmentan en una pluralidad de situaciones subjetivas referidas a individuos particulares<sup>143</sup>. Lo que justifica la creación del bien jurídico espiritualizado "interés de los consumidores en el orden del mercado" es la necesidad de tutela de esos bienes individuales<sup>144</sup>, necesidad que surge ante la indeterminación del peligro que

---

<sup>142</sup> Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., en *Derecho penal económico. Parte general*, cit., pág. 104; vid. en el mismo sentido ARROYO ZAPATERO, *Derecho penal económico y Constitución*, en *Revista Penal* 1997, nº1, pág. 2; también RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid 1994, pág. 308-310; SANTANA VEGA, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, cit., pág. 97-98. El propio Sgubbi ha afirmado que, para tutelar los intereses difusos de los consumidores, el Derecho penal intervendrá salvaguardando "bienes metaindividuales", es decir, bienes que trascienden los derechos singulares de cada individuo aislado; cfr. SGUBBI, F., *Tutela penale di "interessi diffusi"*, cit., pág. 466. Vid. también MANTOVANI, F., *Diritto penale. Parte generale*, CEDAM, Padova 1992, pág. 232, quien, si en principio habla de que los bienes jurídicos como el que estamos estudiando son vagos o difusos, y constituyen metáforas o abstracciones conceptuales, en realidad están contruidos para proteger bienes jurídicos individuales que no se hallan adecuadamente protegidos, mediante las formas tradicionales de tutela, frente a las nuevas modalidades de agresión.

<sup>143</sup> Cfr. BRICOLA, F., *Partecipazione e giustizia penale*, cit., pág. 32; en el mismo sentido MARCONI, G., *La tutela degli interessi collettivi in ambito penale*, cit., pág. 1063; también GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos...*, cit., pág. 85 y ss; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, cit., pág. 68.

<sup>144</sup> Cfr. en este sentido TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*. AT, Rowohlt, Hamburg 1976, pág. 50-51; SCHÜNEMANN, B., *¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?*, en *Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania"*, CGPJ, Madrid 1991, pág. 36; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte general*, cit., pág. 105. También afirman que los bienes supraindividuales deben venir referidos a realidades concretas, a sujetos individualizables, PARODI GIUSINO, M., *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, Milano 1990, pág. 71-72 y 264; PALAZZO, F., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazioni*, en *RIDPP* 1992, Fasc. 2, pág. 473; MÜSSIG, B.J.A., *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter*

les puede afectar a causa de la actuación de quienes operan en el mercado: piénsese, por ejemplo, en el indelimitable radio de expansión de una conducta de publicidad falsa, que hace imposible determinar el número de consumidores que se verán perjudicados económicamente.

La construcción es la siguiente<sup>145</sup>: se elabora el bien jurídico supraindividual espiritualizado (el interés del grupo colectivo de consumidores en el mantenimiento del orden del mercado) para englobar los bienes jurídicos individuales concretos (la libertad de disposición y/o el patrimonio de cada uno de los consumidores pertenecientes a ese grupo colectivo), de tal modo que se entiende que la puesta en peligro de los bienes jurídicos de los concretos individuos implica ya la lesión del bien jurídico supraindividual<sup>146</sup>. De este modo, se anticipa la tutela de los bienes jurídicos individuales de los consumidores adelantando las barreras de la intervención penal, incriminando conductas potencialmente lesivas de los mismos: ésta será la manera de evitar la efectiva lesión<sup>147</sup> de bienes jurídicos pertenecientes a un gran número de sujetos individuales.

---

*Rechtsgüterschutz*, Peter Lang, Frankfurt am Main 1994, pág. 206; DE VITA, A., *I reati a soggetto passivo indeterminato. Oggetto dell'offesa e tutela processuale*, Jovene Editore, Napoli 1999, pág. 77.

<sup>145</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte general*, cit., pág. 105; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., *El moderno Derecho penal...*, cit., pág. 67 y 71.

<sup>146</sup> Es decir, la puesta en peligro de bienes individuales y la lesión del bien supraindividual son equivalentes y simultáneas, puesto que este último bien se construye, como se ha dicho, ante la necesidad de proteger los primeros bienes citados; por ello no puede afirmarse con carácter general, como hace CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pág. 154, que en los delitos de peligro potencial referidos a bienes supraindividuales (como son los delitos socioeconómicos de consumo, aquí tratados) se están protegiendo dos bienes jurídico-penales distintos, uno supraindividual y otro individual, y que junto a la lesión del bien supraindividual hay un peligro potencial para el bien individual (según esta autora, pág. 208-210 y 235-236, en los delitos con bienes supraindividuales dirigidos a la protección especial de determinados colectivos, que aquí serían los consumidores, se busca garantizar la seguridad y confianza de tales individuos en el buen funcionamiento de determinados sectores o actividades, tratándose aquí concretamente del mercado).

<sup>147</sup> Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pág. 307 y ss. Vid. con referencia a la misma construcción en los delitos contra la salud pública, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *El caso de la colza: responsabilidad penal por*

Así, se puede afirmar que estos delitos que presentan un bien jurídico espiritualizado aparecen formalmente como delitos de lesión, pero sustancialmente son delitos de peligro para bienes jurídicos individuales, que son los que legitiman la intervención penal<sup>148</sup>. Lo que ocurre es que no se espera a la causación de una lesión efectiva a los consumidores, sino que se tipifican ya comportamientos que simplemente suponen una puesta en peligro del patrimonio o la libertad de disposición económica de los mismos. Así, se puede afirmar que al tipificar los delitos contra los intereses económicos de los consumidores se recurre a "normas obstáculo", que suponen el adelantamiento de la protección penal a la puesta en peligro de su patrimonio o libertad de disposición, sin esperar a su lesión efectiva<sup>149</sup>.

---

*productos adulterados o defectuosos* (Paredes Castañón, J.M. / Rodríguez Montañés, T.), Tirant lo Blanch, Valencia 1995, pág. 197, nota 387; DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., pág. 253; FIANDACA, G., *La tipizzazione del pericolo*, cit., pág. 462; DE VITA, A., *I reati a soggetto passivo indeterminato*, cit., pág. 90-91. Vid. también con respecto al bien jurídico supraindividual "seguridad del tráfico" SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1º C.P. (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)*, en Derecho de la Circulación, Centro de Estudios Judiciales, Madrid 1993, pág. 149-150.

Debe ponerse de relieve que en la construcción de un bien jurídico espiritualizado o institucionalizado no hay que olvidar un requisito evidente: resulta bastante obvio que el bien individual que sirve como referencia y el bien espiritualizado que se construye para lograr una efectiva tutela del mismo han de representar intereses homogéneos, situados en la misma línea de ataque. Esta homogeneidad es fácilmente apreciable en los ejemplos que han sido propuestos: el bien jurídico "salud pública" como representante de la salud individual, o el bien jurídico "interés del grupo colectivo de los consumidores en el orden global del mercado" para proteger el patrimonio individual; vid. MATA Y MARTÍN, R.M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Comares, Granada 1997, pág. 30-31.

<sup>148</sup> Vid. al respecto MATA Y MARTÍN, R.M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, cit., pág. 58 y ss. Este mismo autor define a estos delitos como de "lesión y peligro", tal y como lo hace LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho penal. Parte general I*, cit., pág. 314, puesto que implican una lesión para el bien jurídico supraindividual y un peligro para los bienes particulares que constituyen el fundamento de la tutela penal.

<sup>149</sup> Vid. GARCÍA ALBERO, R., *La tutela penal y administrativa de la salud de los consumidores en materia alimentaria. Consideraciones críticas en torno a su articulación jurídica*, cit., pág. 98, refiriéndose a la creación de estructuras típicas de peligro en los delitos contra la salud de los consumidores. También consideran "normas obstáculo" a los delitos de peligro contra la salud pública y contra la seguridad del tráfico TORÍO LÓPEZ, A., *Reflexión sobre la protección penal de los consumidores*, cit., pág. 145-146, y OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho penal*, cit., pág. 64-65.

Efectivamente, el concepto de "normas obstáculo", desarrollado por la doctrina francesa, viene referido a aquellas modalidades de intervención penal anticipada, en las cuales se tipifica una conducta meramente peligrosa para prevenir la comisión de otras infracciones de resultados muy graves; se pone como ejemplo de norma obstáculo el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas<sup>150</sup>. Lo que se debe procurar, y a esto se hará referencia más adelante, es que tal infracción obstáculo no se limite a sancionar conductas que aparecen como un riesgo general para la producción de resultados más graves<sup>151</sup>; deben existir garantías, como por ejemplo la exigencia típica de idoneidad objetiva para producir un peligro concreto, de que se está castigando una actuación que realmente llega a afectar a algún bien jurídico.

De lo anterior se deduce que nos hallamos ante un bien jurídico que existe y es objeto de protección porque va ineludiblemente referido a tradicionales bienes jurídicos individuales; de ahí que se haya afirmado su **carácter instrumental y complementario** con respecto a esta última clase de bienes.

Antes de analizar estas dos características, es importante señalar que el bien jurídico supraindividual referido a los intereses económicos de los consumidores entra en el concepto de "*bienes jurídicos intermedios*", diseñado por Tiedemann para englobar a todos aquellos valores que se sitúan entre los intereses del Estado y los intereses de los sujetos individuales que actúan en el tráfico económico, y que por sí mismos ya constituyen intereses dignos de protección<sup>152</sup>. Precisamente Tiedemann

---

<sup>150</sup> Cfr. STEFANI, G. / LEVASSEUR, G. / BOULOC, B., *Droit pénal général*, Dalloz, Paris 2000, marg. 25; CONTE, P. / MAISTRE DU CHAMBON, P., *Droit pénal général*, Armand Colin, Paris 2000, pág. 172; DESPORTES, F. / LE GUNEHEC, F., *Le nouveau Droit pénal*, Tomo I, Ed. Economica, Paris 1998, pág. 366-267; MERLE, R. / VITU, A., *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Cujas, Paris 1997, pág. 649-650.

<sup>151</sup> Así lo ha advertido OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *ibidem*.

<sup>152</sup> Vid. TIEDEMANN, K., *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 1969, pág. 119; del mismo, *Lecciones de Derecho penal económico*, PPU, Barcelona 1993, pág. 35; vid. también sobre esta tesis de Tiedemann MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*. PG, cit., pág. 100 y ss. También habla de la

incluye dentro de estos bienes intermedios a la publicidad en el tráfico económico, cuya veracidad es tutelada en uno de los preceptos del Código penal protectores del consumidor (el art. 282), y asimismo en una norma penal contenida en la Ley alemana contra la competencia desleal (art. 4): este autor considera que la publicidad constituye una institución independiente dentro del tráfico económico, y que por su importancia en el seno del mismo merece una protección autónoma como auténtico bien jurídico<sup>153</sup>. Sin embargo, como ya se ha enunciado y se desarrollará a continuación, aquí partimos de la idea de que el bien jurídico supraindividual protegido en los delitos contra los consumidores no es totalmente autónomo, sino que su origen se debe precisamente a la necesidad de proteger bienes individuales en especiales situaciones de indefensión; en fin, que la protección de este bien supraindividual sólo tiene sentido cuando está única e ineludiblemente referido a auténticos bienes jurídicos pertenecientes al individuo<sup>154</sup>.

El carácter instrumental de este bien espiritualizado se deriva del hecho de que es un bien jurídico colectivo de referente individual: no merece protección por sí mismo, sino que se construye para garantizar la reacción penal ante conductas peligrosas para determinados bienes jurídicos individuales. En palabras de Doval Pais<sup>155</sup>, la necesidad de configurar este bien jurídico "viene determinada por la clase de ataques de los que se intenta proteger el bien jurídico y no por alguna especialidad propia de éste"; este autor se manifiesta concretamente en relación con el bien jurídico protegido en los delitos contra la salud pública que, como ya se ha dicho,

---

existencia de intereses pertenecientes a determinados colectivos, distintos de los puramente privados y de los públicos, MARCONI, G., *La tutela degli interessi collettivi in ambito penale*, cit., pág. 1061-1062; vid. además MARINUCCI, G. / DOLCINI, E., *Corso di Diritto penale I*, Giuffrè, Milano 1999, pág. 396 y ss; ALESSANDRI, A., en *Manuale di Diritto penale dell'impresa* (Pedrazzi / Alessandri / Foffani / Seminara / Spagnolo), Monduzzi, Bologna 1999, pág. 27 y ss.

<sup>153</sup> Vid. TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*. AT, cit., pág. 84-85; vid. en la misma línea OTTO, H., *Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschliesslich Verbraucherschutz)*. Dogmatischer Teil I, en ZStW 1984, pág. 363.

<sup>154</sup> Cfr. lo dicho en los párrafos anteriores, y la bibliografía allí citada.

<sup>155</sup> Vid. DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., pág. 245-246.

constituye asimismo un bien jurídico supraindividual y espiritualizado en el mismo sentido que el interés del grupo colectivo de los consumidores en el orden del mercado<sup>156</sup>.

La creación de esta abstracción conceptual para proteger los bienes jurídicos propios de cada consumidor individual se justifica porque los ataques que a ellos se pueden dirigir se caracterizan por ser llevados a cabo en un ámbito específico, el mercado, de tal modo que son *ataques de carácter colectivo*<sup>157</sup>; en este ámbito se crea una situación de peligro para el conjunto de los consumidores que a él acuden, siendo imposible "a priori" la determinación del número exacto de víctimas de la conducta delictiva, que incluso podría no llegar a conocerse nunca<sup>158</sup>.

Por otra parte, de lo expuesto hasta ahora se puede deducir la existencia de una relación de **complementariedad** entre el bien jurídico supraindividual "interés del grupo colectivo de los consumidores en el orden del mercado" y los bienes jurídicos individuales, como el patrimonio, que pertenecen a cada consumidor

---

<sup>156</sup> Debe advertirse que, si bien tanto la salud pública como los intereses socioeconómicos de los consumidores constituyen bienes jurídicos espiritualizados o institucionalizados, sólo se produce esta identificación desde el punto de vista dogmático, ya que por otra parte poseen un diferente radio de expansión: los intereses sociales generales en el caso de la salud pública, y los intereses sectoriales difusos de los consumidores en el caso del bien jurídico "interés del grupo colectivo de los consumidores en el orden del mercado". Lo mismo que se acaba de decir de la salud pública puede predicarse además de otros bienes jurídicos como la seguridad del tráfico o la seguridad colectiva; cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*. PG, cit., pág. 104.

<sup>157</sup> Destaca el carácter colectivo de los ataques a los bienes individuales, refiriéndose concretamente a los delitos contra los consumidores, ARROYO ZAPATERO, L., *Derecho penal económico y Constitución*, cit., pág. 2; en este sentido TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*. AT, cit., pág. 53, afirma que ante nuevas formas de ataque surgen nuevas necesidades sociales de protección. Habla también del carácter masivo de las actuaciones delictivas en el ámbito del tráfico de bienes y servicios OTTO, H., *Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschliesslich Verbraucherschutz)*, cit., pág. 353.

<sup>158</sup> Es decir, nos encontramos con el problema de determinar el número concreto de sujetos pasivos de la acción, lo cual es un argumento a favor de tipificar ya las conductas peligrosas en este ámbito, sin esperar a la producción de lesiones efectivas que, por la misma razón, tampoco sería posible cuantificar exactamente; vid. DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., pág. 248; vid. también PARODI GIUSINO, M., *I reati di pericolo...*, cit., pág. 263-264; DE VITA, A., *I reati a soggetto passivo indeterminato*, cit., pág. 74 y 85-86.



aisladamente considerado. Como se ha venido explicando, existe una serie de conductas que atentan contra tales bienes jurídicos individuales, pero cuya represión no se puede realizar adecuada y efectivamente a través de los tipos tradicionales orientados a la protección de dichos bienes.

Por lo tanto, la articulación de una *tutela eficaz y completa* se logra mediante la creación de un bien jurídico supraindividual espiritualizado que permita colmar las lagunas que existían en el castigo de conductas atentatorias contra los bienes jurídicos individuales<sup>159</sup>: así, esta solución permite que determinados comportamientos que suponen un peligro para estos últimos bienes y cuyos efectos poseen un amplio radio de expansión, y que además no encajaban en las tradicionales figuras delictivas protectoras del patrimonio individual, podrán ser catalogados como lesiones del bien jurídico supraindividual, de tal modo que obtendremos una protección completa del bien individual gracias a la articulación de esta protección anticipada.

## **2. Relación del bien jurídico protegido en los delitos socioeconómicos de consumo con otros bienes jurídicos**

### *a) Análisis de otros bienes jurídicos de la misma naturaleza dogmática que el bien jurídico protegido en los delitos socioeconómicos de consumo*

Aunque el bien jurídico "interés del grupo colectivo de consumidores en el orden global del mercado" es objeto de protección por vez primera en el Código

---

<sup>159</sup> Vid. en relación con los delitos contra la salud pública, DOVAL PAIS, op. cit., pág. 252-253; y con relación a uno de los delitos económicos contra consumidores, el de publicidad falsa, SÁNCHEZ GARCÍA, I., *El nuevo delito publicitario (art. 282 del Código Penal)*, en AP 1997-1, marg. 554; también de esta última autora, *El moderno Derecho penal...*, cit., pág. 69. Habla también de esta relación de complementariedad SANTANA VEGA, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, cit., pág. 95-96.

Penal de 1995, el empleo de bienes jurídicos supraindividuales espiritualizados no es desconocido en nuestro ordenamiento, ya que son objeto de protección en el ámbito de otras figuras delictivas. Así lo reconoce Martínez-Buján cuando afirma que el bien jurídico protegido en los delitos socioeconómicos de consumo es "de la misma naturaleza dogmática que la seguridad del tráfico, la seguridad colectiva o la salud pública"<sup>160</sup>. Junto a los bienes citados, como será objeto de análisis a continuación, también se podría considerar de igual naturaleza dogmática a los bienes jurídicos protegidos en los delitos contra los derechos de los trabajadores y en el delito de abuso de información privilegiada en el mercado de valores.

a.1. Abuso de información privilegiada en el mercado de valores (arts. 285-286 del CP)

Los arts. 285 y 286 CP castigan a todo aquel que habiendo tenido acceso reservado a alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, haga uso personal de la misma o la suministre a otro de modo que obtenga para sí o un tercero un beneficio económico superior a setenta y cinco millones de pesetas o cause un perjuicio de idéntica cantidad. Con la creación de esta figura delictiva se trata de impedir que determinadas personas, abusando de su posición privilegiada que les permite obtener información importante relativa a la cotización de valores u otros instrumentos negociados, hagan uso de dicha información de tal modo que intervengan con ostensible ventaja en el mercado donde se negocian tales valores. Por lo tanto, se puede decir que el bien jurídico que se trata de proteger al tipificar esta conducta es "el correcto funcionamiento del mercado de valores", lo cual se

---

<sup>160</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*. PG, cit., pág. 104.

podría concretar diciendo que se trata de garantizar el respeto al **"principio de igualdad de oportunidades de los inversores"**<sup>161</sup>.

Así expresado, se nos ofrece un bien jurídico que no alcanza por sí mismo la suficiente importancia como para caracterizarse como un bien jurídico autónomo merecedor de protección penal. En efecto, la referencia genérica al correcto funcionamiento del mercado de valores o a la transparencia del mismo no posee la suficiente relevancia como para constituir un auténtico bien jurídico-penal. Sin embargo se debe tener en cuenta que la realización de las conductas tipificadas, al impedir que todos los inversores concurren en igualdad de condiciones al mercado, daña inevitablemente la libertad de participación de los inversores que no manejan la información privilegiada, pudiéndose producir además una lesión de sus patrimonios. En efecto, no podemos decir que un inversor decide con total libertad su participación en el mercado cuando no existe una total transparencia de las condiciones de participación en dicho mercado. Más concretamente, un potencial inversor no decide con entera libertad cuando cree que las mencionadas condiciones son iguales para todo el que accede al mercado, mientras que en realidad existen algunas personas en una posición más ventajosa: son aquellas personas poseedoras de cierta información relevante que les permitirá efectuar en el mercado la operación más favorable para ellas, circunstancia que no es conocida por el resto de los participantes en el mercado.

Como conclusión, puede decirse que se protege el "correcto funcionamiento del mercado valores" con el único fin de que no resulte dañada la **"libertad de participación de los inversores en el mercado"**<sup>162</sup>, lo cual redundará en último

---

<sup>161</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Comentarios al CP de 1995*, cit., Vol. II, pág. 1382; del mismo, *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 136; cfr. también BAJO, M. / BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, Ramón Areces, Madrid 2001, pág. 523.

<sup>162</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Comentarios al CP de 1995*, cit., Vol. II, pág. 1383; del mismo, *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 136; RUIZ RODRÍGUEZ, L.R., *Protección penal del mercado de valores*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pág. 330; en un sentido parecido se pronuncia también HURTADO POZO, J., *El delito de explotación de información privilegiada en el Código Penal suizo*, en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid 1995, pág. 421, afirmando que esta figura delictiva "se orienta a proteger la igualdad de los inversores respecto a las posibilidades de participar en el mercado de valores".

término en la protección de las libertades de disposición y los patrimonios de tales inversores. Por lo tanto, estos últimos son los auténticos bienes jurídicos que se trata de proteger mediante estas figuras delictivas, y para hacer referencia a ellos se ha construido un *bien jurídico institucionalizado o espiritualizado, un bien colectivo de referente individual*<sup>163</sup> (el mencionado correcto funcionamiento del mercado de valores o principio de igualdad de oportunidades de los inversores que en él concurren).

La necesidad de elaborar esta expresión como una abstracción conceptual para referirse a bienes jurídicos de carácter individual se justifica por el alto grado de peligro para éstos como consecuencia de la realización de las conductas típicas<sup>164</sup>. Efectivamente, el uso abusivo de información privilegiada en el mercado de valores pone en peligro la libertad de participación de los inversores en el mercado e incluso su patrimonio ya que, por un lado, la posesión de tales conocimientos permite llegado el caso efectuar determinadas operaciones especialmente lucrativas que no pueden ser conseguidas por los demás inversores carentes de dicha información y, por otro lado, los potenciales inversores no van a poseer una visión integral de la situación del mercado de valores que les garantice tomar decisiones con pleno conocimiento del mismo.

Finalmente, es importante señalar que el bien jurídico protegido en los art. 285 y 286 CP ha sido explicado desde otra perspectiva diferente a la que se acaba de ofrecer. En efecto, se ha afirmado que aquí estamos ante un *bien jurídico colectivo no reconducible a bienes individuales*, es decir, no se tutela el mercado de valores con el fin de proteger en última instancia bienes individuales pertenecientes a los inversores, sino que se desea mantener ya la propia indemnidad del mismo porque es un instrumento fundamental de la economía de mercado, una importante fuente de financiación de los diferentes agentes económicos.

---

<sup>163</sup> Cf. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*. PE, cit., pág. 136.

<sup>164</sup> Cf. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Comentarios al CP de 1995*, cit., Vol. II, pág. 1383; del mismo, *Derecho penal económico*. PE, cit., pág. 136-137; RUIZ RODRÍGUEZ, L.R., *Protección penal del mercado de valores*, cit., pág. 330.

Así, autores como Gómez Iniesta consideran que en estos preceptos se protege la "confianza en el correcto funcionamiento del mercado de valores" como un bien jurídico supraindividual autónomo, sin necesidad de tomar como referencia otros bienes de carácter individual como el patrimonio de los inversores. Según este autor, la mencionada confianza posee la entidad suficiente como para merecer protección penal ya que, si la misma no existe, se perdería un número inestimable de potenciales inversores; debido a esta disminución de la canalización del ahorro particular hacia el mercado de valores se produciría un descenso en las cotizaciones, con el consiguiente deterioro de una de las principales fuentes de financiación de las empresas en una economía de mercado<sup>165</sup>.

En definitiva, el bien jurídico aquí protegido también es contemplado como un bien supraindividual general y autónomo, con entidad propia, y que presenta la particularidad de que no resulta lesionado por una concreta operación de abuso de información privilegiada sino por la reiteración de conductas de tal índole<sup>166</sup>. Será la generalización de estos comportamientos lo que ocasione la desconfianza del inversor y su consiguiente alejamiento del mercado de valores, el cual dejará de cumplir eficazmente su función de financiación provocando una crisis general de la economía<sup>167</sup>.

---

<sup>165</sup> Cfr. GÓMEZ INIESTA, D.J., *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores*, McGrawHill, Madrid 1997, pág. 300, 303 y 8. También reconoce a la "confianza del inversor" como bien jurídico directamente protegido LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., en *Curso de Derecho penal económico* (Bacigalupo, E., dir.), Marcial Pons 1998, pág. 360 (según este mismo autor, la tutela de tal confianza conlleva, en definitiva, la protección del correcto funcionamiento del mercado de valores).

<sup>166</sup> Cfr. GÓMEZ INIESTA, D.J., *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores*, cit., pág. 410; FARALDO CABANA, P., *Algunos aspectos del delito de uso de información reservada en el mercado de valores en el Proyecto de Código Penal de 1994*, en EPC 1995, nº XVIII, pág. 61-64; ARROYO ZAPATERO, L., *Derecho penal económico y Constitución*, cit., pág. 8; del mismo, *El abuso de información privilegiada en el Derecho español vigente y en el Proyecto de Código Penal*, en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, cit., pág. 55; TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Derecho penal de la empresa*, Trotta 1995, pág. 188.

<sup>167</sup> Efectivamente, se entiende que la autonomía y la relevancia de este bien jurídico supraindividual son debidas a que el mercado de valores constituye una de las estructuras o instituciones básicas de la vida económica; y por lo tanto, como ya se ha dicho, sólo resultará dañado por la reiteración generalizada de conductas que no respetan las reglas básicas que

a.2. Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 311-318 del CP)

En relación con los delitos contenidos en el Título XV del CP (arts. 311-318), la mayor parte de la doctrina afirma que el bien jurídico protegido en todos ellos está constituido por los **derechos e intereses de los trabajadores**. Así, se ha afirmado que tal bien jurídico está integrado por "los intereses del trabajador, considerado como parte del contrato de trabajo"<sup>168</sup> o, dicho de otro modo, que se trata de garantizar el respeto a "las condiciones mínimas de la contratación laboral y de la protección social establecidas por fuentes normativas de carácter general y no susceptibles de renuncia individual"<sup>169</sup> o "la indisponibilidad contractual in peius de los derechos de los trabajadores reconocidos por disposiciones legales o por convenios colectivos sindicales"<sup>170</sup>. Sin embargo, existen también opiniones discrepantes: así, Muñoz Conde afirma que en realidad en este Título XV se protege

---

aseguran el sistema y su funcionamiento. Por lo tanto, dada la dificultad de tipificar las conductas que pueden lesionar o poner en peligro concreto este bien jurídico, se recurre a la creación de un delito de peligro abstracto; cfr. GÓMEZ INIESTA, D. J., *La utilización abusiva de información privilegiada...*, cit., pág. 411-412; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pág. 300-303; FARALDO CABANA, P., *Algunos aspectos del delito de uso de información reservada...*, cit., pág. 63-64.

<sup>168</sup> Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Civitas 1978, pág. 517; BAJO, M. / BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, cit., pág. 640. ARROYO ZAPATERO, L., *Manual de Derecho penal del trabajo*, Praxis 1988, pág. 26, precisa aún más esta definición de Bajo Fernández. Según Arroyo, los intereses del trabajador como parte del contrato de trabajo se tienen en cuenta desde dos puntos de vista: "por una parte, como intereses reconocidos como derechos laborales por las disposiciones legales; y por otra parte, como intereses de los trabajadores que el Estado toma en consideración y los plasma en una ordenación general del mercado de trabajo". Estos dos aspectos son reconducidos a una categoría común: "el interés del Estado en que se respeten las condiciones mínimas de vida profesional de los trabajadores por cuenta ajena, condiciones mínimas que él mismo establece al dictar normas legales y al reconocer eficacia general a los convenios colectivos".

<sup>169</sup> Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Derecho penal de la empresa*, cit., pág. 99.

<sup>170</sup> Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid 1994, pág. 62.

una pluralidad de bienes jurídicos pertenecientes a los trabajadores, cuyo único punto en común es su referencia al mundo del trabajo<sup>171</sup>.

Aunque en realidad esta última teoría no está exenta de fundamento, ya que en cada uno de los tipos integrados en el Título XV encontramos diversos objetos de protección (v. gr. el derecho de igualdad jurídica en el trabajo o la integridad física de los trabajadores) precisamente su único punto en común (su referencia al mundo del trabajo) justifica que se pueda hablar de un *bien jurídico categorial común a todo ese conjunto de figuras delictivas*<sup>172</sup>.

En este sentido podríamos encontrar una similitud con el bien jurídico protegido "interés de los consumidores en el mantenimiento del orden global del mercado". Este último constituye asimismo un bien jurídico categorial, común a la categoría de los "genuinos delitos socioeconómicos de consumo" (art. 281-283 C.P.), y su titular es el colectivo difuso de los consumidores; del mismo modo, el bien jurídico integrado por los "intereses del trabajador, considerado como parte del contrato de trabajo" se trata de un bien común a una categoría de delitos (los recogidos en el Título XV del Código Penal bajo la rúbrica "De los delitos contra los derechos de los trabajadores"), y su titular es también un grupo colectivo difuso, el conjunto de los trabajadores por cuenta ajena. Efectivamente, es correcto hablar de un bien jurídico colectivo común a la categoría constituida por los delitos contra los derechos de los trabajadores, ya que estos últimos son protegidos no como sujetos individualmente considerados, sino como "fuerza de trabajo" de carácter colectivo<sup>173</sup>, como "colectividad determinada y unificada por la común referencia a una realidad ambiental"<sup>174</sup>.

---

<sup>171</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. PE*, cit., pág. 325-326.

<sup>172</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PG*, cit., pág. 74; del mismo, *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 468; CARBONELL MATEU / GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al CP de 1995*, cit., Vol. II, pág. 1544.

<sup>173</sup> Cfr. BAYLOS, A. / TERRADILLOS, J., *Derecho penal del trabajo*, Trotta 1997, pág. 50.

<sup>174</sup> Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, cit., pág. 112.

A primera vista podría parecer que los intereses del grupo colectivo de trabajadores no poseen la entidad suficiente como para merecer protección de naturaleza penal. Sin embargo, tal objeción se disipa si advertimos que tales intereses no se tutelan como bienes jurídicos autónomos o propios, sino que son protegidos con la finalidad última de salvaguardar tradicionales bienes jurídicos individuales o individualizables, los cuales serían no sólo los derechos básicos nacidos de la relación laboral, sino también el patrimonio o la libertad de disposición económica de los trabajadores, y asimismo su salud personal, integridad física o incluso su vida<sup>175</sup>.

Se puede constatar entonces que nos encontramos ante un *bien jurídico supraindividual espiritualizado*, de la misma naturaleza dogmática que el bien jurídico protegido en los genuinos delitos socioeconómicos contra los consumidores. La configuración de este bien jurídico institucionalizado responde a la necesidad de evitar las lesiones de bienes jurídicos individuales producidas a causa del carácter colectivo de los ataques a tales bienes. Por ello se configura la abstracción conceptual "**intereses colectivos de los trabajadores**", que engloba el conjunto de los derechos básicos laborales y demás bienes individualizables que pertenecen a los trabajadores; de este modo, se entiende que la puesta en peligro de los mencionados bienes individuales equivale a la lesión del bien supraindividual constituido por los citados intereses del grupo colectivo de trabajadores<sup>176</sup>.

---

<sup>175</sup> Cfr. en este sentido TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Peligro abstracto y garantías penales*, en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz* (Quintero Olivares, G. / Morales Prats, F., coord.), Aranzadi 2001, pág. 812.

<sup>176</sup> Cfr. ARROYO ZAPATERO, L., *Derecho penal económico y Constitución*, cit., pág. 2; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*. PE, cit., pág. 470.

Es importante comprender en sus justos términos la concreta configuración de este bien jurídico espiritualizado y las razones que motivan su creación. No se puede confundir este bien supraindividual, tal y como hace NAVARRO CARDOSO, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia 1998, pág. 24-26, con una mera finalidad político-criminal ni con un simple nexo o denominador común a los bienes protegidos en las concretas figuras delictivas contenidas en el Título XV del Código Penal. Realmente estamos ante un auténtico bien jurídico susceptible de ser lesionado por las conductas descritas en los tipos penales, con la particularidad de que tal lesión equivale a la puesta en peligro de bienes jurídicos individuales, los cuales son objeto de esta protección anticipada debido a su especial vulnerabilidad frente a determinados ataques de carácter colectivo.



### a.3. Delitos contra la salud pública (arts. 359-467 del CP)

La cuestión de la naturaleza del bien jurídico protegido en los delitos contra la salud pública ha sido debatida reiteradamente en la doctrina, agrupándose las diversas opiniones en torno a dos teorías: por un lado, aquellos que defienden que la salud pública es un bien jurídico autónomo; y por otra parte, la tesis que sostiene que la salud pública no es más que una mera abstracción conceptual para hacer referencia a la salud individual de los distintos sujetos que integran la colectividad.

Tradicionalmente, la doctrina ha intentado ofrecer diversos conceptos de "salud pública", buscando una definición de la misma que la configurase como un bien jurídico autónomo. Como expone sistemáticamente Doval Pais<sup>177</sup>, los diferentes conceptos ofrecidos se pueden reconducir a tres<sup>178</sup>: en primer lugar, la definición de salud pública como la salud perteneciente a la colectividad; en segundo lugar, su configuración como la suma de todas las saludes individuales; y en tercer lugar, la tesis seguida por un amplio sector de la doctrina que consiste en equiparar la salud pública con un conjunto de condiciones que posibilitan la salud individual<sup>179</sup>.

---

<sup>177</sup> Vid. DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., pág. 186-217.

<sup>178</sup> Cabe hacer mención también de otros conceptos minoritarios de salud pública, que no es posible encuadrar en esos tres grupos fundamentales: así, cabe citar por una parte la definición que ofrece GARCÍA ALBERO, R., *La tutela penal y administrativa de la salud de los consumidores en materia alimentaria*, cit., pág. 113, entendiendo la salud pública como "la ausencia de riesgos para la salud de los consumidores dimanantes de los productos de consumo"; por otra parte, ARENAS RODRIGÁÑEZ, M.P., *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, cit., pág. 118-119 y 132-134, afirma que en los delitos contra la salud pública se protegen dos bienes jurídicos: de un lado, la "salud pública", definida como "conjunto de condiciones que permiten mantener y desarrollar la salud y la vida individuales", y de otro lado, la "sanidad pública", que consiste en "el conjunto de acciones o actividades desarrolladas por las administraciones públicas (estatal, autonómica o municipal), que tiene por objeto la salvaguarda y el fomento de la salud pública". Vid. críticamente sobre estas concepciones DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., pág. 211-216.

<sup>179</sup> Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Fraudes alimentarios nocivos*, en CLP, cit., pág. 820; CORCOY BIDASOLO, M., *Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública*, en ADPCP 1989, Fasc. I, pág. 338, nota 30; PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, Praxis

A pesar de que las diferentes definiciones ofrecidas por la doctrina presentan diversos aspectos propios del concepto de "salud pública", realmente no se trata de elementos tan definitorios que permitan configurarla como un bien jurídico autónomo. En efecto, debe tenerse en cuenta que la calificación de la salud como "pública" no es un dato que aporte ninguna especificidad ni autonomía al bien jurídico "salud pública". Debe descartarse ya en principio, como afirma Doval Pais<sup>180</sup>, que tal calificativo indica que el objeto de protección es la salud de cada ciudadano; resulta evidente que también en los delitos que tutelan la salud individual se pretende proteger la salud de todos y cada uno de los ciudadanos, no de una sola persona en particular.

En realidad, se puede decir que son dos las especialidades que aporta a la salud el calificativo de "pública". En primer lugar, debe resaltarse que no se pretende la configuración de un bien jurídico diverso de la salud individual, sino que simplemente se pretende tutelar este último bien jurídico frente a unas *concretas formas de ataque* dirigidas al mismo. Mientras que en los delitos contra la salud individual se otorga protección frente a las acciones imprudentes o dolosas que pretendan causar un daño a la misma, en los delitos contra la salud pública se busca asimismo la tutela de la salud individual frente a las acciones que impliquen su mera puesta en peligro y en las que no exista una resolución lesiva por parte del autor. Así, puede decirse que en los delitos contra la salud pública el bien jurídico protegido no presenta un substrato material distinto al bien jurídico "salud individual", sino que tales figuras delictivas se caracterizan por constituir una estrategia diferente para proteger a la salud individual frente a unas formas de ataque también diferentes.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que en los delitos contra la salud pública encontramos una importante diferencia con respecto a los delitos que atentan contra la salud individual: mientras que en estos últimos es posible individualizar el

---

1991, pág. 69-72; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. PE*, cit., pág. 603; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *El delito farmacológico*, cit., pág. 42-43; GÓMEZ RIVERO, M.C. / MONGE FERNÁNDEZ, A., *Venta y manipulación ilegal de medicamentos*, en *Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente* (Martos Núñez, J.A., dir.), Sevilla 1996, pág. 86.

<sup>180</sup> Vid. DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., pág. 240-242.

sujeto o los sujetos afectados, la configuración de los delitos contra la salud pública obedece a la *pluralidad e indeterminación de los sujetos cuya salud se pone en peligro*. Sólo en este sentido debe entenderse el carácter público o colectivo de la salud: no para configurar la salud pública como un nuevo bien jurídico necesitado de tutela, sino como referencia a la indeterminación de los sujetos que verán afectada su salud individual como consecuencia de la acción delictiva.

Si, como se ha venido diciendo, el motivo de la creación de los delitos contra la salud pública se halla en la necesidad de una especial protección de la salud individual frente a determinadas formas de ataque a la misma y en la indeterminación de sujetos que verán afectada su salud ante tales ataques, entonces puede concluirse que no nos hallamos ante un bien jurídico sustancialmente distinto a la salud individual, sino que es ésta la que se intenta proteger ante determinadas agresiones caracterizadas por las dos peculiaridades antes mencionadas. Atendiendo a esta realidad, podemos deducir que el bien jurídico protegido en los delitos contra la salud pública pertenece a los denominados **bienes jurídicos colectivos de referente individual**, es decir, aquellos que se construyen con el único fin de otorgar una protección anticipada a bienes jurídicos individuales frente a determinadas conductas peligrosas para los mismos<sup>181</sup>. La "salud pública" constituye por lo tanto una abstracción conceptual, un bien jurídico espiritualizado o institucionalizado que no tiene entidad propia ni merece tutela por sí mismo, sino que se construye para hacer referencia al conjunto de saludes individuales de los sujetos que integran la colectividad<sup>182</sup>.

---

<sup>181</sup> Cfr. DOVAL PAIS, op. cit., pág. 250-252; BOIX REIG, J. / DOVAL PAIS, A., *Comentarios al CP de 1995* (Vives Antón, coord.), cit., Vol. II, pág. 1646; PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor*, cit., pág. 52. Vid. con referencia a este aspecto las matizaciones efectuadas por GARCÍA ALBERO en torno a la consideración de la salud individual como referente que justifica la configuración de los delitos contra la salud pública, en *Comentarios al Nuevo CP*, cit., pág. 1677-1678.

<sup>182</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pág. 304-310; la misma, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos* (Paredes Castañón / Rodríguez Montañés), cit., pág. 197, nota 387. CUADRADO RUIZ, M.A., *¿Protege el Derecho penal a los consumidores?*, en AP 1999-1, marg. 388, la define como un bien supraindividual que protege intereses colectivos y difusos.

a.4. Delitos contra la seguridad del tráfico (arts. 379-385 del CP)

En relación con los delitos contra la seguridad del tráfico, nos encontramos con una situación similar a la descrita con respecto a los delitos contra la salud pública: la doctrina se halla dividida entre quienes consideran a la seguridad del tráfico como un bien jurídico autónomo y aquellos que lo conceptúan como uno de los ya mencionados "bienes jurídicos colectivos de referente individual".

Optando por su configuración como un bien jurídico autónomo, la seguridad del tráfico se podría definir como "el conjunto de condiciones garantizadas por el ordenamiento jurídico en su totalidad, para hacer que la circulación de vehículos de motor por vías públicas no presente riesgos superiores a los permitidos"<sup>183</sup>. Así, si bien este sector doctrinal reconoce que la articulación de tal bien jurídico responde a la necesidad de proteger anticipadamente diferentes bienes jurídicos individuales que se ponen en peligro en el ámbito del tráfico rodado, le concede su presunta

---

<sup>183</sup> Cfr. GÓMEZ PAVÓN, P., *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, Bosch, Barcelona 1998, pág. 99; vid. además en pág. 97-99 otras definiciones ofrecidas por distintos autores que pretenden dotar de autonomía conceptual a este bien jurídico.

Debe tenerse en cuenta que no existe acuerdo doctrinal en torno a si las conductas típicas de estas figuras delictivas deben realizarse o no en una vía pública. Esta cuestión se halla directamente conectada con la del bien jurídico: si se considera la seguridad del tráfico como un bien jurídico autónomo, entendiendo que lo que se trata de proteger es el cumplimiento de las normas reguladoras del tráfico, entonces lo lógico es entender que las conductas delictivas sólo pueden realizarse en vías públicas, ya que sólo se regula el tráfico en las vías especialmente destinadas para el mismo. Vid. MORILLAS CUEVA, L., *Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y conducción temeraria*, en CLP 1992, Tomo XIV, Vol. 1º, pág. 105-106; de esta opinión, LORENZO SALGADO, J.M., *Título XIV: Delitos contra la seguridad colectiva. Cap. IV: "De los delitos contra la seguridad del tráfico"*, en Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia 1983, vol. 2, pág. 288; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. PE*, cit., pág. 653.

autonomía por constituir un presupuesto necesario de la protección de tales bienes particulares en un ámbito donde resultan especialmente vulnerables<sup>184</sup>.

Otro sector de la doctrina niega en cambio autonomía conceptual al bien jurídico "seguridad del tráfico", incluyéndolo en la categoría de los bienes jurídicos "institucionalizados" o "colectivos de referente individual". Indudablemente el mantenimiento de la seguridad del tráfico constituye una condición o presupuesto necesario para la protección de bienes jurídicos individuales en el ámbito del tráfico; sin embargo, esto no justifica su configuración como un bien jurídico autónomo, sino que más bien corrobora la afirmación de que se trata de una mera abstracción conceptual construida por la necesidad de otorgar una tutela anticipada a los bienes particulares de los participantes en el tráfico. Es el peligro para estos últimos bienes el que justifica la intervención penal mediante una particular estructura: la puesta en peligro de tales bienes se considera equivalente a la lesión del bien jurídico supraindividual "seguridad del tráfico"<sup>185</sup>.

---

<sup>184</sup> Vid. GONZÁLEZ RUS, J.J., *"Puntos negros", vías en obras y seguridad del tráfico*, en Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989, pág. 382-383. En la misma línea se encuentra MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Compendio de Derecho Penal (PE)* (Bajo Fernández, dir.), cit., pág. 709, quien considera como bien jurídico protegido en esta categoría de delitos "el mantenimiento de la seguridad del tráfico como presupuesto de la protección de la vida e integridad física de las personas que en él intervienen"; como dice el propio autor, se configura así el bien jurídico protegido al tomar elementos, por una parte, de la tesis defensora de la autonomía del bien jurídico "seguridad del tráfico", y por otra parte, de la tesis opuesta que considera tal expresión como indicadora de un bien jurídico institucionalizado, siendo los auténticos bienes jurídicos los pertenecientes a las personas individuales intervinientes en el tráfico.

Asimismo cabe citar a CARMONA SALGADO, C., *Curso de Derecho penal español. Parte especial* (Cobo del Rosal, M., dir.), Marcial Pons 1997, Vol. II, pág. 176-177; esta autora, si bien reconoce que la seguridad del tráfico actúa como un mero instrumento para evitar riesgos y lesiones a la vida e integridad de las personas, considera que esta vinculación teleológica a los bienes individuales no debe restar autonomía al bien jurídico "seguridad del tráfico". También mantiene una opinión semejante GÓMEZ PAVÓN, P., *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, cit., pág. 94, quien manifiesta que la seguridad del tráfico es un auténtico bien jurídico desvinculado de los bienes individuales, si bien la razón de su protección constituye la necesidad de tutelar bienes particulares como la vida o la integridad de las personas.

<sup>185</sup> Así, el bien jurídico institucionalizado "seguridad del tráfico" cumple la función de anticipar la tutela de los bienes jurídicos individuales, que son los que realmente merecen protección; esta función se cumple al establecer que la puesta en peligro (abstracto o

Efectivamente son la vida, la salud y el patrimonio los bienes jurídicos individuales que se trata de proteger al incriminar las conductas que el Código tipifica como delitos contra la seguridad del tráfico. Los riesgos inherentes al ámbito del tráfico rodado justifican la creación de una serie de reglas que deben respetar todos los intervinientes en el tráfico, con el objeto de que éste se pueda desenvolver con la mayor seguridad posible y no constituya una ocasión para lesionar o poner en peligro ningún bien jurídico individual. Por lo tanto, el descuido de las normas que tratan de garantizar tal seguridad incrementa las posibilidades de dañar los bienes jurídicos pertenecientes a los diferentes sujetos individuales que se hallan inmersos en el tráfico rodado<sup>186</sup>.

Ante esta situación, el Código penal interviene para incriminar las violaciones más graves de las normas que pretenden mantener la seguridad del tráfico, puesto que tales supuestos extremos implican un peligro cualificado para los bienes jurídicos individuales y suponen un aumento muy elevado de las probabilidades de lesión de estos últimos. Por estas razones, el legislador incrimina determinadas conductas como lesivas de la seguridad del tráfico, considerada ésta como un **bien jurídico colectivo de referente individual**: la lesión de las reglas de comportamiento que garantizan la seguridad del tráfico supone en los casos especialmente graves previstos por el legislador la puesta en peligro de bienes jurídicos individuales pertenecientes a las personas que se hallan comprometidas en el tráfico rodado. Estos bienes particulares son no sólo el motivo que lleva al legislador a incriminar las conductas

---

concreto, según las diferentes figuras típicas) de los bienes jurídicos individuales equivale a la lesión del bien jurídico institucionalizado "seguridad del tráfico". Vid. ESCRIVÁ GREGORI, J.M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Bosch, Barcelona 1976, pág. 115-118; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1º C.P. (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)*, cit., pág. 150 y 156.

<sup>186</sup> Por esta razón se erige la "seguridad del tráfico" como bien jurídico institucionalizado, no porque merezca protección por sí misma sino a causa de que, en palabras de Orts Berenguer, "su descuido incrementa las probabilidades de que resulten dañados bienes del máximo valor que se hallan comprometidos en el tráfico rodado: la vida y la integridad de las personas, que son los que se pretenden resguardar primero que nada"; cfr. ORTS BERENGUER, E., *Compendio de Derecho Penal. Parte especial* (Orts Berenguer, coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 1994, pág. 128.

recogidas en el Código como delitos contra la seguridad del tráfico, sino que son además los auténticos bienes jurídicos que se protegen mediante tal incriminación, legitimando de tal modo la intervención del Derecho penal, ya que la seguridad del tráfico no tiene por sí misma, aisladamente considerada, la entidad suficiente para merecer protección penal<sup>187</sup>.

#### a.5. Delitos de riesgo catastrófico e incendios (arts. 341-358 del CP)

En los Capítulos primero y segundo del Título XVII del Código Penal se pretende salvaguardar la seguridad colectiva de los riesgos provenientes del uso de sustancias peligrosas y de los incendios. Lógicamente, como consecuencia de su pertenencia a la categoría de los delitos contra la seguridad colectiva, el bien jurídico protegido es de carácter institucionalizado o espiritualizado, que se construye con el único fin de tutelar bienes jurídicos individuales de los sujetos que conforman la comunidad social.

Refiriéndonos en primer lugar a los **delitos de riesgo catastrófico** (arts. 341-350 del CP), puede decirse que se trata de salvaguardar la seguridad de las condiciones de manejo de determinadas sustancias peligrosas, tales como la energía nuclear, radiaciones ionizantes, explosivos, sustancias tóxicas o corrosivas y demás elementos análogos, que se emplean en diversos sectores como la medicina, la investigación científica o ciertas industrias. La peculiaridad de tales sustancias reside en que, si bien pueden reportar indudables beneficios a la sociedad, poseen una naturaleza altamente peligrosa que requiere un manejo especialmente cuidadoso para evitar la producción de graves daños a las personas (vida, integridad, salud o

---

<sup>187</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pág. 308; TAMARIT SUMALLA, J.M., *Comentarios al Nuevo CP*, cit., pág. 1761; ORTS BERENGUER, E., *Comentarios al CP de 1995*, cit., Vol. II, pág. 1710. Como manifiesta este último autor, el concepto de "seguridad del tráfico" no posee la suficiente concreción como para configurarlo como un bien jurídico digno de tutela, por lo que sólo cabe traerlo a colación para referirse a bienes jurídicos individuales como la vida y la integridad de las personas, que son los auténticos bienes protegidos en estos tipos penales.

patrimonio) e incluso en algunos casos al medio ambiente<sup>188</sup>. En realidad, no se trata sólo de evitar los peligros derivados del uso inadecuado de las mencionadas sustancias en el concreto sector al que están destinadas, sino también los resultantes de su empleo con fines directamente destructivos, que pueden dar lugar a siniestros a gran escala susceptibles de afectar a un número enorme e indefinido de personas<sup>189</sup>.

El elevado grado de peligrosidad que conlleva la manipulación de las sustancias mencionadas justifica el adelantamiento de las barreras de protección penal, configurando un **bien jurídico supraindividual** cuya lesión es equivalente a la puesta en peligro de los últimos bienes jurídicos mencionados<sup>190</sup>. La doctrina se inclina por considerar que este bien supraindividual posee autonomía, definiéndose como “el conjunto de condiciones necesarias para garantizar un determinado estándar de seguridad colectiva en el ámbito de actividad analizado”<sup>191</sup>, de modo que los bienes jurídicos individuales serían objetos mediatos de protección<sup>192</sup>. Sin embargo, podría defenderse que nos hallamos ante un **bien jurídico supraindividual espiritualizado de referente individual**, en la misma línea que se ha expuesto el bien jurídico protegido en los delitos contra la salud pública o contra los intereses económicos de los consumidores: realmente, la defensa de la “seguridad colectiva” en el desarrollo de las actividades citadas se articula precisamente porque se producen peligros intolerables, principalmente, para la salud y la integridad física del individuo.

---

<sup>188</sup> Cfr. GONZÁLEZ RUS, J.J., *Curso de Derecho penal español. Parte especial* (Cobo del Rosal, dir.), cit., vol. II, pág. 97, 108 y 111; MORALES PRATS, F., *Comentarios al Nuevo CP*, cit., pág. 1630; DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Respuesta penal al peligro nuclear*, PPU, Barcelona 1994, pág. 87-105.

<sup>189</sup> Cfr. MORALES PRATS, F., *Comentarios al Nuevo CP*, cit., pág. 1630; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, cit., pág. 109.

<sup>190</sup> Cfr. MORALES PRATS, op. cit., pág. 1632.

<sup>191</sup> Cfr. MORALES PRATS, op. cit., pág. 1632.

<sup>192</sup> Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, *Respuesta penal al peligro nuclear*, cit., pág. 84; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Curso de Derecho penal español. PE*, cit., pág. 95; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. PE*, cit., pág. 572; MORALES PRATS, *ibidem*.



Asimismo, en el caso de los incendios (arts. 351-358 del CP) nos encontramos con idéntica construcción: se trata de otro grupo de figuras delictivas pertenecientes a la categoría de los delitos contra la seguridad colectiva, definiéndose al respecto esta última, con carácter autónomo, como “el conjunto de condiciones cuyo cumplimiento asegura y genera la expectativa social de que no se incrementará el riesgo para los bienes personales o colectivos que se ven implicados en algunas actividades peligrosas más allá de lo que es consustancial y permitido en cada una de ellas”<sup>193</sup>. No obstante, como se ha dicho en relación con los delitos de riesgo catastrófico, puede afirmarse que estamos ante un bien jurídico colectivo de referente individual, pues ha sido construido para impedir múltiples lesiones a diferentes bienes jurídicos individuales (vida, integridad, salud, y patrimonio, aunque también se ha señalado que en ocasiones también se protege el medio ambiente mediante la tipificación de los delitos de incendios)<sup>194</sup>.

b) *Análisis de los restantes bienes jurídicos protegidos en la Sección 3ª del Capítulo XI del Título XIII (“Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”)*

---

<sup>193</sup> Cfr. GONZÁLEZ RUS, J.J., *Curso de Derecho penal español*, cit., pág. 94-95; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., *Los delitos de incendio*, Comares, Granada 2000, pág. 11.

<sup>194</sup> Vid. GONZÁLEZ GUITIÁN, L., *La nueva regulación del delito de incendios forestales*, en Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor, cit., pág. 369; del mismo, *Delitos contra la seguridad colectiva. Capítulos I y II*, en Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal, cit., pág. 939 y ss. Como distingue este autor, las figuras tipificadas suponen, por una parte, un peligro para bienes individuales como la vida, la integridad personal o el patrimonio individual; por otra parte, también en determinados casos pueden ocasionar una lesión al “patrimonio colectivo”, en el momento en que causen daños a los recursos naturales o al medio ambiente. Cfr. también, hablando de la potencialidad dañosa de estas conductas para determinados bienes individuales, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., *Los delitos de incendio*, cit., pág. 10; BAJO FERNÁNDEZ / PÉREZ MANZANO, *Manual de Derecho penal (Parte especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*, cit., pág. 519; y MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. PE*, pág. 572.

### b.1. Delitos contra la competencia desleal (arts. 278-280 del CP)

Nos encontramos aquí ante figuras delictivas que consisten básicamente en la violación, difusión y uso en provecho propio de secretos empresariales.

A primera vista podría sorprender su inclusión en la Sección dedicada a los delitos relativos al mercado y los consumidores, ya que en principio el bien jurídico protegido en estos delitos es de carácter individual, pudiendo definirse como “la capacidad competitiva de la empresa en el mercado”<sup>195</sup> o “el interés económico que el secreto encierra para la empresa”<sup>196</sup>. Los secretos empresariales son todos aquellos datos o conocimientos que posee o adquiere una empresa como resultado de un esfuerzo de investigación o de inversión realizado en el seno de la misma, y cuyo disfrute suponga una importante ventaja competitiva con respecto a los demás empresarios<sup>197</sup>. De aquí es fácil deducir que el secreto supone un valor económico

---

<sup>195</sup> Cfr. SERRANO PIEDECASAS, J.R., *Consideraciones en torno a la protección penal del know-how*, en ADPCP 1990, Fasc. III, pág. 873; PRATS CANUT, J.M., *Descubrimiento y revelación de secretos de empresa en el Código Penal de 1995*, en Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores, CGPJ, Madrid 1997, pág. 181; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Compendio de Derecho Penal (PE)*, cit., pág. 533; MORENO Y BRAVO, E., en *Curso de Derecho penal económico* (Bacigalupo, E., dir.), cit., pág. 281; MORALES PRATS, F. / MORÓN LERMA, E., *Comentarios al Nuevo CP*, cit., pág. 1280; BAJO, M. / BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, cit., pág. 490. Vid. también MORENO CÁNOVES, A. / RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, EDIJUS, Zaragoza 1996, quienes puntualizan que el bien jurídico protegido es “el secreto de empresa como instrumento al servicio de la estrategia competitiva de la misma”.

<sup>196</sup> Cfr. CARRASCO ANDRINO, M.M., *La protección penal del secreto de empresa*, Cedecs, Barcelona 1998, pág. 14; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Comentarios al CP de 1995*, cit., Vol. II, pág. 1359; del mismo, *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 70; BAJO FERNÁNDEZ / SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho penal (Parte especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*, cit., pág. 379.

<sup>197</sup> Sobre el concepto de secreto de empresa, vid. CARRASCO ANDRINO, M.M., *La protección penal del secreto de empresa*, cit., pág. 30-60; vid. también GUINARTE CABADA, G., *Consideraciones político-criminales en torno a la competencia desleal*, en EPC 1992, nº XV, pág. 171, quien, a diferencia de la autora anterior, incluye además en el concepto de secreto de empresa los datos sobre su organización y relaciones, que por carecer de valor intrínseco no pueden ser transmitidos a otras empresas, pero que poseen relevancia para la capacidad económica de la empresa; en este último sentido vid. también FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M.T., *Protección penal del secreto de empresa*, Colex, Madrid 2000, pág. 30.

para la empresa, un auténtico condicionante de su capacidad competitiva en el mercado<sup>198</sup>. Por lo tanto, se caracteriza el secreto de empresa como un **bien jurídico individual de carácter patrimonial**, con un titular claramente determinado: el empresario o la empresa<sup>199</sup>.

Sin embargo, pese al carácter eminentemente individual del bien jurídico protegido, no tiene por qué considerarse totalmente desacertada la inclusión de estos delitos en la Sección relativa al mercado y a los consumidores. Aunque la comisión de tales hechos delictivos afecta en un principio a intereses económicos de los empresarios, también es cierto que **incide de forma indirecta en los genuinos intereses socioeconómicos de los consumidores**<sup>200</sup>. La violación de secretos empresariales constituye un acto de competencia desleal<sup>201</sup> que perjudica por un lado al empresario titular del secreto, puesto que daña seriamente su capacidad competitiva, y por otro lado supone también un perjuicio para los consumidores, puesto que no accederán a un mercado totalmente transparente donde puedan realizar sus elecciones con total libertad<sup>202</sup>. Por lo tanto, aceptando esta doble línea de

---

<sup>198</sup> Cfr. SERRANO PIEDECASAS, J.R., *Consideraciones en torno a la protección penal del know-how*, cit., pág. 874; BAJO FERNÁNDEZ / SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho penal (PE)*, cit., pág. 378-379; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M.T., *Protección penal del secreto de empresa*, cit., pág. 103.

<sup>199</sup> Además, la similitud de los secretos de empresa con los derechos de propiedad industrial ha llevado a parte de la doctrina a considerar que sería adecuada su inclusión de los delitos contenidos en los arts. 278-280 en la Sección dedicada a los delitos relativos a la propiedad industrial; vid. TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Derecho penal de la empresa*, cit., pág. 168-169; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Comentarios al CP de 1995*, cit., Vol. II, pág. 1357.

<sup>200</sup> Cfr. GUINARTE CABADA, G., *Consideraciones político-criminales en torno a la competencia desleal*, cit., pág. 127 y ss; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Comentarios al CP de 1995*, cit., Vol. II, pág. 1357; del mismo, *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 70.

<sup>201</sup> Precisamente en este carácter de acto de competencia desleal se basa FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M.T., op. cit., pág. 102-103, para defender que el bien jurídico aquí protegido es "el correcto funcionamiento del mercado en un ámbito de competencia leal, y, por tanto, la lealtad en la competencia de las empresas concurrentes en el mercado".

<sup>202</sup> Este doble nivel de afección es reconocido en la Exposición de Motivos de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal: "... el peligro de que la libre iniciativa empresarial sea objeto de abusos, que con frecuencia se revelan gravemente nocivos para el

protección de los delitos contra la competencia desleal, puede afirmarse que es idónea su ubicación en la Sección relativa a los delitos contra el mercado y los consumidores.

b.2. Delitos contra el libre mercado o la libertad de competencia (arts. 284-286 del CP)<sup>203</sup>

Esta categoría de figuras delictivas constituye el tercer grupo diferenciado en el seno de la comentada Sección 3ª, y abarca los arts. 284-286. Los dos últimos preceptos (arts. 285 y 286) incriminan el abuso de información privilegiada en el mercado de valores, y han sido ya objeto de comentario con anterioridad con el propósito de analizar la naturaleza del bien jurídico protegido en los mismos<sup>204</sup>. Por lo tanto, a continuación se analizará únicamente el delito contenido en el art. 284, consistente en la alteración de precios que resulten de la libre competencia.

El mencionado precepto incrimina una serie de conductas (difusión de noticias falsas, empleo de violencia, amenaza o engaño, o utilización de información privilegiada) mediante las cuales se intente alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación. El

---

conjunto de los intereses que confluyen en el sector: el interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del estado al mantenimiento de un orden concurrencial y debidamente saneado".

<sup>203</sup> Debe puntualizarse que en el art. 281 (acaparamiento de materias primas o productos de primera necesidad) se protege a su vez la libertad de competencia, tal y como hacen los arts. 284-286, ya que tales conductas de acaparamiento impiden la concurrencia libre y en situación de normalidad de los distintos oferentes en el mercado; cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Comentarios al CP de 1995*, cit., Vol. II, pág. 1366-1367; del mismo, *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 116. Por el contrario, MORENO CÁNOVES / RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, cit., pág. 149-150, consideran que lo tutelado en primer término es el mercado, y más concretamente, el nivel "natural" de la oferta, mientras que la protección de los intereses de los consumidores resulta una consecuencia secundaria de la protección otorgada a la libertad de mercado.

<sup>204</sup> Vid. supra 2.a), apartado a).

bien jurídico protegido es la libre competencia como elemento determinante y favorecedor del mecanismo natural de fijación de precios en el mercado<sup>205</sup>. No se trata de proteger el patrimonio individual, es decir, no se tutela una correcta formación de los precios en el mercado con el objeto de evitar un desmesurado aumento de los mismos que redunde en un perjuicio económico para el consumidor, sino que se trata de tipificar simplemente aquellas conductas que suponen un peligro para una concreta política económica de precios que atiende al principio de la libre competencia<sup>206</sup>. Sin embargo, puede afirmarse que el consumidor resulta protegido en cuanto es parte del libre juego de mercado, ya que evidentemente si no existe libertad de competencia se pueden producir situaciones monopolísticas o aumentos excesivos de los precios que afectarán al patrimonio del consumidor<sup>207</sup>.

---

<sup>205</sup> Cfr. SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Compendio de Derecho penal (PE)*, cit., pág. 548; TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Derecho penal de la empresa*, cit., pág. 177-178; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Comentarios al CP de 1995*, cit., Vol. II, pág. 1378; MORENO CÁNOVES / RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, cit., pág. 189.

<sup>206</sup> Debe ponerse de relieve que la libre competencia es protegida como un elemento de una concreta política económica de fijación de precios, ya que una competencia perfecta y absolutamente libre es incompatible con el actual sistema de Estado intervencionista, el cual regula, entre otras cuestiones, los distintos procesos económicos en un país. La Administración desarrolla una determinada política económica y de precios que le lleva a intervenir en el proceso de formación de los mismos en el mercado, es decir, relativizando el principio de libre competencia; por esta razón, se ha llegado a afirmar que, más que la libertad de competencia (la cual en puridad no existe), en este art. 284 del Código Penal se protege la política económica y de precios de la Administración, el poder ordenador de la misma; vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Sobre la figura del delito de maquinaciones para alterar los precios (naturales) de las cosas*, en CPC 1981, nº 14, pág. 226; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. PE*, cit., pág. 487 y 491; MORENO CÁNOVES / RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, cit., pág. 189-190; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 126.

<sup>207</sup> Cfr. BAJO FERNÁNDEZ / SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho penal (PE)*, cit., pág. 389; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Difusión de noticias falsas, empleo de violencia, amenaza o engaño, o utilización de información privilegiada para alterar los precios del mercado*, en Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores, cit., pág. 19.

## II. JUSTIFICACIÓN POLÍTICO-CRIMINAL DE LA CREACIÓN DE LOS GENUINOS DELITOS SOCIOECONÓMICOS DE CONSUMO: LEGITIMIDAD DE LA INTERVENCIÓN PENAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

### 1. Necesidad dogmática de creación de los genuinos delitos socioeconómicos de consumo

Como se ha venido explicando a lo largo de los epígrafes anteriores, en nuestro ordenamiento jurídico encontramos una variada gama de disposiciones que, siguiendo el mandato del art. 51 de la Constitución española, establecen diversos mecanismos de tutela de los consumidores y usuarios. La normativa relacionada con esta materia trata de preservar los derechos básicos que a éstos pertenecen, recogidos en el art. 2 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, estableciendo diversos tipos de infracciones y sanciones aplicables a quienes violen cualquiera de estos derechos desarrollados legislativamente. La protección del consumidor se extiende a todas las ramas del ordenamiento jurídico, lo cual se reconoce ya en el art. 32 de la Ley del Consumidor, donde se establece que "las infracciones en materia de consumo serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir".

En las páginas precedentes se ha presentado el panorama de los mecanismos tradicionales de defensa del consumidor, tanto las soluciones de Derecho privado como el conjunto de sanciones administrativas aplicables, y asimismo los preceptos del Código Penal que otorgan tutela al consumidor. Como se puede desprender del examen de las diferentes normas relacionadas con el consumo, básicamente la

protección que se otorga a los consumidores y usuarios gira en torno a la salvaguarda de su salud y de su patrimonio individual.

En relación con la protección de la salud del consumidor, y haciendo referencia solamente a la **normativa extrapenal**, nos encontramos con una serie de disposiciones que aplican una sanción a todo aquel que introduzca en el mercado cualquier tipo de producto o servicio que no guarde unos requisitos mínimos de seguridad, de modo que puedan causar un perjuicio en la salud de los consumidores. Así, por ejemplo, cabe destacar la regulación contenida en el Capítulo VIII de la LGDCU, complementada por la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, que disciplinan el régimen de responsabilidad aplicable en los supuestos de daños causados a los consumidores por un producto o servicio. Asimismo, debe recordarse la existencia de un número elevado de disposiciones reglamentarias que regulan exhaustivamente los componentes y el tratamiento que debe otorgarse a los diferentes bienes y servicios que se ofrecen en el mercado, con la finalidad de que no se produzcan situaciones peligrosas para la salud de los consumidores o usuarios.

Por lo que se refiere a la protección del **patrimonio individual del consumidor**, y haciendo también referencia a la **normativa extrapenal**, existe ya en la LGDCU una amplia regulación tendente a evitar los posibles abusos que se pueden cometer en este ámbito. En el Capítulo III de esta Ley se articulan las bases de una tutela completa que permite proteger en todo momento el patrimonio del consumidor. De este modo, como ya se ha expuesto anteriormente, existen fundamentalmente tres estadios de protección: la fase previa a la conclusión del contrato, dentro de la cual el legislador se centra en exigir la vinculación de un oferente en el mercado a todo lo manifestado en la oferta y la publicidad de sus productos o servicios, ya que generalmente tanto la oferta como la publicidad son los criterios determinantes que mueven al consumidor a adquirir un bien o servicio; la fase de conclusión del contrato, en la cual es necesario proteger a los consumidores ante la situación de preeminencia de los suministradores de bienes o servicios, ya que éstos usualmente tienden a imponer las condiciones de contratación; y finalmente la fase posterior a la

celebración del contrato, momento en el que se establece la obligatoriedad del productor o suministrador de ofrecer una garantía comercial del bien o servicio y de mantener un adecuado servicio posventa durante un plazo determinado.

El desarrollo de estas previsiones generales de la LGDCU se realiza a través de diversas disposiciones legislativas que protegen al consumidor en diferentes ámbitos con el fin primordial de que su patrimonio no se vea dañado debido a la adquisición de un bien o servicio que finalmente no se adecua a sus expectativas iniciales; en este sentido, podemos citar a título de ejemplo la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, o la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre protección de los consumidores en el caso de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.

Finalmente, puede afirmarse que el desarrollo de otros derechos previstos en la LGDCU persigue también en último término la salvaguarda de la salud y el patrimonio individual de los consumidores y usuarios. Así, por ejemplo, la Ley reconoce el derecho a la información correcta sobre los diferentes productos o servicios, a la audiencia en consulta de los consumidores y usuarios, o a la representación de sus intereses a través de asociaciones legalmente constituidas. Este elenco de derechos, que también ha sido objeto de desarrollo legislativo, tiene como objeto: por una parte, lograr que el consumidor esté completamente informado sobre las características del bien o servicio que adquiere, lo cual le garantizará que está realizando una elección que no perjudicará ni su salud ni su patrimonio; por otra parte, asegurar la existencia de una eficaz tutela jurídica, una facilidad de acceso a la justicia, en los supuestos en que el consumidor ha sido víctima de cualquier tipo de daño.

Pasando ya al ordenamiento penal, también podemos encontrar preceptos que tutelan a los consumidores con el objeto de evitar perjuicios para su salud y su patrimonio. Así, tal y como ha sido objeto de desarrollo en las páginas anteriores, nos encontramos por un lado con los delitos contra la salud pública, que implican la protección de los consumidores frente a los daños a su salud derivados de la comercialización de determinados productos, y por otro lado con los delitos contra el



patrimonio, que pueden proteger al consumidor frente a diferentes tipos de ataque dirigidos contra su patrimonio individualmente considerado. Sin embargo, debe ponerse de relieve que son diferentes los ámbitos de protección que otorga cada una de estas dos categorías de delitos, de modo que no existe en todos los supuestos mencionados el mismo grado de tutela del consumidor.

En cuanto a la protección de la salud de los consumidores y usuarios, se puede afirmar que sí existe una tutela integral de la misma. En primer lugar, la salud es tutelada en el Código Penal desde un punto de vista estrictamente individual, es decir, se articula una protección frente a los ataques dirigidos a la salud de cada individuo concreto. Este cometido es desempeñado por los *tipos de lesiones*, contenidos en el Título III del Código Penal: a través de ellos se puede lograr una tutela eficaz y completa de la salud individual, entendiendo que el bien jurídico protegido en estos delitos no es simplemente la integridad corporal o física, como tradicionalmente sostenían doctrina y jurisprudencia, sino que consiste más bien en la "integridad y salud personales", de forma que la protección abarque las afecciones a la integridad anatómico-funcional, las alteraciones físicas o psíquicas del funcionamiento del organismo humano que precisen asistencia sanitaria, e incluso otros supuestos de difícil conceptualización como la deformidad, la inaptitud laboral o la incapacidad mental<sup>208</sup>.

Sin embargo, como ya se ha puesto anteriormente de manifiesto, la protección de la salud individual no se puede limitar solamente a los ataques dirigidos concretamente a lesionar (dolosa o imprudentemente) a un sujeto o a un número cuantificable de sujetos, sino que es necesario también articular la protección frente a ciertas conductas caracterizadas principalmente por dos notas: en primer lugar, porque constituyen comportamientos que implican un peligro para la salud, sin ir dirigidas a la causación de una lesión; en segundo lugar, porque pueden afectar a un

---

<sup>208</sup> Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Comentarios al Código Penal. Parte especial (Títulos I a VI)*, (Diez Ripollés, J.L. / Gracia Martín, L., coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pág. 325 y ss.; del mismo, *Los delitos de lesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pág. 18 y ss.; vid. también sobre diversas definiciones del bien jurídico protegido, que también incluyen la salud, GUALLART DE VIALA, A., *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, Ramón Areces 1992, pág. 35-39.

círculo indeterminado de personas<sup>209</sup>. Estas dos características son las que presentan las conductas descritas en los art. 359-367 CP, que tipifican dos clases fundamentales de *delitos contra la salud pública*: por un lado las conductas relativas a la elaboración y despacho de sustancias nocivas, productos peligrosos y medicamentos, y por otro lado los fraudes alimentarios.

Como se ha podido deducir del análisis de los concretos tipos penales, las conductas en ellos incluidas presentan las dos características mencionadas. Por una parte, los productos a los que se refieren los citados artículos están destinados a entrar en circulación dentro del mercado, de modo que podrán ser adquiridos por un número indeterminable de consumidores. Por otro lado, en todos los casos resulta patente el peligro que suponen tales comportamientos: en la mayoría de los supuestos se trata de comportamientos a los que se exige no sólo su peligrosidad abstracta, sino que se requiere a mayores que, o bien pongan en peligro concreto la vida o la salud de las personas, o bien presenten una determinada aptitud para provocar tal peligro; existe además algún supuesto en que se incrimina simplemente una conducta que el legislador ya considera peligrosa en abstracto, debido a la circunstancia de que tal comportamiento supone una proximidad directa con el consumidor (por ejemplo, cuando la sustancia peligrosa se ofrece ya directamente al público).

Como conclusión, podemos decir que la tutela de la salud de los consumidores es de carácter completo: por un lado, están protegidos, mediante los delitos de lesiones, frente a los posibles daños que se les cause de forma individual; por otro lado, también encuentran una adecuada protección frente a conductas peligrosas (que no van dirigidas a la causación de un daño) desarrolladas en torno al ámbito del mercado, y que pueden afectar a un amplio número de individuos.

Si bien en principio es satisfactorio el grado de protección de la salud de los consumidores, ya que es articulada tanto desde una perspectiva individual como colectiva, no se puede decir lo mismo de la protección de su patrimonio. Como se ha expuesto previamente, hasta la promulgación del Código Penal de 1995 sólo se

---

<sup>209</sup> Vid. DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., pág. 242-246.

tutelaba al consumidor en este ámbito a través de los tradicionales *delitos contra el patrimonio*, particularmente mediante el tipo de estafa. Sin embargo, nos encontramos con el inconveniente de que la estafa es un tipo dirigido exclusivamente a la protección del patrimonio individual, con lo cual nos vemos ante el ya mencionado problema de castigar las conductas de fraudes colectivos, es decir, aquellas estafas que afectan a un número indeterminado de consumidores. En principio, podría articularse una solución aplicando la figura del delito con sujeto pasivo masa, que supone una agravación de las reglas generales de determinación de la pena en los supuestos en que la conducta de estafa ha afectado a una multiplicidad de sujetos. Sin embargo, hasta el Código actual no existían, tal y como ocurre en el ámbito de protección de la salud, figuras delictivas específicamente destinadas a la tutela del patrimonio de los consumidores ante las conductas que implicaban un peligro para el mismo y de las que podía ser víctima un número indeterminable de individuos.

Así, juntamente con los delitos de lesión que tutelan el patrimonio como bien jurídico individual, resulta necesaria la existencia de concretas figuras delictivas que sancionen determinadas conductas realizadas en el seno del mercado que supongan un peligro para el patrimonio de un número indefinido de consumidores. Consecuentemente, del mismo modo que se ha articulado el bien jurídico "salud pública" para proteger al indelimitable círculo de los consumidores frente a conductas que además de suponer un peligro para su salud poseen un amplio radio de acción (ya que se desarrollan básicamente en torno al mercado), es necesario construir el bien jurídico "*intereses socioeconómicos de los consumidores*" para proteger el patrimonio de los mismos frente a conductas semejantes, es decir, aquellas que se efectúan en el seno del mercado y son peligrosas para el patrimonio de un número indeterminable de sujetos<sup>210</sup>.

---

<sup>210</sup> Vid. ARROYO ZAPATERO, L., *Derecho penal económico y Constitución*, cit., pág. 2, quien establece las bases de esta obligación integral de tutela en el orden constitucional interno y comunitario. Vid. también TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho penal económico*, cit., pág. 35-36; TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*, cit., pág. 47; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Delitos relativos al mercado y a los consumidores*, en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995* (Asúa Batarrita, A., ed.), Universidad del País Vasco 1998, pág. 146.

## **2. Necesidad político-criminal de creación de los genuinos delitos socioeconómicos de consumo: la existencia de un auténtico bien jurídico-penal**

La creación de este nuevo objeto de protección que estamos analizando exige comprobar que nos hallamos ante un auténtico bien jurídico-penal, y que no se trata de un concepto impreciso cuya protección no justifica en modo alguno el recurso al Derecho penal. A la hora de efectuar esta comprobación, hay que constatar que este nuevo bien jurídico cumple los requisitos exigibles a todo bien jurídico-penal. Ante la diversidad de soluciones doctrinales ofrecidas con la intención de configurar una teoría del bien jurídico penalmente protegible, se tomarán como línea argumental de referencia los criterios expuestos por Silva Sánchez, que constituyen un verdadero paradigma de las posiciones restrictivas en la teoría del bien jurídico-penal.

Así, siguiendo a este autor, habría que exigir estos tres requisitos a todo bien jurídico-penal: que su menoscabo suponga un daño para la sociedad, que tenga reconocimiento constitucional, y que exista una referencia básica y central en el individuo. Por otra parte, hay que asegurarse de que este nuevo bien está necesitado de protección penal y a la vez es merecedor de la misma. En cuanto al primer aspecto, se exige comprobar que se está respetando el principio de intervención mínima del Derecho penal, es decir, que la protección penal de este bien jurídico es útil desde la óptica de los criterios de necesidad y subsidiariedad, partiendo de que son ineficaces otros medios menos lesivos. En relación con el segundo aspecto, hay que determinar si la incriminación penal respeta el principio de proporcionalidad, es decir, si la articulación de una tutela penal está justificada por la importancia del bien jurídico y por la gravedad intrínseca de las formas de ataque al mismo<sup>211</sup>. Se

---

<sup>211</sup> Vid. ampliamente sobre los parámetros que deben tenerse en cuenta para identificar un bien jurídico-penal, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona 1992, pág. 267 y ss. y 285 y ss.

procederá a continuación a examinar pormenorizadamente si el bien jurídico protegido en los delitos socioeconómicos de consumo cumple los requisitos que se acaban de enumerar, de modo que se pueda afirmar que constituye un auténtico bien jurídico penalmente protegible.

a) *Examen de la dañosidad social de las conductas tipificadas en los geminos delitos socioeconómicos de consumo*

En un principio podría parecer que con la configuración de este nuevo bien jurídico "interés del grupo colectivo de consumidores en el mantenimiento del orden global del mercado" se intenta proteger un interés colectivo y de contornos difuminados y, al no tener una entidad suficientemente relevante, las conductas que lo vulneran no llegarían a causar una dañosidad social bastante como para justificar su tutela por medio de normas penales<sup>212</sup>. Sin embargo, como se ha venido poniendo de manifiesto, la construcción de este nuevo bien jurídico no responde al deseo de tutelar un interés inventado y artificial, sin ningún fundamento real, sino que se crea con el único fin de proteger un tradicional bien jurídico de carácter individual, que desde siempre ha sido tutelado por el ordenamiento penal: el patrimonio y/o la libertad de disposición económica.

Lo que se está haciendo es adaptar a los tiempos actuales la tutela que reclama este bien jurídico tradicional; en efecto, debe tenerse en cuenta que, con el desarrollo de la **sociedad de consumo en masa**, se fortalecen las posiciones de los oferentes de productos y servicios en un mercado cada vez más saturado y donde aumenta paulatinamente el número de opciones para los demandantes.

---

<sup>212</sup> Vid. exigiendo la "dañosidad social" que debe conllevar toda ofensa a un bien jurídico para recibir sanción penal: AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, EDERSA, Madrid 1999, pág. 290; TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*, cit., pág. 18; TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho penal económico*, cit., pág. 131; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pág. 260 270-271.

Ante esta realidad cabe destacar dos circunstancias: por una parte, *los oferentes de bienes y servicios tienden a abusar de su situación de preeminencia*; y por otra, *la ampliación progresiva del mercado* y la generalización de los actos de consumo determina que los posibles abusos que puedan cometer los mencionados oferentes afecten a un número muy elevado e indeterminado de sujetos, es decir, de consumidores. Por lo tanto, se ve claramente que la actuación de quienes ofrecen sus mercancías en el mercado pone en peligro el patrimonio de cada uno de los integrantes de ese colectivo enorme e indelimitable de consumidores<sup>213</sup>. Se deduce, entonces, que no se busca la protección de un interés abstracto y artificioso, sino que la razón que mueve al legislador a tipificar estos genuinos delitos socioeconómicos de consumo es el deseo de proteger el patrimonio individual frente a concretas formas de ataque que presentan una dañosidad social evidente: son conductas caracterizadas por su carácter colectivo y por la indeterminación de la frontera de peligro para los posibles perjudicados.

Aunque el criterio de la dañosidad social de las conductas vulneradoras de un determinado valor o interés es un punto básico de referencia para otorgarle la categoría de bien jurídico-penal, surge el peligro de que la exigencia de este único requisito provoque que se erijan como bien jurídico únicamente todas aquellas condiciones necesarias para mantener un determinado orden social<sup>214</sup>. Por lo tanto, es

---

<sup>213</sup> Vid. una descripción del panorama actual en SCHÜNEMANN, B., *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, en ADPCP 1996, Fasc. I, pág. 198-200; SGUBBI, F., *Tutela penale di "interessi diffusi"*, cit., pág. 452-454. Vid. también GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores*, cit., pág. 34-36; CUADRADO RUIZ, M.A., *¿Protege el Derecho penal a los consumidores?*, cit., marg. 379 y ss.

<sup>214</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pág. 268-269. En efecto, la valoración de un bien jurídico está condicionada históricamente, de modo que surge el peligro de "perversión" del concepto de bien jurídico, lo cual ocurrirá cuando se estiman merecedores de protección intereses minoritarios o de grupo que no tienen un valor fundamental para los restantes miembros de la comunidad; cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, cit., pág. 72. Por lo tanto, y para evitar el efecto que se acaba de mencionar, el criterio de dañosidad social debe interpretarse en el sentido de que "la criminalización de un hecho sólo es correcta cuando el mismo es sentido por la colectividad como contrario a algún principio o norma fundamental para el funcionamiento de los sistemas sociales. No es correcto acudir a la intervención penal con el objeto de conseguir un efecto disuasorio más intenso respecto a infracciones de normas no suficientemente internalizadas

necesario completar esta primera exigencia de dañosidad social con otros dos parámetros ya indicados anteriormente: el requisito de que todo bien jurídico contenga necesariamente una referencia central al individuo<sup>215</sup>, y la necesidad de que posea relevancia constitucional.

b) *Reconocimiento constitucional del bien jurídico protegido en los delitos socioeconómicos de consumo*

Aunque la creación de este moderno bien jurídico ya se puede justificar por su carácter instrumental para la tutela de un bien jurídico individual como el patrimonio, puesto especialmente en peligro en el seno del mercado propio de nuestra sociedad de consumo, podemos hallar en la Constitución un punto de apoyo fundamental: la plasmación en el propio Texto de la necesidad de proceder a la protección de los consumidores. En efecto, su art. 51 reconoce lo siguiente: "1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y educación de

---

por la conciencia social"; cfr. MIR PUIG, S., *Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la Reforma penal*, en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel 1994, pág. 156. De lo que se trata, en suma, es de que todo bien jurídico constituya un valor "socialmente reconocible"; vid. citando a HASSEMER: PORTILLA CONTRERAS, G., *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*, en CPC 1989, nº 39, pág. 737; vid. también haciendo especial hincapié en la dañosidad social de una conducta para proceder a su criminalización, PARODI GIUSINO, M., *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, cit., pág. 113 y ss.

<sup>215</sup> Atendiendo a la necesaria complementariedad entre este requisito y el anterior se podría afirmar con SILVA SÁNCHEZ, entre otros, que "determinados objetos se convierten en bienes jurídicos, por tanto, en la medida en que están dotados de un contenido de valor para el desarrollo personal del hombre en sociedad": cfr. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pág. 271; en este sentido ya afirmaba TERRADILLOS BASOCO, J., *La satisfacción de necesidades como criterio de determinación...*, cit., pág. 136, que los bienes jurídicos constituyen "las posibilidades de satisfacción de las necesidades humanas". También CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, cit., pág. 182 y 184, destaca la necesidad de tener en cuenta conjuntamente el criterio de dañosidad social y el de referencia al individuo.

los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca"<sup>216</sup>.

Teniendo en cuenta que los genuinos delitos socioeconómicos de consumo pertenecen, como su propia denominación indica, al conjunto de "delitos contra el orden socioeconómico" (recogidos en el Título XIII del Código Penal), habrá que atender por lo tanto al concreto modelo de sistema económico que configura la Constitución. Puede afirmarse que no se configura un modelo puro, lo cual se aprecia ya en el propio art. 38 de la Constitución, que en un principio parece establecer el reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Sin embargo, en el segundo inciso de este artículo se declara que los poderes públicos garantizan y protegen el ejercicio de esa libertad de empresa "de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, la planificación". Este segundo inciso del art. 38 presenta un desarrollo pormenorizado a lo largo del Texto constitucional mediante diversos preceptos que encomiendan al Estado una actividad intervencionista en la economía; basta citar como ejemplos el art. 128, donde se establece que mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y el art. 131, que habilita al Estado para planificar la actividad económica genral con el objeto de atender a las necesidades colectivas, equilibrar el desarrollo regional y sectorial, y estimular el crecimiento de la renta y la riqueza. Entre otros muchos preceptos que dan pie a la actividad intervencionista del Estado con el objetivo de llevar a cabo una adecuada política social, se encuentra el transcrito artículo 51, disponiendo que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios<sup>217</sup>.

De lo que se acaba de decir se deduce que el sistema económico establecido en nuestra Constitución se ha de basar en dos postulados fundamentales: en primer lugar debe existir un respeto a la *libertad de empresa*, lo cual impide todo tipo de

---

<sup>216</sup> También del Derecho comunitario se deriva la obligación de proceder a la protección de los consumidores y usuarios; vid. *supra* Capítulo Primero, epígrafe I.2.

<sup>217</sup> Cfr. FONT GALÁN, J.I., *Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978*, en RDM 1979, nº 152, pág. 209-210.



dirigismo económico; en segundo lugar, hay que recalcar que tal libertad no es absoluta, ya que el Texto constitucional exige la *salvaguarda de determinados intereses generales* (v. gr. el cuidado del medio ambiente o el respeto de los derechos de los consumidores) que han de ser protegidos eficazmente por el Estado<sup>218</sup>.

Relacionando el modelo económico de un Estado con su ordenamiento penal, se puede establecer la siguiente correspondencia: mientras que en las épocas de liberalismo puro el Derecho penal se centraba en la protección de bienes jurídicos individuales, cuando se consagra el Estado social y democrático de Derecho se reconoce que las normas penales han de proteger un conjunto de viejos intereses que hasta el momento no habían sido adecuadamente tutelados, junto con otro grupo de intereses nuevos surgidos como consecuencia del desarrollo social y económico<sup>219</sup>. Efectivamente, desde el momento en que el modelo de Estado social exige la realización de importantes tareas asistenciales y reequilibradoras, se va perfilando un conjunto de intereses de titularidad colectiva que subyace a esas tareas de carácter social.

Ciertamente, no todos estos intereses deben recibir tutela penal; habrá que recurrir a otros criterios adicionales, principalmente el principio de intervención mínima del Derecho penal y el de merecimiento de pena, para determinar cuándo uno de tales intereses ha de ser protegido por las normas penales<sup>220</sup>. Sin duda alguna hay

---

<sup>218</sup> Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Marco constitucional del Derecho penal económico*, en CLP 1982, Tomo I, pág. 244; BAJO FERNÁNDEZ / SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho penal (PE) (Delitos patrimoniales y económicos)*, cit., pág. 566; vid. también ENTRENA CUESTA, R., *El principio de libertad de empresa*, en *El modelo económico en la Constitución española* (Garrido Falla, F., dir.), Instituto de Estudios Económicos, Madrid 1981, pág. 129 y ss; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores como principio general del ordenamiento español*, en EC 1999, nº 48, pág. 133.

<sup>219</sup> Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, en ADPCP 1990, Fasc. I, pág. 13-14; Díez Ripollés, J.L., *El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista*, en JD 1997, nº 30, pág. 18; vid. también, refiriéndose específicamente a los intereses de los consumidores, Sgubbi, F., *Tutela penale di "interessi diffusi"*, cit., pág. 455.

<sup>220</sup> Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, cit., pág. 16; también Pedrazzi, C., *El bien jurídico en los delitos económicos*, en *La reforma penal: delitos socioeconómicos* (Barbero

que rechazar la teoría de que del simple reconocimiento constitucional de un catálogo de derechos fundamentales se deriva un mandato de criminalización de las conductas vulneradoras de los mismos; en realidad, la plasmación constitucional de un concreto interés es un criterio necesario pero no suficiente para elevarlo a la categoría de bien jurídico-penal<sup>221</sup>. La toma en consideración de la Constitución en este aspecto es acertada si la consideramos como un límite negativo, es decir, si entendemos que no se puede otorgar protección penal a aquellos bienes o intereses que no gocen de consagración constitucional<sup>222</sup>; sin embargo, esta referencia es un indicador mínimo que ha de ser completado con otros criterios como los de dañosidad social y afectación al individuo<sup>223</sup>.

---

Santos, M., ed.), Universidad de Madrid 1985, pág. 288; PADOVANI, T., *Diritto penale*, Giuffrè, Milano 1999, pág. 110 y ss; SANTANA VEGA, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, cit., pág. 47 y 60; MUÑOZ CONDE, F., *Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal*, en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*, cit., pág. 573. Señalan a este respecto MARINUCCI, G. / DOLCINI, E., *Corso di Diritto penale I*, cit., pág. 373 y ss, que la relevancia constitucional de un bien jurídico es ya indicativa de su importancia y por tanto de su merecimiento de pena, pero que a partir de ahí habrá que examinar según criterios de necesidad de pena si el bien en cuestión realmente debe recibir protección penal.

<sup>221</sup> Cfr. TIEDEMANN, K., *Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in den USA und in der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen 1978, pág. 5-6; TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*, cit., pág. 25; HASSEMER / MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, cit., pág. 69; MORILLAS CUEVA, L., *Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* 1983, nº 2, pág. 74-75; asimismo CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, cit., pág. 181. Vid. también, rechazando la existencia de obligaciones constitucionales de tutela penal, PALAZZO, F., *Introduzione ai principi del Diritto penale*, Giappichelli, Torino 1999, pág. 146; MARINUCCI / DOLCINI, *Corso di Diritto penale I*, cit., pág. 366; BARATTA, A., *Jenseits der Strafe - Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft*, en *Strafgerichtsbarkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70 Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg 1993, pág. 407; PARODI GIUSINO, M., *I reati di pericolo...*, cit., pág. 154 y bibliografía citada en nota 281.

<sup>222</sup> Cfr. CORCOY BIDASOLO, *ibidem*; SANTANA VEGA, D.M., *La protección penal...*, cit., pág. 48-50; AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, cit., pág. 195-196; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pág. 16; CUERDA ARNAU, M.L., *Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal*, en *Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Valencia 1997, Vol. I, pág. 480-482.

<sup>223</sup> Vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Función y límites del principio de*

A pesar de la innegable dificultad de proceder a la selección de los intereses colectivos plasmados constitucionalmente que deben recibir tutela penal, existe cierto acuerdo doctrinal en considerar que los intereses de los consumidores y usuarios han de ser objeto de tal protección. Ciertamente la consolidación del Estado social supone que el individuo recibirá por parte de los poderes públicos un trato más favorable que el que podía recibir en un Estado liberal puro: se pretende que la libertad económica no obstaculice la igualdad y los demás derechos de los ciudadanos, para lo cual el Estado ha de regular la actuación de los agentes económicos y establecer normas que protejan al individuo en sus posiciones concretas de la vida social, es decir, como trabajador, consumidor, etc.<sup>224</sup>. Concretamente, la doctrina penal ha resaltado la importancia de los derechos de los consumidores y usuarios dentro de una sociedad definida por la producción y el consumo en masa, y que se encuentra alimentada por la incitación a consumir que diariamente expresan los productores de los diferentes bienes y servicios ofrecidos en el mercado. Se afirma, por lo tanto, que la protección penal de tales intereses es

---

*exclusiva protección de bienes jurídicos*, cit., pág. 9-10; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Bien jurídico y Constitución*, en CPC 1991, nº 43, pág. 29; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pág. 273-275. De todos modos, como concluye este último autor (pág. 288-289), no es fácil concretar más los criterios ya mencionados que tratan de determinar cuándo un bien jurídico es merecedor de protección penal (dañosidad social de las agresiones al mismo, plasmación constitucional, necesidad de referencia individual). Afirma este autor que el concepto de bien jurídico no constituye una realidad permanente, sino que se halla sujeto a los cambios históricos, los cuales influirán notablemente en la consideración de qué realidades concretas merecen ser protegidas penalmente.

<sup>224</sup> Por esto mismo afirma ARROYO ZAPATERO, L., *Delitos socioeconómicos*, en Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte especial), CGPJ, Madrid 1996, pág. 361, que "proteger al individuo en sus posiciones concretas en el orden socioeconómico quiere decir, más allá de la tutela penal tradicional, proteger al hombre como trabajador, como consumidor y en su medio ambiente, de lo que se deriva la incorporación al catálogo de los delitos de la Parte especial, o la consolidación en el mismo, de los delitos contra los derechos de los trabajadores, los delitos contra los consumidores y los delitos contra el medio ambiente". En la misma línea, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Marco constitucional del Derecho penal económico*, cit., pág. 245, reconoce la relevancia en el ámbito jurídico penal de los intereses difusos de los consumidores.

necesaria en determinados casos extremos, ya que de otro modo "el Estado abdicaría de sus deberes de garantía de los derechos e intereses sociales"<sup>225</sup>.

Podría objetarse que, aun estando consagrado en la Constitución el principio de protección de los intereses de consumidores y usuarios, surge el problema de la determinación de la eficacia vinculante de tal postulado, ya que se encuentra alojado en el Capítulo III del Título I de la Constitución, formando parte de los **principios rectores de la política social y económica**. Su no consideración de derecho fundamental determina que no sea directamente aplicable, es decir, que el ciudadano no pueda dirigirse a los órganos judiciales exigiendo su satisfacción por parte de los poderes públicos, por lo cual sería necesaria su concreción legislativa para que la efectividad práctica de tales derechos fuese directamente exigible por los consumidores.

Es cierto que los principios rectores de la política social y económica no poseen la eficacia de los derechos fundamentales, pero ello no impide reconocer que se trata de auténticas normas constitucionales, vinculantes para todos los poderes del Estado, y que por lo tanto resultan de obligado cumplimiento. Son preceptos de carácter programático e informadores del ordenamiento jurídico, y su eficacia vinculante se deriva del art. 53.3 de la Constitución, donde se establece que tales principios "informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos". Este último artículo indica que *las actuaciones del poder legislativo y del ejecutivo han de encauzarse conforme a lo preceptuado por tales principios, los cuales además deben presidir la labor interpretativa llevada a cabo por los Tribunales*<sup>226</sup>. De todos modos, es cierto que se echa de menos una mayor eficacia de estos principios, ya que no poseen la suficiente imperatividad como para

---

<sup>225</sup> Cfr. ARROYO ZAPATERO, L., *Delitos socioeconómicos*, cit., pág. 361-362.

<sup>226</sup> Vid. DE ESTEBAN, J. / GONZÁLEZ-TREVIJANO, P.J., *Curso de Derecho constitucional español*, Madrid 1993, Tomo II, pág. 298-301; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La defensa del consumidor: un principio general del Derecho*, en Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Civitas 1991, Tomo II, pág. 1907. Vid. también GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores...*, cit., pág. 143.

obligar al legislador a regular determinados ámbitos, ni tampoco pueden ser alegados directamente ante los Tribunales, a no ser que hayan sido objeto de desarrollo por una Ley<sup>227</sup>.

La importancia que cabe predicar del principio de protección de los consumidores y usuarios debido a su inclusión en el conjunto de los principios rectores de la política social y económica, con las mencionadas consecuencias de tal catalogación, es particularmente resaltada por algunos autores que le otorgan el carácter de **principio general del Derecho**. De este modo, del reconocimiento constitucional de este postulado se derivaría la exigencia de adoptar medidas eficaces para restablecer la igualdad real de los participantes en el tráfico económico (empresarios y consumidores)<sup>228</sup>.

---

<sup>227</sup> Sobre las diferentes posibilidades de obligar al legislador, a los Tribunales y al ejecutivo a tener en cuenta estos principios rectores cuando no han sido plasmados y desarrollados en una Ley, vid. GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos 1984, pág. 101-106; COBREROS MENDAZONA, E., *Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado*, en Revista Vasca de Administración Pública, n° 19, 1987, pág. 35-58. Cabe destacar en relación con esta problemática la opinión de PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate 1990, pág. 196-198, quien considera que no bastaría con articular fórmulas para la imperatividad directa de los principios rectores sobre todos los poderes del Estado ya que, debido a su carácter excesivamente general, sería necesaria la promulgación de normas que concretasen con mayor exactitud su contenido y características.

<sup>228</sup> Cfr. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *La protección de los legítimos intereses...*, cit., pág. 144; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho mercantil*, en Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores, cit., pág. 28-30; FONT GALÁN, J.I., *Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978*, cit., pág. 210, nota 6. Efectivamente, por mucho reconocimiento que se otorgue en la Constitución y en las leyes al principio de protección de los consumidores y usuarios, será tan sólo una inservible declaración de buenas intenciones si no se arbitran medidas para una aplicación real y eficaz de tal postulado; cfr. en relación con el delito de publicidad engañosa MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa*, en CPC 1984, n° 22, pág. 42.

c) *La referencia a bienes individuales como parámetro justificante de la creación del bien jurídico supraindividual protegido en los genuinos delitos socioeconómicos de consumo*

Cuando en el Proyecto de Código Penal de 1980 se configuró por vez primera un conjunto de "delitos contra el orden socioeconómico", dentro de los cuales se encontraban los delitos contra los consumidores<sup>229</sup>, la doctrina en general se mostró especialmente crítica ante esta novedad, acusando al legislador de construir un bien jurídico artificial: el orden socioeconómico. La Exposición de Motivos del Proyecto declaraba que el objeto de protección de este Título era el orden económico en sentido amplio, equivalente a la regulación de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios; ante esta declaración del prelegislador parte de la doctrina reaccionó diciendo que con semejante configuración "se hacen todavía más imprecisos los contornos de ese supuesto bien jurídico, identificado así con el propio concepto primario de economía en general"<sup>230</sup>.

Sin embargo, como ha manifestado otra parte de la doctrina<sup>231</sup>, estas críticas dejan de tener sentido si consideramos al orden socioeconómico no como un bien

---

<sup>229</sup> Se trataba del delito publicitario (art. 342) y de dos figuras incluidas en la Sección de delitos relativos a la regulación de mercados: el ofrecimiento en le mercado de productos cuya sustancia, cantidad o calidad fueran de valor inferior a la manifestada al público (art. 348) y la detracción del mercado de materias primas o productos de primera necesidad (art. 347).

<sup>230</sup> Cfr. STAMPA BRAUN, J.M. / BACIGALUPO, E., *La reforma del Derecho penal económico español*, Madrid 1980, pág. 24-25; MUÑOZ CONDE, F., *La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, en CPC 1982, nº 16, pág. 108 y 113.

<sup>231</sup> Cfr. BARBERO SANTOS, M., *Los delitos económicos en la legislación española*, en RFDUCM 1987, pág. 112; PEDRAZZI, C., *El bien jurídico en los delitos económicos*, cit., pág. 290; MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa*, cit., pág. 54-56; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Los delitos económicos en el Proyecto de Código Penal*, en ADPCP 1981, Fasc. II-III, pág. 717-718; BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal*, en RFDUCM 1980, nº 3, pág. 20; vid. también más recientemente ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico en el nuevo Código penal*, en CPC 1996, nº 59, pág. 419; VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995: la necesidad de su delimitación frente a los delitos patrimoniales*, en EPC 1998, nº XXI, pág. 335.

jurídico en sentido técnico, sino como una categoría sistemática de referencia que expresa el motivo de la incriminación, es decir, entendiendo que la tipificación de las figuras contenidas en tal Título VIII se debe al deseo de proteger el ya mencionado orden económico en sentido amplio. De este modo la referencia al orden socioeconómico, que se mantiene en la rúbrica del Título XIII de nuestro actual Código ("Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico"), debe entenderse como expresión de lo que se intenta proteger con carácter general mediante los tipos que se hallan agrupados bajo esta rúbrica. Si analizamos las figuras delictivas concretas, sí que encontraremos un específico bien jurídico protegido en cada una de ellas, o incluso podrá ocurrir que algunas presenten un bien jurídico protegido común. Esto último se puede afirmar de los arts. 281-283 que, como se ha dicho, constituyen los genuinos delitos socioeconómicos de consumo, siendo el bien jurídico en ellos protegido el ya definido "interés del grupo colectivo de consumidores en el mantenimiento del orden global del mercado".

Ya de principio debe afirmarse que, si bien la mencionada crítica es un argumento que debe tenerse en cuenta a la hora de configurar tales bienes jurídicos, en el caso que nos ocupa no resulta de recibo, ya que el bien jurídico aquí protegido se ha construido tomando como referente un tradicional bien jurídico del individuo: el patrimonio y/o la libertad de disposición económica.

De todos modos, aún podría argumentarse que las conductas finalmente incriminadas (consideradas como lesión del bien supraindividual) sólo llegan a afectar mínimamente al individuo. Sin embargo, tal objeción deja de tener sentido si consideramos que no todos los ataques a bienes jurídico-penales han de presentar una "intensa" afectación individual, sino que puede ocurrir también que ésta sea "extensa", es decir, que resulte perturbado un conjunto muy amplio de sujetos<sup>232</sup>. La existencia de estos bienes supraindividuales en los que se constata esta extensa

---

<sup>232</sup> En este sentido, AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, cit., pág. 288, ha afirmado que la gravedad del ataque a un bien jurídico puede ser considerada no sólo desde un aspecto intensivo, sino también desde un aspecto extensivo, es decir, teniendo en cuenta el número de bienes que resultan afectados.

**afectación individual** es algo característico del Derecho penal de hoy, que se enmarca en la moderna "**sociedad del riesgo**": en efecto, la sociedad actual se caracteriza por una densa red de industrialización que da lugar, entre otros elementos, a una elaboración y **distribución masiva de productos y servicios**, lo cual redundará en una ampliación de la variedad de ofertas en el mercado y en una generalización de los actos de consumo<sup>233</sup>; evidentemente así crece cada vez más el colectivo de potenciales consumidores y, como consecuencia, también **aumenta el número de bienes individuales puestos en peligro** por determinados comportamientos llevados a cabo en el seno del mercado.

De lo anterior podemos extraer como conclusión que, si bien no podemos olvidar que todo bien jurídico ha de tener una referencia final en el individuo, tampoco podemos mantener una concepción tan estrecha del ser humano que nos lleve a pasar por alto su dependencia de la comunidad social en que se integra y las especiales características de esa sociedad. Por lo tanto, en el actual estado de cosas ya no tiene sentido limitarse sólo a proteger al individuo considerado aisladamente, puesto que las modalidades de lesión o de puesta en peligro de sus bienes particulares se van modificando según evoluciona la sociedad<sup>234</sup>. De este modo podemos afirmar, con Schünemann, que en la actual sociedad es característica "la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos, en los que el contacto interpersonal es reemplazado por una forma de comportamiento anónima y

<sup>233</sup> Vid. SCHÜNEMANN, B., *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, cit., pág. 198-199; de consulta imprescindible para conocer en profundidad los caracteres de la "sociedad del riesgo", vid. BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona 1986. Vid. también BARATTA, A., *Jenseits der Strafe - Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft*, cit., pág. 406-407, exponiendo los fundamentos que justifican la adaptación de la protección penal de bienes jurídicos a las características de la "sociedad del riesgo"; en el mismo sentido MÜSSIG, B.J.A., *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, cit., pág. 207.

<sup>234</sup> Vid. SCHÜNEMANN, B., *Consideraciones...*, cit., pág. 192-195; también en el mismo sentido reconocen la inevitable adaptación del concepto de bien jurídico a los nuevos intereses necesitados de protección BARATTA, A., *Jenseits der Strafe*, cit., pág. 406; MÜSSIG, B.J.A., *Schutz abstrakter Rechtsgüter...*, cit., pág. 207; DE VITA, A., *I reati a soggetto passivo indeterminato*, cit., pág. 93; también Díez Ripollés, J.L., *El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista*, cit., pág. 18; Corcoy Bidasolo, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, cit., pág. 189.



estandarizada<sup>235</sup>; así nos encontramos con que las actuaciones de los oferentes de bienes y servicios, debido a su gran expansividad, pueden constituir auténticas fuentes de peligro para los bienes jurídicos de los consumidores<sup>236</sup>. Por lo tanto, se puede deducir fácilmente que la creación del bien jurídico supraindividual protegido en los genuinos delitos socioeconómicos de consumo responde al deseo de incriminar comportamientos llevados a cabo por los oferentes dentro del mercado que ponen en peligro el patrimonio de un extenso número de individuos.

Para una mayor claridad, conviene resaltar por último el *carácter expansivo de las conductas peligrosas para el patrimonio de los consumidores que son llevadas a cabo dentro del mercado*<sup>237</sup>. Si tomamos el ejemplo de la emisión de una publicidad falsa, o de la alteración de un aparato destinado a medir el precio de bienes o servicios, estamos realmente ante una sola actuación que por sí misma ya pone en peligro una cantidad indelimitable de patrimonios<sup>238</sup>. Lo que se trata de poner de relieve es que no nos encontramos aquí ante un supuesto de “delitos

---

<sup>235</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, op. cit., pág. 199. También en esta dirección ha manifestado FERNÁNDEZ NOVOA, C., *La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias*, en RDM 1968, n° 107, pág. 16, que en la actualidad los contactos personales típicos en la compraventa han sido sustituidos por los mensajes publicitarios. Afirma asimismo SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid 1999, pág. 22, que en la actualidad se ha configurado el “riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural”; en particular, manifiesta que los riesgos para los consumidores y usuarios provienen “precisamente de decisiones que otros conciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos”.

<sup>236</sup> Cfr. FIANDACA, G., *La tipizzazione del pericolo*, cit., pág. 465.

<sup>237</sup> Como señala SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., *El moderno Derecho penal...*, cit., pág. 77, y *El nuevo delito publicitario*, cit., marg. 554, la amplia capacidad de difusión ofensiva de la conducta es el argumento fundamental que justifica la creación del bien jurídico supraindividual, pero tampoco debe olvidarse la toma en consideración de otros criterios a la hora de efectuar esta construcción: por ejemplo la importancia del bien jurídico individual complementado o la proximidad entre las agresiones al bien jurídico individual y al bien jurídico espiritualizado.

<sup>238</sup> En este sentido, SCHÜNEMANN, B., *Consideraciones...*, cit., pág. 201, pone como ejemplo la difusión de un prospecto con datos falsos para publicitar una inversión de capitales: al efectuarse una distribución de carácter colectivo, va a resultar afectado un gran número de individuos.

*cumulativos*”, que han sido objeto de críticas por consistir en la tipificación de una conducta individual que aisladamente no es lesiva ni realmente peligrosa para un bien jurídico, pero es sancionada porque se cuenta con la posibilidad de que sea realizada por un gran número de sujetos, de modo que su repetición sí va a lesionar o poner en peligro el bien jurídico<sup>239</sup>. Precisamente se ha negado expresamente el carácter de tipo cumulativo de uno de los delitos socioeconómicos de consumo, el delito de publicidad falsa, puesto que constituye una única acción ya peligrosa por sí misma que alcanza simultáneamente a un gran número de destinatarios.

d) *Respeto del principio de intervención mínima del Derecho penal: comprobación, desde una perspectiva utilitaria, de la necesidad de protección penal de este nuevo bien jurídico*

La decisión de castigar penalmente determinadas conductas que lesionen el “interés del grupo colectivo de consumidores en el mantenimiento del orden global del mercado” (es decir, que pongan en peligro su patrimonio y/o libertad de disposición económica) ha de resultar conforme con el principio de intervención mínima del Derecho penal. Debe juzgarse, por lo tanto, si tal interés está realmente necesitado de protección penal y si esta última resulta satisfactoria en términos de utilidad social general. Para saber si se dan los anteriores presupuestos habrá que examinar si realmente son ineficaces otros medios menos lesivos que la intervención penal (o incluso, otras medidas penales ya existentes)<sup>240</sup> para proteger el mencionado

---

<sup>239</sup> Cfr. críticamente a esta técnica de tipificación que ha sido objeto de especial tratamiento por L. KUHLEN (cfr. *Zum Strafrecht der Risikogesellschaft*, en GA 1994, pág. 347 y ss); SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal*, cit., pág. 108 y ss; del mismo, *Consideraciones teóricas generales sobre la reforma de los delitos contra el medio ambiente*, en *La reforma de la justicia penal* (Gómez Colomer, J.L. / González Cussac, J.L., coord.), Castellón de la Plana 1997, pág. 158-160; también PRITTWITZ, C., *Strafrecht und Risiko*, cit., pág. 176-178; HERZOG, F., *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge*, cit., pág. 144 y ss; RENGIER, R., en *Ökologie und Recht* (Schulz, L., Hrsg.), Carl Heymanns 1991, pág. 52-53.

<sup>240</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit.,

interés del colectivo de consumidores, es decir, para mantener indemnes, en última instancia, su patrimonio y su libertad de disposición económica<sup>241</sup>. Deberá analizarse cuidadosamente, por lo tanto, si no era suficiente la protección extrapenal ya existente de tales intereses socioeconómicos de los consumidores; es decir, es necesario constatar que la criminalización de nuevos comportamientos se produce debido a la dificultad o imposibilidad de reconducirlos a las previsiones contenidas en la legislación vigente<sup>242</sup>.

Cabe poner de relieve, por último, que este requisito de "necesidad de protección penal" va indisolublemente unido a la exigencia de que todo bien jurídico ha de tener "capacidad" o "susceptibilidad" de recibir protección penal<sup>243</sup>. Esta puntualización pretende poner de relieve que no basta simplemente con que se articule la tutela penal de un bien jurídico debido a la insuficiencia de otros medios menos lesivos, sino que además es necesario que tal tutela sea efectivamente útil. Efectivamente, no todos los bienes jurídicos merecedores y necesitados de protección

---

pág. 289; LUZÓN PEÑA, D.M., *La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito*, en ADPCP 1993, Fasc. I, pág. 22; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción*, Universidad Complutense de Madrid 2000, pág. 383.

<sup>241</sup> A esta cuestión ya se ha hecho referencia en un epígrafe anterior, al examinar la necesidad dogmática de crear los genuinos delitos socioeconómicos de consumo. Efectivamente, como se decía supra II. 1, los intereses socioeconómicos de los consumidores no contaban con una adecuada protección penal hasta la promulgación del Código Penal de 1995. Solamente existían hasta entonces figuras delictivas que tutelaban el patrimonio de uno o varios sujetos individualmente considerados, pero tales preceptos no estaban dirigidos a la protección de los distintos patrimonios de los integrantes de un grupo colectivo (el de los consumidores) frente a conductas que, por su amplio radio de expansión, suponen una intolerable puesta en peligro de tales patrimonios.

<sup>242</sup> Cfr. STAMPA BRAUN / BACIGALUPO, *La reforma del Derecho penal económico español*, cit., pág. 5; MARTÍNEZ PÉREZ, C., *La inflación del Derecho Penal y del Derecho Administrativo*, en EPC 1983, nº VI, pág. 212.

<sup>243</sup> Como afirma SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación...*, cit., pág. 287-288, la "susceptibilidad de protección penal" podría entenderse ya incluida en la "necesidad de protección", ya que si el bien jurídico no es "capaz" o apto para ser protegido penalmente, se puede afirmar que no necesita esa tutela (ya que, si la recibiera, sería totalmente inútil), cfr. pág. 289, nota 451.

penal son igualmente capaces e idóneos para recibir esa tutela<sup>244</sup>. Aunque la protección penal de un bien jurídico resulte justa en términos de merecimiento de pena, y sea además necesaria porque no bastan otros medios para proteger agresiones especialmente graves al mismo, puede ocurrir finalmente que la tutela penal resulte inútil por diversas razones. Así, por ejemplo, no sería idónea y eficaz la articulación de una pena para determinados comportamientos cuando puede producir más consecuencias negativas que positivas o, también, cuando lo que se intenta conseguir con la represión penal se logra con unos costes demasiado elevados<sup>245</sup>.

Las diversas cuestiones que dan prueba de la insuficiencia de la protección extrapenal de los intereses económicos de los consumidores ya se han ido apuntando a lo largo de las páginas anteriores. En primer lugar, aludiendo a la regulación de *Derecho privado* (civil y mercantil), ya se ha puesto de manifiesto que la teoría tradicional de las obligaciones y contratos no es adecuada para la defensa de los consumidores y usuarios. Estas normas se fundamentan en el predominio de los principios de autonomía de la voluntad y libertad de pactos, postulados que no se corresponden con la configuración actual del mercado, donde generalmente los consumidores están en una posición de inferioridad frente a los oferentes de productos y servicios con quienes celebran diversos contratos<sup>246</sup>. Este cambio de

---

<sup>244</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, cit., pág. 75; también AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, cit., pág. 151-152.

<sup>245</sup> Cfr. HASSEMER / MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, cit., pág. 73; vid. También MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, cit., LA, marg. 44-46. Tampoco hay que olvidar con respecto a este tema, tal y como recuerdan estos autores, la importante relación entre el Derecho penal material y el Derecho procesal penal. Así, muchas veces la inutilidad de la sanción penal puede derivarse no de la tipificación penal en sentido estricto, sino de las concretas condiciones en que se desarrolla el proceso penal (principalmente de su larga duración temporal), que pueden determinar que la aplicación de una pena considerada útil en abstracto llegue a ser absolutamente ineficaz; cfr. pág. 74-75. Vid. también sobre la capacidad o idoneidad de protección penal, ARROYO ZAPATERO, L., *Derecho penal económico y Constitución*, cit., pág. 4-5.

<sup>246</sup> Así lo pone de manifiesto SGRUBBI, F., *Tutela penale di "interessi diffusi"*, cit., pág. 453-454.

circunstancias determina que las tradicionales normas de obligaciones y contratos no amparen en modo alguno a los consumidores, por lo cual algún autor ha propuesto la reforma de toda esa normativa y la instauración del principio de justo equilibrio de las prestaciones en la celebración de cualquier contrato<sup>247</sup>.

Sin embargo, el legislador ha optado por una vía diferente: la promulgación de una Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, decisión que en realidad viene a crear una excesiva proliferación de normas que puede causar más problemas de los que soluciona<sup>248</sup>. En efecto, ahora nos encontramos con una multiplicidad de regulaciones que se pueden aplicar a un contrato dependiendo del ámbito en que se celebre o de los sujetos participantes, esto es, puede quedar sujeto al Derecho civil, al Derecho mercantil o al "Derecho del consumo"<sup>249</sup>.

---

<sup>247</sup> Vid. sobre la aplicación de los principios de tutela del consumidor y justo equilibrio de las prestaciones a la contratación privada, BUSTOS PUECHE, J.E., *Derecho civil, Derecho mercantil, Derecho del consumo*, en *La Ley*, 1990-3, pág. 857-864; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones*, cit., pág. 73 y ss; FONT GALÁN, J.I., *Notas sobre el modelo económico de la Constitución...*, cit., pág. 217, nota 17. Vid. sobre estas cuestiones supra, Capítulo primero, epígrafe I.1.

<sup>248</sup> En efecto, la Ley del Consumidor se caracteriza por una total indefinición de las infracciones en materia de consumo, por lo cual habrá que acudir a sus normas de desarrollo; se produce así, como se ha dicho, una complejidad excesiva e innecesaria de la normativa en materia de consumo; cfr. REBOLLO PUIG, M., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, cit., pág. 950-951.

<sup>249</sup> Vid. AURIOLES MARTÍN, A., *La protección de los usuarios de servicios bancarios y la normativa sobre transparencia de las operaciones*, cit., pág. 893-894; BUSTOS PUECHE, J.E., *Derecho civil, Derecho mercantil, Derecho del consumo*, cit., pág. 857 y ss. Como afirma este último autor, la dificultad de distinguir ante qué tipo de contrato estamos con el objeto de aplicarle una de las tres normativas mencionadas (civil, mercantil o de consumo) va a traer como consecuencia en la práctica que con el fin de evitar complicaciones no se tenga en cuenta lo preceptuado en la Ley de Consumidores y Usuarios. Como reclama BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Reflexiones críticas sobre la protección de los consumidores en el Derecho español*, en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, cit., pág. 21, la excesiva proliferación y especificación debe ser corregida con el fin de no desembocar en una regulación tan compleja e incluso contradictoria que acabe por no aplicarse en la práctica. Además, debe tenerse en cuenta que los consumidores son una parte del mercado, y como tal su protección debe integrarse en la normativa que rige el mercado en su conjunto, sin recurrir a la elaboración de leyes especiales que acabarán dificultando una verdadera y eficaz protección.

La legislación extrapenal protectora de los intereses económicos de consumidores y usuarios articula básicamente dos mecanismos de protección: o la concesión de acciones civiles para que el consumidor efectúe las reclamaciones pertinentes (v. gr. la acción de reparación de los daños y perjuicios causados por los productos defectuosos), o la imposición de sanciones administrativas a los infractores de la normativa que protege a consumidores y usuarios (v. gr. las sanciones de carácter administrativo aplicables a quienes incumplan lo dispuesto en la Ley de Crédito al consumo).

La articulación de distintas acciones civiles para lograr la **reparación e indemnización** de los daños y perjuicios irrogados al consumidor supone sin duda una decisión acertada en cuanto permite al perjudicado solicitar un resarcimiento o compensación del daño causado. Sin embargo, a pesar del acierto de tales medidas, cabría cuestionarse si no es necesario articular una protección que vaya más allá de la simple reparación a los consumidores perjudicados. Hay que partir por supuesto del art. 51 de la Constitución, que consagra como un principio fundamental de nuestro ordenamiento el de protección de los consumidores y usuarios, de tal modo que ha de constituir un parámetro informador de la actuación de los poderes del Estado. El reconocimiento constitucional del mencionado principio corrobora la importancia de los intereses económicos del conjunto de consumidores y usuarios, que se deriva de la amplitud de tal grupo colectivo, y de la continuidad con que se están realizando actos de consumo en un mercado donde tal grupo se encuentra en una situación de inferioridad.

Puede afirmarse sin lugar a dudas que nos encontramos ante intereses de indudable trascendencia, no sólo porque afectan a un amplio colectivo de personas, sino porque ese grupo se halla en una especial situación de inferioridad y desprotección. Efectivamente, los consumidores concurren al mercado en una posición claramente desventajosa, puesto que se trata de un ámbito donde los productores de bienes y servicios se hallan en una situación de preeminencia que les permite cometer todo tipo de abusos, facilitados principalmente por la *falta de*

*información*<sup>250</sup> del consumidor e incluso por la *falta de confianza* en los medios jurídicos reparatorios e indemnizatorios o por los propios defectos de estos últimos. En definitiva, puede afirmarse que los consumidores difícilmente podrán disponer de medios de autodefensa realmente eficaces, lo cual permite reconocer la idoneidad de un control penal anticipado, que tenga como objetivo impedir la producción de perjuicios masivos de difícil reparación<sup>251</sup>.

De las anteriores consideraciones se extrae como conclusión que no es posible dejar la salvaguarda de los intereses mencionados tan sólo en manos de los particulares, es decir, configurando únicamente medidas de carácter reparator ejercitables por estos últimos, que en gran parte de los casos no serán puestas en marcha por parte de los afectados. Así, resulta innegable que los comportamientos más graves e intolerables, que implican un especial peligro de producir inminentes lesiones en los patrimonios de múltiples consumidores, deben ser reprimidos con anterioridad a la efectiva constatación de tales menoscabos económicos, puesto que nos encontraríamos ante una enorme multiplicidad de daños que obligarían a cada consumidor afectado a pedir el resarcimiento del perjuicio causado.

Es necesario, aunque solamente en los supuestos de ataques más intolerables y que impliquen un peligro especialmente grave, articular una tutela penal de los intereses económicos de los consumidores principalmente por dos razones: en primer lugar, porque imponen una sanción que realmente *puede intimidar* e inhibir a los que ejecutan tales conductas; y en segundo lugar, porque supone un *adelantamiento de las barreras de protección*, de tal modo que sancionando la mera puesta en peligro del patrimonio de los consumidores se evita la producción de un número muy elevado de perjuicios económicos para los mismos. En realidad, ni siquiera tienen que constatarse defectos o lagunas en las medidas extrapenales de control de estos comportamientos ya que, aun siendo éstas completas y eficaces,

---

<sup>250</sup> Como acertadamente señala GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores...*, cit., pág. 138, el coste que supone a los consumidores obtener una información adecuada y completa anularía cualquier ventaja que de tal información pudiera obtenerse.

<sup>251</sup> En este sentido se expresa FIANDACA, G., *La tipizzazione del pericolo*, cit., pág. 465.

habrá que acudir al Derecho penal para sancionar los comportamientos de especial gravedad<sup>252</sup>. Además, como argumento de apoyo a la afirmación de que no se está vulnerando el principio de intervención mínima, cabe resaltar que en cierto modo este postulado posee una faceta positiva: la necesidad de protección penal, respetando siempre todas las garantías de esta rama del ordenamiento, de bienes jurídicos que quedan indefensos ante las nuevas formas de ataque originadas en el desarrollo de la sociedad<sup>253</sup>.

Una cuestión de especial importancia en la normativa extrapenal protectora de los intereses económicos de los consumidores es el hecho de que esta tutela se articula en gran parte de los casos (como se puede ver en la propia Ley del Consumidor y en su normativa de desarrollo) a través de la imposición de **sanciones administrativas** a los sujetos que infringen las normas que protegen los derechos del consumidor. Tal situación en principio no tendría por qué presentar ningún problema si no fuera porque en muchos supuestos se está concediendo un *excesivo poder sancionador* a la Administración<sup>254</sup>, llegando en ocasiones a imponerse multas muy superiores a las que generalmente prevé el Código Penal. Ante esta realidad no han faltado críticas por parte de diversos autores, quienes argumentan, con razón, que la imposición de sanciones graves debe estar reservada a los Tribunales y no a la Administración, encauzándose en un proceso revestido con las suficientes garantías. Efectivamente, es muy importante tener en cuenta que no es admisible invocar el principio de intervención mínima y afirmar que basta la represión de determinadas

---

<sup>252</sup> Así lo afirma WEBER, U., *Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschliesslich Verbraucherschutz)*. Dogmatischer Teil II, en ZStW 1984, pág. 379-380.

<sup>253</sup> Vid. SANTANA VEGA, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, cit., pág. 138-139.

<sup>254</sup> Así lo afirman BAJO FERNÁNDEZ, M., *El Proyecto de Código Penal y el artículo 38 de la Constitución*, en La reforma penal y penitenciaria, Santiago de Compostela 1980, pág. 445; del mismo, *Presupuestos necesarios para una eficaz protección del consumidor*, en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid 1983, nº 3, pág. 20; DOVAL PAIS, A., *La regulación de los delitos de fraude alimentario nocivo en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992*, en PJ 1992, nº 28, pág. 150; SANTANA VEGA, D.M., *La protección penal de bienes jurídicos colectivos*, cit., pág. 120.



conductas mediante sanciones no penales, cuando en realidad tales sanciones poseen una *dureza similar a las previstas por el Derecho penal*; en tales supuestos, lo obligado sería que la sanción tuviese naturaleza penal, con el objeto de que a la vez fuesen aplicables al sujeto sancionado las *garantías reforzadas* que contiene el Derecho penal<sup>255</sup>.

Por último, es conveniente recordar que tampoco se debe llevar el respeto al principio de "ultima ratio" hasta el extremo de que, por no imponer sanciones penales, se arbitren **controles abusivos o exageradas medidas de prevención**, que llegarán a coartar la libertad del ciudadano más aún que la hipotética amenaza de imposición de una pena. Debe analizarse, entonces, si la incriminación penal de un comportamiento puede suponer un coste mucho menor para la libertad de los miembros de la sociedad que la articulación de un complejo y asfixiante entramado de medidas de prevención<sup>256</sup>.

---

<sup>255</sup> Así, se pregunta ARROYO ZAPATERO, L., *Derecho penal económico y Constitución*, cit., pág. 6, "si los ciudadanos no tienen derecho a que todas las sanciones de gravedad semejante o superior a la pena sean efectivamente denominadas penas, con el fin de que les sean de aplicación las mayores garantías del Derecho penal". También llama la atención TORÍO LÓPEZ, A., *Reflexión sobre la protección penal de los consumidores*, cit., pág. 146 y ss., sobre la necesidad de ponderar cuándo resulta preferible aplicar a una conducta una sanción penal en vez de una administrativa, teniendo en cuenta determinados rasgos negativos del Derecho administrativo: por ejemplo, la menor imparcialidad de los procedimientos administrativos o la desconexión con los principios garantistas propios del Derecho penal. Vid. también REBOLLO PUIG, M., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, cit., pág. 985-986; SANTANA VEGA, D.M., *La protección penal de bienes jurídicos colectivos*, cit., pág. 120-121.

Se han inclinado en cambio a favor del empleo preferente del Derecho administrativo en determinados aspectos de la protección de los derechos de los consumidores, MUÑOZ CONDE, F., *La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, cit., pág. 125-126; del mismo, *Derecho Penal. PE*, cit., pág. 485; QUINTERO OLIVARES, G., *Observaciones sobre la Parte especial del Anteproyecto de Código Penal. Delitos contra la vida y libertad y contra el patrimonio y el orden económico*, en *La reforma del Derecho penal*, Barcelona 1980, pág. 261-262.

<sup>256</sup> Vid. ARROYO ZAPATERO, L., *Derecho penal económico y Constitución*, cit., pág. 5-6; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación...*, cit., pág. 292; OTTO, H., *El abuso de información privilegiada como delito de peligro abstracto*, en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, cit., pág. 461; TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, cit., pág. 79.

e) *Respeto del principio de proporcionalidad: análisis del merecimiento de protección penal del bien jurídico protegido en los delitos socioeconómicos de consumo*

Queda por analizar, por último, si el bien jurídico protegido en los delitos socioeconómicos contra los consumidores es digno o merecedor de protección penal. Esta constatación del merecimiento de pena dimana de la idea de proporcionalidad, la cual se basa tanto en la exigencia de una destacada importancia del bien jurídico protegido como en el requisito de que se criminalicen únicamente las formas de ataque al mismo que presenten una especial gravedad<sup>257</sup>.

En cuanto a la importancia del bien jurídico, realmente no existen unas determinadas características ontológicas cuya constatación nos lleve a afirmar indubitadamente que nos encontramos ante un bien o interés lo suficientemente relevante como para constituir un auténtico bien jurídico-penal. El criterio que nos puede ayudar a confirmar esta importancia del bien jurídico protegido sería en todo caso la verificación de una especial intensidad de las tres notas ya analizadas que deben estar presentes en todo bien jurídico-penal: dañosidad social de las conductas

---

<sup>257</sup> Como manifiesta LUZÓN PEÑA, D.M., *La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito*, cit., pág. 22, "según una opinión muy extendida, el merecimiento de pena expresa un juicio global de desvalor sobre el hecho, en la forma de una desaprobación especialmente intensa por concurrir un injusto culpable especialmente grave (injusto penal) que debe acarrear un castigo" (vid. más adelante, pág. 28 y ss, las relaciones recíprocas que existen entre el merecimiento de pena y la necesidad de pena). Según AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, cit., pág. 217-220, este concepto de merecimiento de pena expresa los principios de protección exclusiva de bienes jurídicos y de fragmentariedad, y el ya analizado concepto de necesidad de pena se traduce en los principios de subsidiariedad e idoneidad (o capacidad) del Derecho penal; ambos conceptos político-criminales constituyen conjuntamente una fórmula concentrada que agrupa los principios mencionados, los cuales se incluyen, junto con la proporcionalidad en sentido estricto, en el principio de proporcionalidad en sentido amplio. La proporcionalidad estricta desde una perspectiva político-criminal, continúa esta autora (pág. 286-288), estaría constituida por los criterios de especial importancia del bien jurídico y de particular gravedad de la ofensa al mismo.

que lo vulneran, plasmación constitucional de tal bien, y existencia de una referencia (incluso en sentido "extenso", como aquí se ha defendido) al individuo<sup>258</sup>.

Cabe traer aquí a colación algunas críticas efectuadas ante el desarrollo de estos procesos de incriminación de conductas atentatorias contra bienes jurídicos supraindividuales, negando por tanto la relevancia de estos objetos de protección penal. Por un lado, y precisamente haciendo referencia a los consumidores, Silva Sánchez ha afirmado que éstos actúan como "gestores atípicos de la moral", de tal modo que las demandas de protección de sus intereses de colectivo conducen finalmente a la utilización del Derecho penal como tutelador de bienes jurídicos supraindividuales o difusos<sup>259</sup>. Por otra parte, también se ha acusado a las normas penales protectoras de esta categoría de bienes (en la cual se enmarcan los intereses económicos de los consumidores), de constituir un *Derecho penal simbólico*, es decir, una normativa no encaminada verdaderamente a la protección de bienes jurídicos, sino a otros objetivos aparentes, como puede ser tranquilizar a los ciudadanos (en este caso de los consumidores) transmitiendo la sensación de que con la incriminación efectuada ya se resuelve el problema de indefensión de sus intereses<sup>260</sup>.

<sup>258</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación...*, cit., pág. 288.

<sup>259</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal*, cit., pág. 46-49. Sigue a Silva en las críticas a estas nuevas tendencias criminalizadoras GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción*, cit., pág. 106 y ss y 374 y ss. Resulta útil puntualizar aquí que, como explica claramente Díez Ripollés, J.L., *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*, en AP 2001, nº 1, marg. 1 y ss, a toda norma penal es consustancial un cierto "efecto simbólico", en el sentido de que transmite a la sociedad un determinado contenido valorativo, si bien es necesario que la norma posea también un "efecto instrumental", vinculado a la efectiva protección de un bien jurídico. Lo que resulta criticable, y así se pronuncian los dos primeros autores citados, es que una disposición penal posea únicamente el "efecto simbólico", sin procurar la tutela de ningún bien jurídico; sin embargo, como se viene exponiendo a lo largo de este trabajo, en los delitos socioeconómicos de consumo no se encuentra solamente un efecto simbólico, sino también el instrumental.

<sup>260</sup> Sobre el concepto y manifestaciones del Derecho penal simbólico vid. destacadamente HASSEMER, W., *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, en Pena y Estado 1991, nº 1, pág. 30 y 32; también en la misma publicación TERRADILLOS BASOCO, J., *Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal*, pág. 9 y ss; BARATTA, A., *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho*

Ante ambas críticas cabe aquí de nuevo hacer hincapié en la importancia del bien jurídico protegido en los delitos socioeconómicos de consumo, cuyos caracteres y fundamentos se vienen exponiendo a lo largo de estas páginas. Conviene sobre todo recalcar, resumidamente, que no estamos ante meros intereses o expectativas de una agrupación de individuos, sino que precisamente estos intereses del colectivo de consumidores han ido tomando consistencia como una preocupación común ante la especial indefensión de los bienes jurídicos individuales (aquí, los patrimonios) del indelimitable número de miembros de tal colectivo. Ciertamente es que existen organizaciones de consumidores que velan por sus intereses propios, pero ocurre que tal movimiento asociativo ha surgido, precisamente, porque el desarrollo del mercado ha propiciado la realización de conductas que atentan contra intereses de todo el colectivo de consumidores; en épocas anteriores, en las que no existía una producción masiva y en serie, y apenas se había desarrollado la publicidad, obviamente no se verificaba este tipo de ataques. Por lo tanto, la creación de estas nuevas figuras delictivas responde a una necesidad real de protección de un bien jurídico, de modo que no puede afirmarse que sólo se busca dar la impresión de que los intereses de los consumidores gozan de un reconocimiento y tutela satisfactorios<sup>261</sup>.

Por otra parte también se exige la **gravedad intrínseca de las formas de ataque al bien jurídico**, lo cual implica el respeto del denominado principio de **fragmentariedad**, es decir, sólo podrán ser elevados a la categoría de delitos aquellos hechos que encierren las modalidades de ataque más intolerables para los bienes jurídico-penales<sup>262</sup>.

---

*penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica*, pág. 37 y ss.

<sup>261</sup> Además, como manifiestan algunos autores, siempre es consustancial a toda conminación penal un cierto efecto simbólico; lo que habría que evitar es que en la criminalización de conductas este último objetivo prime sobre el fin de protección de bienes jurídicos; vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*, cit., marg. 14-15 y 20 y ss; también CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro...*, cit., pág. 201.

<sup>262</sup> Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto del Derecho penal*, 178

Desde el punto de vista del respeto del principio de proporcionalidad, se ha criticado la protección penal de bienes supraindividuales como el que estamos analizando, fundamentando tal objeción principalmente en que no existe en tales casos una afectación individual<sup>263</sup>. Se ha afirmado que el Derecho penal ha pasado de contener principalmente "delitos de lesión de bienes individuales" a introducir cada vez con más frecuencia "delitos de peligro de bienes supraindividuales"; se critica por lo tanto que el legislador eleve a la categoría de bien jurídico-penal las condiciones previas de disfrute de los bienes individuales clásicos, de tal modo que estos últimos serían una mera "ratio legis", el motivo de la incriminación, sin comprobar en cada caso concreto que han sido lesionados o puestos en peligro<sup>264</sup>. Como afirma Silva Sánchez en relación con los bienes supraindividuales, es preciso concebir tales bienes en un sentido instrumental respecto a la persona humana; por lo tanto, "desde la perspectiva de la fragmentariedad, no podrán incriminarse modalidades de ataque a tales bienes que no redunden en peligro grave para los individuos"<sup>265</sup>.

Evidentemente es cierto que hay que proceder con extrema prudencia a la hora de configurar estos bienes jurídicos supraindividuales, procurando que las conductas incriminadas como lesión del bien institucionalizado supongan una verdadera puesta en peligro de los bienes individuales pertenecientes a un amplio colectivo de personas o incluso a toda la comunidad social; así, siempre que se respeten estos fundamentos básicos, no habría ningún inconveniente en proteger penalmente estos bienes de carácter supraindividual. En el ámbito de los genuinos

---

Madrid 1981, pág. 358 y ss; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación...*, cit., pág. 290; CUERDA ARNAU, M.L., *Aproximación al principio de proporcionalidad...*, cit., pág. 471; AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad...*, cit., pág. 248-249. Este principio de fragmentariedad no se deriva solamente de la idea de proporcionalidad, sino también de otros principios penales (cfr. SILVA SÁNCHEZ, op. cit., pág. 260); así, por ejemplo, un buen número de autores lo tratan como parte integrante del principio de intervención mínima: vid. la enumeración ofrecida por AGUADO CORREA, op. cit., pág. 223, nota 219.

<sup>263</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación...*, cit., pág. 291.

<sup>264</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión...*, cit., pág. 98-100.

<sup>265</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación...*, cit., pág. 292.

delitos socioeconómicos de consumo, es evidente que resulta afectado un extenso círculo de sujetos (los consumidores); por lo tanto, habría que ver si los bienes individuales de los miembros de este colectivo son expuestos a un riesgo realmente intolerable ante la realización de determinadas conductas en el seno del mercado.

Van a ser precisamente las especiales características del ámbito donde se realizan estos comportamientos (el mercado) las que van a confirmar que se produce un especial peligro para los bienes particulares de los consumidores, es decir, que las potencialidades de lesionar tales bienes individuales (patrimonio y/o libertad de disposición económica) son actualmente muy elevadas.

En este punto, no cabe más que remitirse a la exposición ya efectuada de las características de la sociedad y el mercado de "*consumo en masa*", con un excesivo número de ofertas y una cantidad insuficiente de información, para entender la gran potencialidad lesiva de actuaciones fraudulentas llevadas a cabo por los oferentes de bienes y servicios<sup>266</sup>. Desde esta perspectiva no resulta inadecuado afirmar, como hacen algunos autores, que el bien jurídico supraindividual (aquí, el interés de los consumidores en el mantenimiento del orden del mercado) implica una referencia a las condiciones previas y necesarias que garantizan la integridad de los bienes tradicionales y pertenecientes al individuo concreto<sup>267</sup>; pero debe entenderse que tales condiciones previas no son la esencia que constituye el bien jurídico

---

<sup>266</sup> Vid. supra epígrafe 2.a). Precisamente OTTO, H., *Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts*, cit., pág. 360, ha manifestado que el carácter masivo de las conductas delictivas desarrolladas en el tráfico económico hace evidente el merecimiento de pena de este tipo de actuaciones; asimismo ABANTO VÁSQUEZ, M.A., *Derecho penal económico. Parte especial*, IDEMSA, Lima 2000, pág. 100-101, manifiesta refiriéndose concretamente a la publicidad engañosa, que es una conducta merecedora de pena debido a su potencialidad para atentar contra los intereses de los consumidores.

<sup>267</sup> Cfr. MATA Y MARTÍN, R.M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, cit., pág. 57; DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., pág. 253-254; KINDHÄUSER, U.K., *Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico*, en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, cit., pág. 447. También ALESSANDRI, A., en *Manuale di Diritto penale dell'impresa* (Pedrazzi / Alessandri / Foffani / Seminara / Spagnolo), cit., pág. 26, y MARINUCCI / DOLCINI, *Corso di Diritto penale I*, cit., pág. 408, han afirmado que los bienes colectivos "se refieren a situaciones que constituyen el presupuesto indispensable para el bienestar y el desarrollo de la personalidad", considerando admisible, dada esta interrelación de los bienes colectivos con los individuales, su protección mediante el Derecho penal.

supraindividual, sino que se entienden comprendidas en este último por hallarse preordenado a la protección efectiva, en un estadio previo, de los bienes individuales.

Así, desde este entendimiento del bien jurídico, no cabe ya afirmar que la creación de estas figuras delictivas responde simplemente a las demandas de criminalización de los consumidores con el objeto de defender sus intereses propios de colectivo<sup>268</sup>; la realidad es que la configuración de tales intereses comunes no tienen otro fundamento que la necesidad de proteger bienes tradicionales individuales (el patrimonio y la libertad de disposición económica) frente a nuevas y peligrosas formas de ataque desarrolladas en la actual sociedad de consumo en masa. Precisamente este peligro indeterminado para multitud de patrimonios determina que éstos no se pueden proteger eficazmente mediante delitos de resultado material de lesión o peligro concreto, sino que, como se verá más adelante<sup>269</sup>, es necesario acudir a la técnica de los tipos de peligro abstracto.

Una vez analizados los fundamentos que justifican la creación de estos genuinos delitos económicos de consumo, tanto desde la confirmación de que se protegen auténticos bienes jurídicos individuales como desde la comprobación del respeto de los principios garantistas del Derecho penal, cabe hacer referencia por último a la posibilidad de integrar esta categoría delictiva en el marco de un nuevo “Derecho penal moderno”, con unas características definitorias que lo alejan del Derecho penal tradicional. Esta propuesta de configuración de un nuevo sector en el ordenamiento penal ha sido efectuada por Silva Sánchez, quien parte desde una contemplación crítica del empleo del Derecho penal para la tutela de bienes jurídicos supraindividuales, hecho que viene acompañado por la creciente utilización de tipos de peligro abstracto, flexibilización de las reglas de imputación personal, etc<sup>270</sup>. Si bien en principio este autor no se muestra de acuerdo con estas nuevas modalidades de incriminación, finalmente acaba considerándolas aceptables siempre que la pena prevista para esta clase de delitos no sea privativa de libertad; según este autor, la

---

<sup>268</sup> Vid. supra, al principio de este mismo apartado e).

<sup>269</sup> Vid. infra epígrafe 3.

<sup>270</sup> Vid. sobre ello su reciente obra *La expansión del Derecho penal*, passim.

pérdida de “rigor” dogmático y la flexibilización de las exigencias garantistas en estos nuevos delitos vendría compensada por el hecho de que la sanción prevista no implica la privación de libertad, sino la restricción de otros derechos o la imposición de una pena pecuniaria<sup>271</sup>.

Como advierte el mismo Silva Sánchez, no se trata de crear un “Derecho penal de clases” diferenciado “según sujetos, sino según hechos y según consecuencias jurídicas”, de modo que los delitos con pena privativa de libertad estarán sujetos a reglas de imputación y garantías político-criminales más rigurosas, las cuales serán flexibilizadas cuando estén previstas otras clases de sanciones<sup>272</sup>. Sin embargo, esto no tiene por qué llevar a la conclusión de que “la demanda social de protección a través del Derecho penal probablemente no se vería resuelta de un modo funcional con un Derecho penal reducido a su núcleo duro”, y que “esa ampliación del Derecho penal no podrá basar su requerida fuerza comunicativa en la imposición de penas privativas de libertad”<sup>273</sup>.

Sería quizás más conveniente no establecer una diferenciación tajante entre el Derecho penal tradicional y las nuevas normas penales propias de nuestra sociedad postindustrial, básicamente los preceptos protectores de los nuevos bienes jurídicos universales y el sector del Derecho penal económico. Más bien sería necesario proceder a una revisión exhaustiva tanto del viejo Derecho penal como de las nuevas normas incriminatorias en este ordenamiento, puesto que en cada uno de ambos sectores podemos encontrar conductas merecedoras y necesitadas de una pena privativa de libertad y actuaciones frente a las que sería suficiente la amenaza de otro tipo de sanción. Por poner algún ejemplo, en el

---

<sup>271</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, op. cit., pág. 117 y ss. En esta línea también se encuentra la propuesta de HASSEMER, W., *Persona, mundo y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pág. 67 y ss, si bien este autor encuadra esta nueva categoría de incriminaciones y sanciones en un llamado “Derecho de intervención”, a medio camino entre el Derecho penal y el administrativo, que posea un menor nivel de garantías que los preceptos penales pero que imponga sanciones menos aflictivas al individuo.

<sup>272</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, op. cit., pág. 122.

<sup>273</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, op. cit., pág. 123.



ámbito del Derecho penal económico encontramos figuras delictivas que atentan realmente contra bienes individuales, como las infracciones contra la propiedad industrial y la mayoría de los delitos societarios; por otra parte, algunas de las normas protectoras de los criticados bienes jurídicos universales tipifican conductas que presentan una indudable gravedad, como por ejemplo determinados casos de delitos contra la salud pública y asimismo el delito fiscal.

Por otra parte, si bien la pena privativa de libertad es la consecuencia jurídica más grave en el ordenamiento penal, no cabe desconocer la gravedad de algunas penas privativas de derechos y de ciertas consecuencias jurídicas: así, por ejemplo, la clausura definitiva de una empresa no sólo afecta de forma muy relevante a su titular, sino que despliega sus efectos sobre todos los trabajadores que allí prestan sus servicios, de tal modo que esta sanción debería ser prevista y aplicada atendiendo a rígidos principios garantistas. Por lo tanto, como conclusión pueden asumirse los fundamentos básicos de esta nueva propuesta, pero lo ideal sería que fuese puesta en práctica mediante un examen crítico del Derecho penal tradicional (donde podríamos encontrarnos incluso con conductas que conllevan una pena de prisión excesiva e innecesaria) y de las nuevas normas penales que surgen con el desarrollo de la sociedad.

### **3. El empleo de delitos de aptitud en la tipificación de los genuinos delitos socioeconómicos de consumo**

Como ya se ha adelantado en el epígrafe anterior, nos encontramos en un campo en el que aparece el problema de la indeterminación de la frontera de peligro, es decir, sería imposible medir el radio expansivo de la acción. Esta circunstancia determina la dificultad de prever "a priori" las lesiones que se pueden producir en el patrimonio de los consumidores afectados; por lo tanto, para evitar tales lesiones, no

sólo se configura un bien jurídico espiritualizado, sino que también se acude a la creación de tipos de peligro abstracto, adelantando las barreras de protección penal.

La mencionada imposibilidad de determinar la frontera de peligro para los bienes individuales de los consumidores impide esperar a la producción no ya de una lesión, sino de un peligro concreto para un sujeto determinado, puesto que una característica fundamental de las conductas incriminadas es que su *amplio radio de expansion* puede afectar a un extenso colectivo de consumidores<sup>274</sup>. Por lo tanto, al estar en juego los bienes pertenecientes a un elevado número de individuos, no resulta adecuado posponer la intervención penal al momento en que se constate un peligro concreto para los mismos, es decir, exigir que de la acción típica se derive, como resultado, la concreta puesta en peligro de los bienes individuales de los consumidores. Entonces, habría que acudir a los tipos de peligro abstracto<sup>275</sup>, incriminando conductas que supongan una peligrosidad general para los bienes jurídicos particulares de los consumidores, sin requerir la concreción de ningún peligro que denote la posibilidad próxima de una lesión; lo característico de esta clase de tipos es que el legislador sanciona una conducta que considera "ex ante peligrosa" para el bien jurídico que se desea proteger<sup>276</sup>.

El principal problema que han venido planteando los tradicionales tipos de peligro abstracto deriva de la no consideración del peligro como un elemento típico,

---

<sup>274</sup> Afirma precisamente FIANDACA, G., *La tipizzazione del pericolo*, cit., pág. 463, que la técnica del peligro abstracto resulta obligada ante actuaciones peligrosas que poseen una potencia expansiva inmediata, que hace difícil la previsión anticipada de posibles lesiones.

<sup>275</sup> Con esta técnica de tipificación, no sólo se intenta evitar la efectiva producción de daños individuales, sino que además se permite facilitar la prueba de este tipo de delitos contra los consumidores, es decir, al incriminarse simplemente una determinada conducta no nos encontramos con las dificultades de probar unas lesiones ya de por sí de difícil constatación: cfr. TIEDEMANN, K., *Poder económico y delito*, Ariel 1985, pág. 36; del mismo autor, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität. AT*, cit., pág. 81-82. Vid. también sobre la idoneidad de los tipos de peligro abstracto para esta clase de conductas, SCHÜNEMANN, B., *Consideraciones...*, cit., pág. 197 y ss.

<sup>276</sup> Vid. las concepciones sobre los tipos de peligro concreto y abstracto en RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pág. 14 y ss., y bibliografía allí citada.

sino como un motivo del legislador para tipificar una acción con base en la peligrosidad general de la misma<sup>277</sup>. Esta concepción presenta serios problemas de legitimación, ya que al no requerirse en cada caso comprobar la peligrosidad de una acción para integrarla en el tipo, nos encontramos con que en los supuestos en que efectivamente queda excluido el peligro se estaría castigando una conducta que no llega a vulnerar ningún bien jurídico. Por lo tanto, una de las principales críticas que suscita esta clase de delitos es su violación del principio de ofensividad, es decir, la exigencia de una necesaria lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, de modo que exista un contenido material y no sólo formal del injusto. Así, en la mencionada hipótesis de exclusión del peligro en un caso concreto, no se verifica la exigencia de antijuridicidad material, de efectiva lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, con lo cual no habría ni desvalor de resultado ni desvalor objetivo de acción<sup>278</sup>.

La evidencia que se acaba de mostrar ha llevado a la doctrina a intentar dotar de una fundamentación material al injusto de los delitos de peligro abstracto, centrándose unos autores en el desvalor de resultado y otros en el desvalor de acción<sup>279</sup>. Entre todas estas propuestas, cabe destacar aquí la línea doctrinal que considera a la peligrosidad como una exigencia positiva del tipo de injusto, exigiendo su verificación en cada caso por parte del juez: es en este grupo donde se incluye, entre otras<sup>280</sup>, la tesis relativa a los denominados **delitos de aptitud o peligro hipotético**, que en cierto modo constituyen una situación intermedia entre un genuino 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 un delito de peligro concreto, que exigiría la efectiva puesta en peligro del bien tutelado<sup>281</sup>.

---

<sup>277</sup> Vid. las consideraciones de la doctrina al respecto en la abundante bibliografía citada por RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit, pág. 14 nota 3, y pág. 238 y ss.

<sup>278</sup> Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, op. cit., pág. 237 y 247-248.

<sup>279</sup> Vid. un completo desarrollo de estas propuestas doctrinales en RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, op. cit., pág. 251 y ss.

<sup>280</sup> Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, cit., pág. 293-296.

<sup>281</sup> Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general* (Traducción por Luzón Peña / De

Los delitos de aptitud definen una *acción en sí misma peligrosa*, pero cuya realización no es suficiente para integrar el tipo: se exige adicionalmente la *potencialidad lesiva* de la acción del sujeto, cuya concurrencia deberá ser constatada por el juez<sup>282</sup>. Es necesario que el intérprete realice dos juicios para determinar la tipicidad de una conducta: en primer lugar se hará un juicio "ex ante" para concretar si la conducta del agente, además de subsumirse formalmente en el tipo, es apta para producir un peligro para el bien jurídico; en segundo lugar, 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, como consecuencia del cual se hubiera podido producir un peligro efectivo para ese bien jurídico.

En otros términos, se afirma que es necesario acreditar no sólo la peligrosidad de la acción (desvalor real de acción) sino también la posibilidad del resultado peligroso (desvalor potencial de resultado), o dicho en otras palabras: constatar que una acción comprobadamente peligrosa hubiera podido determinar un resultado peligroso<sup>283</sup>. Lo que se sanciona es el hecho de que un sujeto haya creado con su conducta una fuente de peligro que pueda entrar en contacto con bienes jurídicos individuales, siempre que una colisión tal pueda suponer un peligro para los individuos concretos<sup>284</sup>. Debe ponerse de relieve, no obstante, que la comprobación de la idoneidad de la acción para producir el mencionado resultado de peligro en el

---

Vicente Remesal / Díaz y García Conlledo), Civitas 1997, Tomo I, pág. 411; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., *El moderno Derecho penal...*, pág. 46.

<sup>282</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, cit., pág. 20. En este sentido, con razón manifiesta TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Peligro abstracto y garantías penales*, cit., pág. 799 y ss, que la exigencia de esta potencialidad lesiva debería estar presente en todos los delitos de peligro abstracto, como forma de garantizar que no se está sancionando meramente un peligro presunto; consecuentemente, considera preferible prescindir de la denominación genérica de "peligro abstracto" y construir únicamente delitos de "peligro hipotético" o "aptitud", mucho más conformes con las garantías penales.

<sup>283</sup> Vid. TORÍO LÓPEZ, A., *Los delitos de peligro hipotético*, en ADPCP 1981, Fasc. II-III, pág. 838 y ss.

<sup>284</sup> Cfr. HOYER, A., *Die Eignungsdelikte*, Duncker und Humblot, Berlin 1987, pág. 103.

caso concreto no exigirá nunca la individualización de los sujetos afectados<sup>285</sup>. El hecho de que el cumplimiento de este requisito de aptitud deba verificarse en cada caso concreto ha llevado a la doctrina a calificarlo como "elemento normativo típico de carácter relativo", es decir, un requisito cuya valoración será diferente en cada supuesto de hecho; consecuentemente, del mismo modo que ocurre con los demás elementos típicos, la posibilidad de que se produzca un resultado de peligro ha de ser abarcada por el dolo del autor<sup>286</sup>.

El empleo de los tipos de aptitud a la hora de configurar los delitos socioeconómicos de consumo puede considerarse ciertamente adecuado, ya que constituye una técnica de tipificación más garantista que la utilización de delitos de peligro abstracto<sup>287</sup>. Se puede apreciar claramente que la exigencia de efectiva peligrosidad de la conducta (fundamento material de la antijuridicidad) se incorpora al tipo en los delitos de peligro hipotético mediante el elemento de "aptitud", que implica una valoración de la potencialidad lesiva de la conducta.

De este modo, ya no cabría formular con respecto a estos tipos la objeción que se solía oponer a los tradicionales delitos de peligro abstracto: la inexistencia en el tipo de una obligación de comprobar la peligrosidad de la conducta en el caso concreto, lo cual podría llevar a sancionar comportamientos que, pese a corresponderse con el tenor literal de la norma, no presentan de antemano ningún

---

<sup>285</sup> Cfr. HOYER, A., *Die Eignungsdelikte*, cit., pág. 103; cfr. también ARENAS RODRIGÁÑEZ, M.P., *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, cit., pág. 166-167.

<sup>286</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*. PG, cit., pág. 111; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos* (Paredes Castañón / Rodríguez Montañés), cit., pág. 198-199.

<sup>287</sup> De todos modos, algunos autores han mostrado sus reparos a la articulación de esta protección anticipada del bien jurídico "patrimonio", considerando que tal técnica debería centrarse más bien en otros bienes como la vida y la integridad física; cfr. TORÍO LÓPEZ, A., *Estafa de crédito y abuso punible de letras de cambio en la reforma del sistema penal*, en EPC 1980-1981, nº V, pág. 121; siguiéndolo, SÁNCHEZ GARCÍA, I., *El nuevo delito publicitario*, cit., marg. 562.

tipo de peligro para el bien jurídico<sup>288</sup>. Al incluirse expresamente en los tipos de peligro hipotético la constatación del elemento de aptitud, se está excluyendo ya en la propia norma el castigo de actuaciones que, pese a contener todos los elementos de la conducta típica, no llegan a suponer ninguna clase de peligro para el bien jurídico.

Por otra parte, los tipos de aptitud también constituyen una técnica de tipificación ciertamente idónea para asegurar las exigencias garantísticas dimanantes del **principio de proporcionalidad**<sup>289</sup>. Este postulado demandaba el respeto del carácter fragmentario del Derecho penal, el cual implica que sólo se han de incriminar las modalidades de ataque más intolerables al bien jurídico protegido; en este caso, se trataría de sancionar penalmente sólo aquellos comportamientos que afectasen de modo relevante a los bienes particulares de los consumidores.

En primer lugar, el especial desvalor de las conductas tipificadas como delitos socioeconómicos de consumo se deriva ya de la indeterminable frontera de peligro para los bienes de cada uno de los miembros del colectivo de consumidores; una sola de estas actuaciones llevadas a cabo en el seno del mercado pone en peligro el patrimonio y/o libertad de disposición económica de un círculo inabarcable de sujetos. Sin embargo, por muy amplio que fuese el radio de afectación de estas conductas, para recurrir al castigo penal es necesario además **que no sea un peligro leve o excesivamente lejano para los bienes individuales**<sup>290</sup>. Por esta razón no se

---

<sup>288</sup> FIANDACA, G., *La tipizzazione del pericolo*, cit., pág. 466, resalta la importancia de atender a las circunstancias de cada caso concreto para determinar si la potencialidad lesiva de una conducta se excluye "a priori". Destacan la idoneidad de los delitos de aptitud para excluir del ámbito típico una conducta que no representa un peligro para los bienes individuales: SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Consideraciones teóricas generales sobre la reforma de los delitos contra el medio ambiente*, cit., pág. 159; ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general*, cit., pág. 410.

<sup>289</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PG*, cit., pág. 115-117.

<sup>290</sup> Nos encontramos aquí con un problema que surge al tutelar bienes supraindividuales como instrumento de salvaguarda de bienes de carácter individual: determinar el grado de proximidad a la perturbación de estos últimos intereses, es decir, qué nivel de peligro para los mismos se va a equiparar a la lesión del bien institucionalizado; cfr. MAQUEDA ABREU, M.L., *La idea de peligro en el moderno Derecho penal*, en AP 1994-1, marg. 493; cfr. en el mismo sentido SANCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., *El moderno Derecho penal...*, cit., pág.

debe castigar penalmente una conducta que aparece como abstractamente peligrosa, sino que se le debe exigir una determinada potencialidad lesiva sin llegar a requerir un peligro concreto, puesto que el enorme círculo de sujetos puestos en riesgo no aconseja esperar a la constatación de un peligro excesivamente próximo<sup>291</sup>.

Por lo tanto, el ya mencionado posible contacto entre la acción y el bien jurídico, como consecuencia del cual se hubiera podido producir un peligro efectivo para ese mismo bien, debe estar suficientemente próximo para garantizar que el Derecho penal interviene en un momento de peligro relevante para los bienes jurídicos individuales de los consumidores. Puede tomarse como parámetro el hecho de que el autor de la conducta peligrosa no pueda de modo fiable llegar a impedir el contacto entre su acción y los bienes jurídicos afectados, es decir, que no pueda asegurar que en ningún caso se vaya a producir un peligro concreto para tales bienes<sup>292</sup>.

Esta función de *verificación del peligro* para los bienes individuales es cumplida por el elemento de aptitud, que exige que la conducta ya de por sí peligrosa presente unos caracteres idóneos para posibilitar el contacto entre la acción y el bien jurídico, es decir, para hacer posible un peligro efectivo para ese bien jurídico<sup>293</sup>. Así, la constatación de este requisito de aptitud por parte del juez en el caso concreto constituye una medida evidentemente garantista por dos razones fundamentales: en primer lugar, la constatación de un verdadero contacto entre la acción y el bien tutelado satisface la exigencia de que el peligro inherente a la primera se halle lo suficientemente próximo al segundo, es decir, se trata de castigar una conducta que

---

75. Precisamente una de las críticas que se ha hecho a estos bienes supraindividuales es que se hallan muy alejados de los bienes pertenecientes al individuo concreto, y que así se protegen únicamente "sistemas" o "funciones" de carácter superficial; cfr. VOLK, K., *Strafrecht und Wirtschaftskriminalität*, cit., pág. 87-88; HERZOG, F., *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, cit., pág. 117 y ss.

<sup>291</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*. PG, cit., pág. 113.

<sup>292</sup> Cfr. HOYER, A., *Die Eignungsdelikte*, cit., pág. 94, 108 y 198.

<sup>293</sup> Cfr. TORÍO LÓPEZ, A., *Los delitos de peligro hipotético*, cit., pág. 831.

presente *posibilidades reales de poner en peligro* concreto a los bienes jurídicos de los individuos<sup>294</sup>.

Lo que se pretende es perfilar cuándo una conducta *es* "objetivamente" idónea para producir el mencionado peligro; es decir, no hay que examinar cuándo un sujeto, basándose en sus apreciaciones y conocimientos subjetivos, considera que su actuación es idónea para producir un resultado de peligro, sino que tal idoneidad debe desprenderse de las características objetivas de la acción y del entorno en que se desarrolla<sup>295</sup>. De todos modos, la objetividad propia de este juicio de aptitud no debe hacernos olvidar que es necesario también considerar, como caracteres objetivos de la acción examinada, los conocimientos propios del autor y su capacidad para evitar la posibilidad de causación del resultado de peligro<sup>296</sup>.

En el ámbito de estos delitos socioeconómicos de consumo, estamos ante una acción no dirigida a sujetos individualizados, por lo cual la idoneidad para poner en peligro los bienes de consumidores concretos ha de juzgarse tomando como referencia el círculo de personas receptor de la conducta delictiva<sup>297</sup>. A este respecto se ha dicho que, para determinar el requisito de "idoneidad objetiva" de una conducta para causar un peligro concreto, es decisiva la valoración de la misma que efectuaría un espectador objetivo, imparcial, situado mentalmente en la posición del que actúa y poseyendo sus mismos conocimientos y posibilidades de actuación<sup>298</sup>.

---

<sup>294</sup> Vid. TORÍO LÓPEZ, A., *Los delitos de peligro hipotético*, cit., pág. 842 y 846-847; del mismo, *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, en ADPCP 1986, Fasc. I, pág. 43-45.

<sup>295</sup> Vid. en este sentido HOYER, A., *Die Eignungsdelikte*, cit., pág. 48.

<sup>296</sup> Cfr. HOYER, op. cit., pág. 109 y 198.

<sup>297</sup> Así lo afirma, por ejemplo, en relación con los delitos contra la salud de los consumidores, GRAUL, E., *Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, Duncker und Humblot, Berlin 1991, pág. 122-123.

<sup>298</sup> Cfr. ZIESCHANG, F., *Die Gefährdungsdelikte*, Duncker und Humblot, Berlin 1998, pág. 168. HIRSCH, H.J., *Peligro y peligrosidad*, en ADPCP 1996, Fasc. II, pág. 523-524, utiliza también este criterio de la valoración, desde una perspectiva "ex ante", de un observador objetivo colocado en la situación del autor, para determinar la tipicidad de una conducta en los delitos que él denomina de "peligrosidad concreta" (tales conductas delictivas son definidas como aquellas que probablemente supongan la aparición de una lesión en



Como se verá más adelante<sup>299</sup>, este criterio del espectador objetivo puede ser muy útil para colmar de significado al elemento de "aptitud para causar un perjuicio" en los delitos contra los consumidores, juzgando la posibilidad de que una acción cause un peligro desde el punto de vista del "consumidor medio".

En segundo lugar, la valoración del caso individual permite asegurar que es posible un peligro para el bien jurídico, quedando excluida la tipicidad de la conducta en aquellos casos en que la acción definida en la norma como abstractamente peligrosa no llega a suponer, por cualquier razón, ningún peligro para el bien jurídico protegido. La determinación de la posibilidad del peligro atendiendo a las circunstancias concretas del caso resulta especialmente necesaria en ciertos ámbitos, en los cuales es difícil definir con carácter general qué tipo de actuaciones es realmente peligroso. Por ello, la norma no puede establecer taxativa y abstractamente los concretos elementos que configuran la peligrosidad de una conducta; entonces, se exige en el tipo la constatación por parte del juez, en cada situación, de que la conducta ya catalogada como genéricamente peligrosa sea idónea para causar un peligro concreto<sup>300</sup>.

Es preciso no olvidar que la ponderación de las circunstancias de cada caso no significa que deba constatarse un peligro concreto para uno o más consumidores. Lo único que se requiere es que el juez conozca el entorno en que se desenvuelve el supuesto concreto, y comprobar si en él la conducta típica sigue siendo peligrosa según parámetros generales, es decir, si en las circunstancias del caso es posible y cercana la producción de un resultado de peligro<sup>301</sup>. Así cabe poner como ejemplo

---

concreto); se trata de todos modos de un parámetro utilizable para la determinación del requisito de "aptitud" ya que, como este autor afirma (pág. 527), se trata de un elemento intercambiable con el concepto de peligrosidad concreta anteriormente definido.

<sup>299</sup> Vid. infra Segunda parte, Capítulo segundo, epígrafe III.4.

<sup>300</sup> SCHRÖDER, H., *Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?*, en JZ 1967, pág. 525, denomina a los tipos así configurados "delitos de peligro abstracto-concreto", porque constituyen una combinación de ambas modalidades de peligro.

<sup>301</sup> Esta es la interpretación que ofrecen diversos autores a la fórmula típica "idoneidad para causar un perjuicio": así, SCHRÖDER, H., *Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?*, cit., pág. 522 y 525; del mismo, *Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht*, en ZStW 1969, pág. 22; GALLAS, W., *Abstrakte und konkrete Gefährdung*, en Festschrift für Ernst Heintz zum 70

que, si bien una publicidad falsa aparece en principio como abstractamente peligrosa para los patrimonios de los consumidores, tal peligrosidad deberá ser verificada en cada supuesto de hecho, ya que en determinadas ocasiones el peligro será muy remoto o ni siquiera existirá: así ocurriría, en el caso propuesto, con las falsedades publicitarias que versan sobre un aspecto irrelevante de un producto o que van dirigidas a un público muy especializado no susceptible de ser engañado.

Efectivamente, haciendo referencia específica a los delitos socioeconómicos de consumo, la valoración de las situaciones concretas supone una garantía de que efectivamente se están sancionando conductas aptas para lesionar los intereses económicos de los consumidores. La amplitud de un mercado donde podemos encontrar sectores bien diferenciados, la diversidad de los potenciales adquirentes de bienes o servicios, las diferentes modalidades y gravedad de las actuaciones engañosas y defraudatorias, entre otras muchas circunstancias, determinan la imposibilidad de establecer "a priori" cuándo una conducta es realmente peligrosa. Por ello, partiendo de la definición de una actuación delictiva que en general aparece como peligrosa, el juez deberá atender a los caracteres del concreto marco donde se ha desarrollado para confirmar que realmente se ha estado cerca de producir un peligro concreto para los patrimonios de los consumidores.

---

Geburtstag (Lüttger, H. / Blei, H. / Hanau, P., Hrsg.), Walter de Gruyter, Berlin 1972, pág. 174-175; también GRAUL, E., *Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, cit., pág. 121-122. Si bien básicamente estos autores coinciden en la explicación ofrecida, difieren en la catalogación de estos tipos penales, que Schröder denomina como delitos de peligro abstracto-concreto (a medio camino entre ambas clases de peligro), y Gallas considera como una subespecie de los delitos de peligro abstracto (vid. una relación de la doctrina alemana que sigue la opinión de Gallas en ZIESCHANG, F., *Die Gefährdungsdelikte*, cit., pág. 165, nota 20). Por su parte, HOYER, A., *Die Eignungsdelikte*, cit., pág. 107-109 y 197-201, ha configurado la categoría autónoma de "delitos de aptitud", cuya esencia sitúa básicamente en la ejecución de una conducta creadora de una fuente de peligro, la cual puede entrar en contacto con bienes jurídicos de distintos sujetos y ponerlos en peligro, sin que el autor de la conducta pueda llevar a cabo medidas fiables que impidan el citado riesgo (ZIESCHANG, op. cit., pág. 174-179, critica esta categoría creada por Hoyer, considerando que no se delimita claramente ni de los tipos de peligro concreto ni de los tipos de peligro abstracto; según él (vid. pág. 197-205), el requisito típico de "idoneidad" puede indicar, dependiendo del tipo penal en que se encuentre, una peligrosidad abstracta o concreta, o un peligro potencial o concreto; vid. también de opinión semejante GRAUL, op. cit., pág. 116-117).

**SEGUNDA PARTE**

**EL DELITO DE PUBLICIDAD FALSA  
(ART. 282 DEL CÓDIGO PENAL)**

## **CAPÍTULO PRIMERO: REGULACIÓN EXTRAPENAL, ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DERECHO COMPARADO**

### **A) REGULACIÓN EXTRAPENAL DE LA PUBLICIDAD**

#### **I. LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA**

Resulta evidente que la publicidad es un elemento esencial en la actual economía de mercado, puesto que actúa como vínculo entre las ofertas y demandas que se cruzan en el mercado, proporcionando a los demandantes la información referente a los productos y servicios ofrecidos. La gran relevancia de la actividad publicitaria se ponía ya de manifiesto en la Exposición de Motivos del primer texto legal sobre la materia, el derogado Estatuto de la Publicidad de 11 de junio de 1964: "La publicidad se ha convertido en un poderosísimo medio de difusión de bienes de consumo y servicios, y en vía de obtención de prestigio para marcas, nombres y denominaciones comerciales e industriales; a su vez, moviliza ingentes cantidades de dinero en las empresas y extraordinarias energías humanas, supone una importante fuente de ingresos en los medios generales de información".

Antes de analizar las sanciones que merecen determinadas clases de publicidad, debe buscarse primero un concepto de la misma. Si recurrimos a las

definiciones ofrecidas por los textos legales, encontramos ya una en el art. 2 del mencionado Estatuto de la Publicidad: "Será considerada como actividad publicitaria toda divulgación para dirigir la atención del público o de los medios de difusión hacia una determinada persona, producto o servicio con el fin de promover de modo mediato o inmediato su contratación". También en su art. 2, la vigente Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, ofrece una definición más precisa: "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".

Del precepto de la Ley General de Publicidad que se acaba de transcribir se desprende que nos encontramos ante una definición amplia, en el sentido de que comprende no sólo los *anuncios* propiamente dichos de un producto o servicio que buscan informar y atraer a posibles consumidores, sino también los mensajes contenidos en el *etiquetado* y la *presentación comercial* del bien o servicio<sup>302</sup>, y asimismo las técnicas de "*marketing*" en sentido amplio, como por ejemplo las "*relaciones públicas*"<sup>303</sup> y la "*promoción de ventas*" (v. gr. mediante obsequios); de todos modos, existen determinadas actuaciones que se exceptúan de este concepto de publicidad: serán todas aquellas actividades publicitarias que no busquen la contratación de un producto o servicio, como sería la publicidad institucional<sup>304</sup>, los test de mercaderías<sup>305</sup>, la publicidad con fines religiosos, ecológicos, electorales,

---

<sup>302</sup> Cfr. TATO PLAZA, A., *La publicidad ilícita en la jurisprudencia y en la doctrina del Jurado de la Publicidad*, en Autocontrol de la Publicidad 1999, nº 27, pág. 17.

<sup>303</sup> Vid. en este sentido FUSI, M. / TESTA, P. / COTTAFANI, P., *La pubblicità ingannevole (Commento al D.L.G. 25 gennaio 1992, n. 74)*, Giuffrè, Milano 1993, pág. 92-93.

<sup>304</sup> Vid. sobre la exclusión de esta publicidad del concepto de la LGP, TATO PLAZA, A., *La publicidad de productos anticonceptivos: el caso "póntelo, pónselo"*, en La Ley 1993-3, pág. 901-902.

<sup>305</sup> Este tipo de pruebas comparativas no encajan en el concepto de publicidad porque se trata de mera información al consumidor, ofrecida por un tercero imparcial, que no busca promocionar la adquisición de los bienes o servicios; vid. al respecto la sentencia de la AP de Vizcaya de 14 de junio de 1999.

etc<sup>306</sup>. Nos encontramos, pues, ante un concepto de publicidad que se centra en el **ámbito económico-mercantil** (puesto que el eje de la definición es la promoción directa o indirecta de la contratación), dejando de lado otros temas relacionados con el fenómeno publicitario, como por ejemplo todo lo relacionado con los medios de difusión, vehículo que facilita la expansión de la publicidad<sup>307</sup>.

La actividad publicitaria se rige por cuatro principios que, si bien no se mencionan expresamente en la Ley General de Publicidad, han estado presentes desde siempre en el ordenamiento español (eran proclamados por el art. 6 del derogado Estatuto de la Publicidad de 1964) y pueden deducirse de los preceptos de la mencionada Ley: legalidad, autenticidad, veracidad y lealtad<sup>308</sup>:

- El **principio de legalidad** implica que la publicidad debe respetar los valores y derechos reconocidos constitucionalmente, además de las normas especiales referentes a la publicidad y comercialización de determinados productos (vid. art. 3.a) y e) LGP).

- Según el **principio de veracidad**, la publicidad no puede ser engañosa ni por acción ni por omisión; así, la LGP (arts. 4 y 5) y la LGDCU (art. 8) prohíben la publicidad que contenga datos falsos, la que pueda inducir a error, y la que silencie aspectos fundamentales de las prestaciones ofrecidas<sup>309</sup>.

---

<sup>306</sup> Cfr. VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pág. 543.

<sup>307</sup> Cfr. ACOSTA ESTÉVEZ, *En torno al nuevo Derecho de la Publicidad: Ley 34/1988, de noviembre, General de Publicidad*, en RGD 1989, nº 540, pág. 5340.

<sup>308</sup> Vid. ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho mercantil* (Jiménez Sánchez, G.J., coord.), Ariel, Barcelona 2000, Tomo I, pág. 652-653. Vid. con respecto a la regulación de estos principios en el derogado Estatuto de la Publicidad, FERNÁNDEZ NÓVOA, C., *La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias*, cit., pág. 19 y ss.

<sup>309</sup> NICOLÁS MARTÍ, J., *La publicidad y el derecho-deber de información*, en EC 1996, nº 36, pág. 72 y ss., afirma incluso que la publicidad está sometida al deber de veracidad que el art. 20 de la Constitución española exige a toda clase de información, puesto que constituye lo que se llama "información persuasiva": emplea diversas técnicas de sugestión con el fin de captar potenciales clientes, pero se parte como base de la información al público sobre un producto o servicio, aunque no sea más que la puesta en conocimiento de

- El **principio de autenticidad** exige que el destinatario del mensaje publicitario pueda percibirlo sin esfuerzo como tal, sin confundirlo con un mensaje puramente informativo o de cualquier otra naturaleza; así, el art. 7 de la LGP prohíbe la publicidad subliminal, y el art. 11 exige que los medios de difusión y los anunciantes desvelen inequívocamente el carácter publicitario de sus mensajes.

- El **principio de lealtad** es el mismo que se predica de la competencia en general, e implica que la publicidad debe efectuarse con adecuación a la corrección y a los buenos usos mercantiles (vid. art. 3 y 6 LGP, que sancionan la publicidad desleal).

## II. LA LEY 34/1988, DE 11 DE NOVIEMBRE, GENERAL DE PUBLICIDAD

---

los consumidores de la mera existencia de la oferta en el mercado. En palabras de LEMA DEVESA, C., *Posibilidades y limitaciones a la actividad publicitaria en la normativa de la CEE*, en RGD 1987, pág. 4081, el aspecto informativo de la publicidad presenta unas notas características: parcialidad, intencionalidad comercial e independencia con respecto a los medios de difusión.

Además, la importancia de exigir veracidad en los mensajes publicitarios se deduce ya del hecho de que la publicidad constituye una pieza clave en el mercado actual, caracterizado fundamentalmente por su saturación, puesto que cada vez es mayor el número de ofertas de bienes y servicios que en él se encuentran; esta saturación del mercado se ve favorecida sobre todo por la apertura de las fronteras estatales a ofertas provenientes de otros países, sobre todo en el seno de la Unión Europea, para cuyos miembros rige con carácter general el principio de libre circulación de mercancías. Sucede entonces que las amplias dimensiones del mercado actual determinan que la publicidad sea el instrumento imprescindible para dar a conocer un bien o servicio a un enorme e indeterminado círculo de posibles demandantes, y también para establecer una clara delimitación de la oferta propia frente a las de los demás competidores; vid. VILLAFANE, J., *El deseo y la necesidad. Reflexiones en torno a la publicidad y el consumo*, en EC 1995, n° 35, pág. 14.

La regulación básica de la actividad publicitaria se halla en nuestro ordenamiento en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, la cual, en su Exposición de Motivos, justifica la derogación del antiguo Estatuto de Publicidad por la necesidad de adecuarse a la normativa comunitaria (en particular, la Directiva de la CEE de 10 de septiembre de 1984, sobre armonización de disposiciones en materia de publicidad engañosa) y a los mandatos de la Constitución de 1978 (en concreto, su art. 51, que establece que "los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos"). Esta Ley constituye el régimen jurídico básico de la publicidad, puesto que determina qué debe entenderse por publicidad ilícita, y establece las acciones y sanciones que caben contra este tipo de publicidad. Antes de proceder a una simple exposición no exhaustiva de los preceptos legales, debe ponerse de relieve que, según manifiesta algún autor, en rasgos generales la Ley General de Publicidad presenta un carácter "profesional" o "corporativista", es decir, es una "Ley hecha a gusto de la industria de la publicidad"<sup>310</sup>; esto se demuestra principalmente, entre otros aspectos, en que la Ley no admite la "exceptio veritatis" (es decir, se prohíbe en todo caso la publicidad denigratoria, aunque lo afirmado en la misma sea cierto)<sup>311</sup> y no reconoce la legitimación pasiva de las Agencias de Publicidad para ser demandadas por las infracciones legalmente previstas.

## 1. Publicidad ilícita según la Ley General de Publicidad

---

<sup>310</sup> Cfr. VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, cit., pág. 542.

<sup>311</sup> Vid. infra epígrafe 1.c).



Los clases de publicidad que la Ley conceptúa como ilícitas son definidas en su art. 3, que establece como tales las siguientes:

"a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer.

b) La publicidad engañosa.

c) La publicidad desleal.

d) La publicidad subliminal.

e) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios."

*a) Publicidad que atenta contra la dignidad de la persona o vulnera los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer*

El art. 3.a) de la LGP recoge la publicidad ilícita atentatoria contra valores y derechos constitucionales. Dentro de este apartado podemos incluir la publicidad que presente cualquiera de las siguientes características<sup>312</sup>:

- perjudicial para la infancia, juventud e incapaces,
- atentatoria contra el derecho a la intimidad,
- con mensaje de provocación a la violencia, al odio o a la discriminación,
- atentatoria contra el respeto debido a las convicciones religiosas,
- vulneradora del derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio y la salvaguardia de los derechos de los trabajadores emigrantes<sup>313</sup>.

---

<sup>312</sup> Vid. CARTAGENA PASTOR, *Publicidad ilícita y delito de publicidad engañosa*, en Boletín del Ministerio de Justicia 1997, nº 1800, pág. 1519 y ss.

<sup>313</sup> Según manifiesta ACOSTA ESTÉVEZ, *En torno al nuevo Derecho de la Publicidad ...*, cit., pág. 5343, el ap. a) del art. 3 de la LGP resulta en el fondo innecesario, ya que la publicidad atentatoria contra los derechos constitucionales ya sería desde un principio inconstitucional, sin que haga falta catalogarla como ilícita. De todos modos, como manifiesta

### b) *Publicidad engañosa*

Este tipo de publicidad se define en el art. 4 de la Ley, que dice así: "Es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios." A su vez, el art. 5 establece los elementos que hay que tener en cuenta para determinar cuándo una publicidad merece el calificativo de engañosa (por ejemplo, habrá que atender a las características que se predicen del producto o servicio, a su precio, a sus condiciones de adquisición, etc.)<sup>314</sup>.

Como se puede apreciar, el hecho determinante para que una publicidad sea considerada engañosa en la legislación mercantil es su **capacidad para inducir a error a los consumidores** ("induce o puede inducir a error"). Esta situación puede producirse en dos circunstancias: cuando se ofrezca información efectivamente falsa; o también cuando, sin ofrecer datos falsos, se tergiversen de tal manera que el mensaje en conjunto cause o pueda causar un error de interpretación a sus

---

PINO ABAD, M., *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley de Publicidad de 1988*, INC, Madrid 1991, pág. 52-53, este art. 3.a) de la LGP tiene gran utilidad para proteger aquellos derechos constitucionales que no puedan gozar de la garantía especial regulada en el art. 53 del Texto fundamental, de tal modo que con esta previsión concreta de la LGP se logra una tutela realmente eficaz de tales derechos constitucionales.

Vid. algunas sentencias sobre publicidad atentatoria contra valores y derechos constitucionales en BARÓ I BALLBÉ, M.J., *La publicitat il·licita i la defensa dels consumidors*, Generalitat de Catalunya, Barcelona 1992, pág. 112 y ss.

<sup>314</sup> El Estatuto Galego do Consumidor e Usuario (Lei 28-12-1984) también contiene en su art. 16 una referencia a la publicidad engañosa, si bien no ofrece una concreta definición. En principio, establece la obligación de que los productos, servicios o actividades ofrecidos en el mercado se ajusten a su verdadera naturaleza, características, condiciones, utilidad y finalidad. Posteriormente, determina que cualquier manifestación engañosa que atente contra los intereses de los consumidores será considerada como fraude y podrá ser objeto de sanción administrativa.

destinatarios. Es evidente que esta susceptibilidad para inducir a error tendrá que ser determinada por el juez mediante criterios evidentemente no objetivos<sup>315</sup>; se trata de la difícil tarea de establecer qué nivel de comprensión o de diligencia se les exige a los destinatarios de la publicidad para afirmar cuándo un mensaje publicitario es verdaderamente engañoso.

A este respecto, la doctrina ha afirmado que un mensaje publicitario puede considerarse engañoso cuando puede inducir a error al "consumidor medio", es decir, a aquel consumidor que lee el anuncio publicitario de manera fugaz y superficial, sin analizar críticamente su contenido. Se argumenta que la adopción de este criterio se justifica por la ingente cantidad de publicidad que se difunde al público, lo cual imposibilita una reflexión pausada sobre cada uno de los anuncios que llegan al consumidor; por ello, no se puede atender a las interpretaciones efectuadas por personas expertas, aunque tampoco hay que llegar al extremo de tener en cuenta las impresiones recibidas por el consumidor excesivamente distraído<sup>316</sup>.

Aunque se adopte el criterio del "consumidor medio", todavía subsiste el problema de determinar qué actitud concreta ha de presentar éste a la hora de interpretar la publicidad. Se han propuesto como características definidoras del consumidor medio, por ejemplo, las siguientes: ser sujetos perceptor de rentas medias o bajas (lo cual determina, a su vez, que se resienta especialmente de los daños económicos que se podrían derivar de una publicidad engañoso), y poseer escasa formación económica y jurídica (lo cual provoca que sea incapaz por sí mismo de percibir los engaños publicitarios y que no sea lo suficientemente emprendedor como para interponer una demanda contra el emisor la publicidad engañoso)<sup>317</sup>.

---

<sup>315</sup> Como señala MADRENAS I BOADAS, C., *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañoso y desleal*, Civitas, Madrid 1990, pág. 191 y ss., el concepto de publicidad engañoso se ha subjetivizado en la LGP, ya que mientras el anterior Estatuto de la Publicidad exigía que toda publicidad de carácter engañoso debía faltar a la verdad, el art. 4 de la vigente LGP centra la esencia de la publicidad engañoso en la susceptibilidad para inducir a error a sus destinatarios, aun cuando los datos contenidos en el mensaje publicitario sean verdaderos.

<sup>316</sup> Vid. FERNÁNDEZ-NOVOA, C., *La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias*, cit., pág. 44 y ss.

<sup>317</sup> Vid. BARÓ Y BALLBÉ, M.J., *La publicitat il·licita i la defensa dels consumidors*, 201

La dificultad de adoptar parámetros inamovibles se manifiesta en la existencia de decisiones jurisprudenciales que manejan criterios interpretativos diversos, y también en la manifestación de opiniones doctrinales enfrentadas al comentar la Jurisprudencia en la materia. Una de las sentencias más destacadas en este tema es la STS de 3 de febrero de 1995, confirmatoria de la sentencia de la AP de Madrid de 7 de octubre de 1991, la cual revocaba la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Madrid de 23 de marzo de 1990. El Juzgado consideró engañosa una publicidad en que el lema central, en grandes caracteres, venía acompañado de un asterisco que remitía a una información en letra muy pequeña que venía a contradecir lo expresado en la frase principal; en cambio, tanto la Audiencia como el TS defendieron la opinión contraria, resolviendo a favor de la empresa anunciante.

Si ya se observa una divergencia de criterio entre el Juzgado y las otras dos instancias superiores, lo mismo ocurre en la doctrina que comentó estas decisiones jurisprudenciales. Así, por ejemplo, Lema Devesa<sup>318</sup> considera que el consumidor no puede resultar engañado por esta clase de publicidad, puesto que la importancia económica del producto anunciado, un automóvil, determina que todo consumidor va a prestar una especial atención a la publicidad y va a establecer negociaciones previas con el vendedor. En cambio, cabe citar a otro autor como Tato Plaza<sup>319</sup>, quien mantiene que debe tenerse en cuenta que los caracteres en letra grande son los únicos que examina un consumidor medio, y que deben considerarse engañosas las expresiones en letra pequeña que contradicen el mensaje principal. Esta última posición doctrinal se basa en una excepción al criterio general de interpretación

---

cit., pág. 194-195.

<sup>318</sup> Cfr. LEMA DEVESA, C., *La publicidad desleal: modalidades y problemas*, en RGD 1991, nº 562-563, pág. 6141.

<sup>319</sup> Cfr. TATO PLAZA, A., *La publicidad ilícita en la jurisprudencia y en la doctrina del Jurado de la Publicidad*, cit., pág. 21-22. Vid. el estudio más pormenorizado del mismo autor *La publicidad engañosa en la jurisprudencia (Breves reflexiones al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Citroën)*, en RGD 1995, nº 608, pág. 5487 y ss.; vid. en el mismo sentido CUESTA GARCÍA DE LEONARDO, A., *Publicidad engañosa (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de octubre de 1991)*, en PJ 1992, nº 26, pág. 171 y ss.

conjunta del anuncio: como afirma Fernández Novoa, "cuando para captar la atención del público en el anuncio se destacan con grandes caracteres tipográficos determinadas palabras o frases, el consumidor medio percibe y retiene ordinariamente sólo tales palabras o frases y no presta atención o no recuerda el texto restante. En estos frecuentes casos [...] la interpretación de la publicidad debe apoyarse primordialmente sobre el significado de las palabras o frases tipográficamente destacadas en el conjunto del anuncio"<sup>320</sup>.

En fin, aun adoptando como criterio general el del "consumidor medio" hay que tener en cuenta, como se dirá más adelante, que no es adecuado definir tal consumidor medio en abstracto, sino que debe atenderse al concreto público al que va dirigido el mensaje publicitario, es decir, al grado de discernimiento de los destinatarios de la publicidad<sup>321</sup>.

Consecuente con la adopción del criterio del "consumidor medio" resulta el tratamiento de la **exageración publicitaria**, que la doctrina mercantilista está de acuerdo en considerar lícita. Estamos ante una publicidad exagerada cuando se presenta un producto o servicio, informando verazmente sobre él, y efectuando al mismo tiempo sobre esta base cierta una ponderación de sus cualidades no acorde con la realidad. Como se ha dicho anteriormente, el consumidor medio no efectúa un análisis minucioso de la información recibida, pero tampoco es completamente crédulo; por lo tanto, será capaz de percibir claramente que la ponderación contenida en el anuncio constituye una hipérbole para resaltar las cualidades de la prestación ofrecida<sup>322</sup>.

---

<sup>320</sup> Cfr. FERNÁNDEZ NOVOA, C., *La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias*, cit., pág. 49-50.

<sup>321</sup> Cfr. MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., *Derechos de los consumidores y usuarios*, cit., pág. 147. Vid. sobre este tema infra, Capítulo segundo, epígrafe III.3.a).

<sup>322</sup> Vid. por todos VICENT CHULIÁ, F., *Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal*, en RGD 1993, nº 589-590, pág. 10001, nota 32.

Vid. también LEMA DEVESA, C., *La publicidad engañosa en el moderno Derecho español*, en La Ley 1995-2, pág. 872; este autor propone deslindar la exageración publicitaria partiendo del propio concepto de publicidad engañosa que ofrece el art. 4 de la LGP. Este precepto determina que la publicidad, para ser engañosa, pueda afectar al comportamiento

Además de la capacidad para inducir a error, la Ley exige otro requisito a mayores para que un mensaje publicitario pueda definirse como engañoso: que pueda **afectar al comportamiento económico de sus destinatarios** (lo cual ocurrirá cuando el consumidor, determinado por la publicidad, decida efectuar una disposición patrimonial para adquirir un bien o servicio que realmente no desea), **o que pueda perjudicar a un competidor** (circunstancia que tendrá lugar cuando la oferta del competidor es rechazada por unos consumidores influidos por la publicidad engañosa efectuada por otro oferente en el mercado)<sup>323</sup>.

Merece especial mención el inciso "de cualquier manera, incluida su presentación", ya que permite incluir en el concepto de publicidad engañosa a la llamada **publicidad encubierta**, es decir, una publicidad que en sí es verdadera pero que por su modo de presentación no es posible identificarla como tal publicidad, sino que se presenta como un artículo informativo; y también a la **publicidad estática**,

---

económico de sus destinatarios. Interpretando "a contrario sensu", parece que si la publicidad no es susceptible de afectar a tal comportamiento económico no puede considerarse engañosa; en consecuencia, nos encontraríamos ante una exageración publicitaria lícita.

Vid. a título de ejemplo sobre publicidad exagerada la STS de 24 de febrero de 1997, confirmatoria de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de marzo de 1993, la cual revocaba la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Madrid de 7 de enero de 1992; vid. sobre estas sentencias LEMA DEVESA, C., *La mención de la marca ajena en la publicidad*, en La Ley 1993-4, pág. 922 y ss.

<sup>323</sup> A este respecto, debe destacarse que hubiera sido más acertado basar la publicidad engañosa en el perjuicio del consumidor, sin hacer referencia al perjuicio del competidor. La publicidad engañosa a quien perjudica en primer término es al consumidor, que es su destinatario, y el competidor se ve dañado solamente en segundo término; vid. LEMA DEVESA, *La publicidad engañosa en el moderno Derecho español*, cit., pág. 872. Incluso, se afirma que no es acertado incluir en la definición de publicidad engañosa el requisito en cuestión (susceptibilidad de afectar al comportamiento económico de los consumidores o de perjudicar a un competidor). Así, por ejemplo, existen autores que opinan que la eliminación de tal exigencia (como ocurría en el Anteproyecto de la LGP) permitiría ampliar los contornos de la prohibición de la publicidad engañosa; vid. FERNÁNDEZ-NOVOA Y OTROS, *Anteproyecto de la Ley General de la Publicidad*, Santiago de Compostela 1984, pág. 62-63. En una línea semejante, MADRENAS I BOADAS, C., *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal*, cit., pág. 188-190, considera que el núcleo de la definición de la publicidad engañosa es la "aptitud para inducir a error"; y la afectación del comportamiento económico de los consumidores o el perjuicio del competidor son dos posibilidades que pueden derivarse de la realización del hecho ilícito, pero no son elementos necesarios e imprescindibles para determinar que estamos ante una publicidad engañosa.

aquella realizada mediante objetos o productos presentes en una escena o programa televisivo<sup>324</sup>.

En cuanto a la publicidad encubierta, cabe destacar que era objeto de mayor atención en el derogado Estatuto de la Publicidad, ya que éste recogía expresamente el principio de autenticidad publicitaria, que exige que el consumidor pueda reconocer claramente que el mensaje que está recibiendo es de carácter publicitario. Si bien el contenido de la publicidad no tiene por qué ser falso ni inducir a error, el problema es que el consumidor resulta engañado acerca de la naturaleza del mensaje recibido; esto reviste especial importancia ya que, al creer que se está recibiendo un mensaje no de un anunciante, sino de un tercero imparcial, el público le concede más credibilidad<sup>325</sup>. Esta artimaña para captar más consumidores hace que la publicidad sea ilícita, y puede considerarse como una clase de publicidad engañosa en virtud del mencionado inciso "incluida su presentación"<sup>326</sup>; además, no debemos olvidarnos de

---

<sup>324</sup> Cfr. VICENT CHULIÀ, *Introducción al Derecho mercantil*, cit., pág. 546. BARÓ I BALLBÉ, M.J., *La publicitat il·licita i la defensa dels consumidors*, cit., pág. 164-165, denomina "publicidad de autor" a todas estas variantes de publicidad realizadas en obras de cultura popular tales como películas, teatro, series televisivas, canciones, etc., puesto que se relaciona el producto publicitado con el prestigio de una persona o el éxito de una obra determinada; según esta autora, se trata de una modalidad publicitaria a medio camino entre la publicidad encubierta (puesto que el público no indentifica que está realmente ante un mensaje publicitario) y la publicidad subliminal (ya que el receptor, que en principio sólo pretende disfrutar de una canción, el cine o la televisión, asimila sin darse cuenta los contenidos publicitarios inmersos en la obra que está viendo u oyendo). A esta "publicidad de autor" o estática se asemeja la denominada publicidad testimonial: consiste en la emisión de declaraciones por parte de personajes famosos, expertos o incluso consumidores, en las cuales se incita a adquirir un bien o servicio aportando como argumento los conocimientos específicos propios o la experiencia tras el uso de aquello que anuncia. En estos casos de publicidad testimonial no se está engañando sobre la naturaleza publicitaria del mensaje emitido, pero puede resultar engañosa cuando los testimonios emitidos, a los cuales el público les suele conceder una gran credibilidad, no provienen de la experiencia o de los conocimientos propios del hablante en el anuncio (vid. pág. 165 y 180 y ss.).

<sup>325</sup> Cfr. PINO ABAD, M., *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria...*, cit., pág. 81-82. Vid. sobre los supuestos en que se realiza publicidad encubierta y sobre el fundamento de su prohibición, FERNÁNDEZ-NOVOA, C., *La publicidad encubierta*, en *Estudios de Derecho de la Publicidad*, Santiago de Compostela 1989, pág. 189-202.

<sup>326</sup> Si bien esta redacción del texto legal nos lleva a considerar la publicidad encubierta como una subespecie de publicidad engañosa, podrían considerarse como dos casos independientes de ilicitud publicitaria: la publicidad engañosa consituye un engaño sobre el

que el art. 11 de la LGP establece la obligación de los anunciantes y los medios de difusión de manifestar inequívocamente cuándo un mensaje tiene carácter publicitario<sup>327</sup>.

El segundo párrafo del art. 4 recoge la **publicidad engañosa por silencio u omisión**. En este tipo de publicidad se exige una efectiva inducción a error de los destinatarios, error que derivará de la omisión de datos fundamentales de los bienes o servicios anunciados. Si comparamos lo que se entiende por publicidad engañosa por omisión con la definición general de publicidad engañosa, obtenemos que el primer concepto es mucho más restringido que el segundo. Esto es fácilmente comprensible si tenemos en cuenta que un concepto muy amplio de publicidad engañosa por omisión presupondría la existencia de un extensísimo deber de información por parte del anunciante, de modo que se podría llegar a decir que un mensaje publicitario es engañoso simplemente por omitir cualquier detalle mínimo sobre el bien o servicio que se anuncia. Por esta razón, la doctrina ha juzgado adecuado limitar la publicidad engañosa por silencio u omisión a los supuestos en que se induce a error al consumidor por ocultar datos fundamentales del producto o servicio anunciados<sup>328</sup>.

---

contenido del mensaje, lesionando así el principio de veracidad publicitaria, mientras que la publicidad encubierta se trata de un engaño sobre el continente, que lesiona el principio de autenticidad publicitaria; vid. PINO ABAD, op. cit., pág. 83-84; diferencia también el engaño sobre continente y contenido de la publicidad BARÓ I BALLBÉ, M.J., *La publicitat il·licita...*, pág. 162-164.

<sup>327</sup> Es conveniente siquiera mencionar una modalidad publicitaria que en determinados supuestos puede constituir publicidad engañosa; se trata de la "publicidad de tono excluyente", que se ha definido como "toda alegación con un contenido informativo y comprobable que es tomada en serio por el público al que se dirige o alcanza; y a través de la cual se manifiesta que la empresa, producto o servicio anunciados ocupan la posición preeminente en el mercado, posición que no es alcanzada por ningún competidor o, en su caso, por un círculo limitado de competidores"; vid. LEMA DEVESA, C., *La publicidad de tono excluyente*, Servicio de Publicaciones Fundación Pedro Barrié de la Maza, Madrid 1980, pág. 422. Como afirma TATO PLAZA, A., *La publicidad ilícita en la Jurisprudencia y en la doctrina del Jurado de Publicidad*, cit., pág. 19-20, esta modalidad publicitaria será ilícita por su carácter engañoso cuando las alegaciones de tono excluyente no estén apoyadas en hechos ciertos y demostrados que sirvan de fundamento lógico y razonable a la mencionada alegación excluyente.

<sup>328</sup> Cfr. FERNÁNDEZ NOVOA Y OTROS, *Anteproyecto de la Ley General de la*



c) *Publicidad desleal*

Aparece descrita en el art. 6 de la LGP del siguiente modo:

a) "La que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades".

El apartado a) de este artículo recoge la llamada **publicidad denigratoria**. Lo que se prohíbe es emplear como artificio publicitario expresiones que desacrediten a otra persona, a otra empresa o a las prestaciones que ofrecen. Es importante poner de relieve que no se exige que las manifestaciones publicitarias sean falsas; aunque el mensaje sea completamente cierto, será considerado desleal si llega a constituir un descrédito o un menosprecio<sup>329</sup>.

b) "La que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones y, en general, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles".

---

*Publicidad*, cit., pág. 66-67; de la misma opinión, aunque refiriéndose al derogado Estatuto de la Publicidad, LEMA DEVESA, C., *La publicidad de tono excluyente*, cit., pág. 465. Vid. un caso de publicidad engañosa por omisión en la sentencia de 4 de mayo de 1995 del Juzgado de Primera Instancia nº 51 de Madrid, confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de octubre de 1996; vid. sobre estas sentencias TATO PLAZA, A., *La publicidad ilícita en la jurisprudencia y en la doctrina del Jurado de la Publicidad*, cit., pág. 25; del mismo, *Primeras aproximaciones de la jurisprudencia española a la figura de la publicidad engañosa por omisión: el caso Barclays*, en RGD 1996, nº 625-626, pág. 11749 y ss.

Vid. diversas sentencias sobre publicidad engañosa comentadas por LEMA DEVESA, C., en *La publicidad engañosa en el moderno Derecho español*, cit., pág. 874 y ss.

<sup>329</sup> Vid. CORREDOIRA Y ALFONSO, L., *Comentarios a la Ley de Publicidad*, Bosch 1993, pág. 48; LEMA DEVESA, C., *La mención de la marca ajena en la publicidad*, cit., pág. 920 y ss; FERNÁNDEZ NOVOA Y OTROS, *Anteproyecto de LGP*, cit., pág. 49-50.

Por una parte, este apartado b) prohíbe la llamada **confusión publicitaria**, es decir, aquella publicidad expresada de tal manera que induce a confusión a sus destinatarios, de modo que pueden captar erróneamente la procedencia de las prestaciones ofrecidas<sup>330</sup>. En segundo lugar, se prohíbe la **publicidad adhesiva**, esto es, aquella en la que el anunciante se identifica con las ventajas y cualidades de una prestación ajena, aprovechándose del prestigio conseguido por esta última<sup>331</sup>. Por último, el precepto establece como norma general la prohibición de toda publicidad contraria a la corrección y los buenos usos mercantiles: ésta sería la llamada *publicidad parasitaria*, que consistiría principalmente en mencionar en la publicidad propia una prestación ajena, apoyándose en el prestigio de esta última para lograr beneficio propio<sup>332</sup>.

c) "La **publicidad comparativa** cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos, o de limitada participación en el mercado".

La publicidad comparativa es aquella "en la que el empresario anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores identificados o

---

<sup>330</sup> Vid. LEMA DEVESA, C., *La mención de la marca...*, cit., pág. 918.

<sup>331</sup> Vid. OTERO LASTRES, J.M., *La publicidad comparativa: ¿licitud o ilicitud?*, en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, Tomo I (Introducción y títulos-valores), Civitas 1996, pág. 940; y TATO PLAZA, A., *La publicidad comparativa*, Marcial Pons 1996, pág. 45.

<sup>332</sup> Cfr. CARTAGENA PASTOR, F., *Publicidad ilícita y delito de publicidad engañosa*, cit., pág. 1525. Como manifiestan algunos autores, las expresiones "normas de corrección" y "buenos usos mercantiles" no resultan adecuadas debido a la imprecisión de su contenido: la primera de ellas no presenta raigambre en nuestro ordenamiento, y la segunda alude solamente a las normas éticas que se desarrollen en el ámbito de las relaciones entre los propios comerciantes o empresarios. Por ello, resultaban más idóneas las expresiones adoptadas en el Anteproyecto de Ley General de Publicidad ("buenas costumbres", "usos profesionales" y "orden público"), que cuentan con más tradición en nuestro ordenamiento y permiten tomar en consideración los diversos intereses presentes en el mercado. Vid. al respecto FERNÁNDEZ NOVOA Y OTROS, *Anteproyecto...*, cit., pág. 44; MADRENAS I BOADAS, C., *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal*, cit., pág. 91.

inequívocamente identificables, con el resultado, directo o indirecto, de resaltar las ventajas de los propios productos o servicios frente a los ajenos"<sup>333</sup>. Del art. 6.c) de la LGP se deduce que determinada publicidad comparativa es lícita, siempre que reúna los siguientes requisitos: que la comparación verse sobre características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios; que las prestaciones comparadas sean similares y conocidas; y que además tengan una cuota de mercado importante<sup>334</sup>.

#### d) *Publicidad subliminal*

Según el art. 7 de la LGP, se considera publicidad subliminal "la 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 percibida." Se trata de una modalidad publicitaria especialmente grave puesto que intenta determinar la conducta de las personas mediante procedimientos que escapan al control de su razón; se actúa directamente sobre el subconsciente para provocar una serie de estímulos que le inciten a consumir un

---

<sup>333</sup> Cfr. TATO PLAZA, A., *La publicidad comparativa*, cit., pág. 41. Debe tenerse en cuenta que se apartan del concepto de publicidad comparativa los llamados "test de mercaderías" o "pruebas comparativas". Éstos también consisten en una confrontación entre prestaciones ofrecidas por distintos sujetos, pero se diferencian de la publicidad comparativa en que no es el propio anunciante, sino un tercero imparcial, el que realiza la comparación; por lo tanto, estos "test de mercaderías" son lícitos, siempre que sean objetivos y no infrinjan ninguna otra normativa (de todos modos, debe resaltarse que si un anunciante incluye en su publicidad un test que recoge sus propias mercaderías, entonces sí que se podrá hablar de publicidad comparativa). Tampoco entra en el concepto de publicidad comparativa la denominada "comparación publicitaria de sistemas", en la cual el anunciante no compara sus prestaciones con las de un tercero, sino que compara su sistema económico o técnico de producción con otros sistemas existentes. Vid. OTERO LASTRES, J.M., *La publicidad comparativa, ¿licitud o ilicitud?*, cit., pág. 939-940; y TATO PLAZA, op. cit., pág. 62 y ss.

<sup>334</sup> Como manifiesta FERNÁNDEZ NÓVOA, C., *La publicidad comparativa*, en Estudios de Derecho de la Publicidad, cit., pág. 226-229, el fundamento de la licitud de la publicidad comparativa se halla en la primacía que ostenta el interés de los consumidores en obtener una adecuada información a través de la publicidad.

determinado producto o servicio, sin que el sujeto perciba el desarrollo de este procedimiento<sup>335</sup>.

d) *Publicidad que infringe la normativa reguladora de la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios*

En este último apartado se hace referencia a determinados bienes o servicios que poseen una normativa reguladora específica, la cual incluye unas exigencias particulares a la hora de confeccionar su publicidad; se trata básicamente de aquellos a que se refiere el art. 8 de la propia LGP: materiales o productos sanitarios y aquellos otros sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias; productos y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas o de su patrimonio; juegos de suerte, envite o azar; tabaco y bebidas alcohólicas.

En conclusión, siempre que la publicidad de un producto o servicio esté regulada por normativa específica, será obligatorio cumplir las exigencias previstas en estas normas sectoriales; como establece el ap. 6 de este art. 8, el incumplimiento de estas disposiciones tendrá consideración de infracción a los efectos previstos en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (el art. 34.6 de esta última ley considera como infracción de consumo "el incumplimiento de las normas relativas a registro, normalización o tipificación, etiquetado, envasado y publicidad de bienes y servicios")<sup>336</sup>.

---

<sup>335</sup> Cfr. PINO ABAD, M., *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria...*, cit., pág. 75-76.

<sup>336</sup> A título de ejemplo de esta normativa de carácter sectorial pueden citarse el R.D. 212/1992, de 6 de marzo, por el que se aprueba la norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios, el R.D. 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano, o el R.D. 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria. Vid. una recopilación de esta normativa sectorial en LEMA DEVESA, C., / GÓMEZ MONTERO, J., *Código de Publicidad*, Marcial Pons, Madrid 1999.

## 2. Acciones de cesación y rectificación en la Ley General de Publicidad

La LGP contempla solamente dos clases de acciones contra la publicidad ilícita: la de cesación y la de rectificación. Previamente al ejercicio de tales acciones, el art. 25 de la LGP establece la **obligación de solicitar al propio anunciante que haga cesar la publicidad ilícita o que la rectifique**, concediéndose la legitimación para efectuar esta solicitud a "los órganos administrativos competentes, las asociaciones de consumidores y usuarios, las personas naturales o jurídicas que resulten afectadas y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo"<sup>337</sup>.

En los casos en que el anunciante responda con una negativa expresa, o guarde silencio, o no haya procedido a cesar o rectificar la publicidad en el plazo previsto, los sujetos solicitantes podrán **demandar la cesación o rectificación de la publicidad ante el Juez** (art. 28 de la LGP)<sup>338</sup>. El art. 31 de la Ley determina los pronunciamientos que deberá contener la sentencia estimatoria de la demanda, y que serán uno o varios de los siguientes<sup>339</sup>:

- conceder al anunciante un plazo para *suprimir* los elementos ilícitos de la publicidad,

---

<sup>337</sup> Como manifiesta LORCA NAVARRETE, A.M., *Cuestiones procesales relativas a la publicidad ilícita*, en La Ley 1989-1, pág. 1094-1095, la regulación de la LGP resulta innecesariamente reiterativa, ya que prevé dos trámites separados (si bien son sustancialmente idénticos) para solicitar la cesación o la rectificación, cuando lo más adecuado hubiera sido permitir que la solicitud persiguiese ambas finalidades a la vez, estableciendo un trámite único y más simplificado.

<sup>338</sup> La nueva Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero, ha derogado expresamente los arts. 29, 30 y 33 de la LGP (DD única, ap. 2, nº 12), de modo que los procedimientos previstos en esta LGP se tramitarán conforme a las reglas del procedimiento declarativo ordinario de la LEC; cfr. MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., *Derechos de los consumidores y usuarios*, cit., pág. 149.

<sup>339</sup> Vid. un amplio estudio en esta materia en BARONA VILAR, S., *Tutela civil y penal de la publicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pág. 66-132 y 213-290.

- ordenar su *cesación* o prohibición definitiva<sup>340</sup>,
- ordenar la *publicación total o parcial de la sentencia* a costa del anunciante,
- exigir la difusión de la *publicidad correctora*, cuando la gravedad del caso lo requiera y siempre que pueda contribuir a reparar los efectos de la publicidad ilícita<sup>341</sup>.

### III. LA 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, con el objetivo de impedir que el derecho a 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 empresarios como consumidores<sup>342</sup>. De las Disposiciones generales de la Ley

---

<sup>340</sup> En la práctica, la excesiva prolongación en el tiempo de un proceso ante los Tribunales hará inviable la aplicación de estos dos primeros pronunciamientos, ya que probablemente la campaña publicitaria habrá concluido antes de que se dicte la sentencia; cfr. CORREDOIRA Y ALFONSO, L., *Comentarios a la Ley de Publicidad*, cit., pág. 107.

<sup>341</sup> Si bien la publicidad correctora aparece como una medida sumamente grave para el anunciante, resulta una figura realmente útil porque resuelve el problema de los "efectos residuales de la publicidad engañosa": aunque el anunciante haya sido obligado a dejar de emitir su publicidad, en la mayoría de los casos esta solución apenas tiene efectividad, ya que la publicidad seguirá influyendo en los consumidores porque éstos retienen en su mente el mensaje publicitario falso; vid. VÁZQUEZ CUETO, J.C., *La publicidad correctora: un modelo americano adoptado por la Ley General de Publicidad*, en *La Ley 1992-2*, pág. 934 y ss; PINO ABAD, M., *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria...*, cit., pág. 141; FERNÁNDEZ-NOVOA, C., *La regulación de la publicidad engañosa y desleal en la CEE*, en *Estudios de Derecho de la Publicidad*, cit., pág. 274-282.

<sup>342</sup> Cfr. MIRANDA SERRANO, L.M., en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores* (Botana García, G. / Ruiz Muñoz, M., coord.), McGrawHill, Madrid 1999,

se deduce que será acto de competencia desleal cualquier comportamiento de los empresarios o de otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado español, siempre que tenga carácter concurrencial (es decir, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero) y que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

Hasta esa fecha, la competencia desleal venía siendo regulada por algunos preceptos, excesivamente concisos, de la Ley de Marcas 32/1988, de 10 de noviembre; por lo tanto, al entrar en vigor, la LCD deroga dichos preceptos de la Ley de Marcas. Si repasamos el concepto de competencia desleal que se acaba de ofrecer, obtendremos que la publicidad ilícita también puede constituir un acto de competencia desleal (en efecto, es un comportamiento de un participante en el mercado y resulta objetivamente contrario a la buena fe); por lo tanto, nos encontraremos con la conclusión de que contra la publicidad ilícita no sólo se pueden ejercitar las acciones previstas en la LGP, sino que, al considerarla como un acto de competencia desleal, también cabrían contra ella las acciones recogidas en la LCD<sup>343</sup>.

---

pág. 58.

<sup>343</sup> VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, cit., pág. 540, 542-543 y 547, y *Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal*, cit., pág. 9993, nota 24, considera que debe interpretarse que la LCD ha derogado casi totalmente la LGP, ya que procede a regular la publicidad dotándola de una mayor protección material y procesal. La opinión de este autor es que entre ambas leyes existe un concurso de normas, de modo que si se presenta una pretensión basada en la LGP, los Tribunales podrán satisfacerla basándose en la LCD si ésta es más favorable, apoyándose para esto en el principio "iura novit Curia"; vid. en este mismo sentido, BARONA VILAR, S., *Tutela civil y penal de la publicidad*, cit., pág. 283 y ss.

Por otro lado, tenemos la opinión de TATO PLAZA, A., *La publicidad comparativa*, cit., pág. 217, el cual considera que no existe tal derogación de la LGP por parte de la LCD, sino que solamente cabe apreciar el mencionado concurso de normas, que se podría resolver concediendo un derecho de opción a favor del perjudicado: éste podría elegir entre el ejercicio de la acción por publicidad ilícita o la acción por competencia desleal, o incluso podría acumular ambas en una misma demanda; vid. también a favor de esta posibilidad de acumulación de acciones PINO ABAD, M., en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, cit., pág. 82. Vid., por el contrario, en contra de tal acumulación, OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, J.J., *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi 1994, pág. 117-121, autor que ante este problema propone delimitar minuciosamente el concepto de publicidad acogido en la LGP, y aplicar preferentemente esta Ley, como norma especial, a los supuestos en que la ilicitud se haya producido en el ámbito

## 1. Competencia desleal por medio de la publicidad

Aparte de que, como se ha dicho, la publicidad ilícita cabe en el concepto general de acto de competencia desleal, también podría incardinarse en alguna de las cláusulas especiales que recoge la LCD (arts. 6 a 17) en las que especifica actos concretos de competencia desleal. A continuación se hace una simple enumeración de tales actos desleales.

### *a) Actos de confusión, imitación y parasitarios*

La LCD sanciona los actos que van dirigidos contra "el derecho básico a la autoafirmación de todo competidor en el mercado"<sup>344</sup>.

Por un lado se encuentran los actos de confusión que, según el art. 6, son aquellos comportamientos idóneos para crear confusión con la actividad, las prestaciones o establecimiento ajenos, bastando el riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación para que tal acto sea considerado desleal. Por otro lado, están los actos de imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas, que serán desleales cuando tengan idoneidad para

---

de tal noción de publicidad; vid. pág. 101 y ss. Vid. en este mismo autor, pág. 105 y ss., una panorámica de diferentes opiniones doctrinales en torno a la relación entre la LGP y la LCD.

Existen, por último, algunos autores que consideran que la LCD no era necesaria, toda vez que la materia por ella regulada ya estaba disciplinada por la Ley de Marcas y por la LGP; cfr. OTERO LASTRES, J.M., *La nueva Ley sobre Competencia Desleal*, en *La Ley* 1991-4, pág. 1066; LEMA DEVESA, C., *La publicidad desleal: modalidades y problemas*, cit., pág. 6150.

<sup>344</sup> Cfr. VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, cit., pág. 533.



generar el ya mencionado riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación recibida o comporten un aprovechamiento indebido de la reputación ajena, y cuando obstaculicen la afirmación del competidor en el mercado (art. 11 LCD). Por último, el art. 12 regula los actos de competencia parasitaria, es decir, aquellos que aprovechen indebidamente las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

b) *Actos de engaño*

El art. 7 de la LCD prohíbe los actos de engaño, que son definidos como "la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas".

Como se puede apreciar, la definición de actos de engaño contenida en esta Ley difiere en algunos aspectos de la configuración de la publicidad engañosa en la LGP, circunstancia que ha sido objeto de crítica por algunos autores. Así, Fernández Novoa critica que la LCD exija la incorrección o falsedad del mensaje difundido, puesto que el peso específico del acto de engaño se encuentra ya sin más en la susceptibilidad de inducir a error a los consumidores; según este autor se definen así los actos de engaño de forma muy restrictiva. Por el contrario, la definición del engaño por omisión resultaría demasiado amplia, puesto que se refiere simplemente a la omisión de indicaciones verdaderas, sin exigir la esencialidad de las mismas en el conjunto del mensaje, con lo cual podría llegar a castigarse como acto de engaño la omisión de cualquier dato, incluso irrelevante, de un bien o servicio<sup>345</sup>.

---

<sup>345</sup> Cfr. FERNÁNDEZ NOVOA, C., *Reflexiones preliminares sobre la Ley de Competencia Desleal*, en *La Ley* 1991-2, pág. 1180.

c) *Publicidad en especie o promoción de ventas*

El art. 8 de la LCD regula la promoción de ventas mediante obsequios (ofrecidos sin necesidad de que su destinatario adquiriera la prestación promocionada), y las ventajas o primas (mejoras temporales en la oferta de la prestación principal, que son concedidas si se adquiere ésta). Estas formas de publicidad u ofertas presentan la particularidad de que no informan sólo de las características de la prestación, sino que además informan sobre las ventajas especiales que se pueden obtener al adquirir el producto o servicio ofrecidos. Este precepto de la LCD se ocupa de establecer cuándo la información sobre tales ventajas adicionales constituye un acto de competencia desleal: se consideran desleales los obsequios cuando ponen al consumidor en el compromiso (moral o psicológico) de contratar la prestación ofrecida; y las ventajas o primas son a su vez desleales cuando inducen a error al consumidor acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento, o cuando dificultan la apreciación del valor efectivo de la oferta o su comparación con ofertas alternativas.

d) *Actos de denigración*

El art. 9 considera actos de competencia desleal las "manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes". Nos encontramos de nuevo con la *publicidad denigratoria*, que ya aparecía regulada en el art. 6 de la LGP como una modalidad de la publicidad desleal. Sin embargo, cabe resaltar algunas diferencias importantes entre ambas regulaciones.

En primer lugar, a diferencia de la LGP, la LCD exige que las alegaciones denigratorias sean también falsas. Esto se deduce del inciso final del art. 9 de la LCD: tras prohibir las manifestaciones publicitarias denigratorias, exceptúa del

ámbito de prohibición aquellas manifestaciones que sean exactas, verdaderas y pertinentes. Por lo tanto, la LCD reconoce la "exceptio veritatis", de modo que si se prueba la veracidad y pertinencia de las declaraciones efectuadas, ya no podrán considerarse ilícitas<sup>346</sup>. En segundo lugar, existe otra diferencia en el texto literal de ambas leyes: mientras que la LGP exige que las declaraciones provoquen efectivamente el descrédito del competidor, la LCD se contenta con exigir que sean aptas para producir tal menosprecio.

#### e) *Actos de comparación*

El art. 10 de la LCD considera desleal "la comparación pública de la actividad, las prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero cuando aquélla se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables". Esta regulación de la *publicidad comparativa* es menos rigurosa que la precedente normativa contenida en la Ley General de Publicidad<sup>347</sup>, por dos razones: por un lado, la LCD amplía los objetos de la comparación, añadiendo la posibilidad de que haya publicidad comparativa entre actividades, prestaciones y establecimientos; por otro lado, se admite tal publicidad no sólo entre ofertas o

---

<sup>346</sup> Algún autor, efectuando una interpretación integradora o unidireccional de las conductas denigratorias prohibidas por los art. 9 de la LCD y 6 de la LGP, admite que la "exceptio veritatis" reconocida por la LCD se acepte también en el ámbito de la anterior LGP; vid. TAPIA HERMIDA, A.J., *Publicidad comparativa denigratoria y "exceptio veritatis"* (A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de septiembre de 1996), en RGD 1997, nº 639, pág. 14357. Vid. también TATO PLAZA, A., *La publicidad ilícita en la jurisprudencia y en la doctrina del Jurado de la Publicidad*, en cit., nº 27, pág. 26. Siguiendo a PINO ABAD, M., *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria...*, cit., pág. 70, nota 172, se puede afirmar que "lo que el Derecho debe prohibir no es revelar actos o circunstancias poco gratificantes, sino aprovecharse de éstas para obtener una posición de ventaja personal"; por lo tanto, tiene pleno sentido admitir la "exceptio veritatis" y aceptar la licitud de un mensaje publicitario en principio denigratorio si se demuestra que las declaraciones efectuadas son verdaderas (el autor citado, pág. 69-70, partiendo de que en la LGP no se admite la "exceptio veritatis", cree necesario que para considerar un mensaje verdadero como denigratorio, debería probarse la intencionalidad de su autor de causar efectivamente un descrédito, denigración o menosprecio).

<sup>347</sup> Vid. supra epígrafe II.1.c).

establecimientos propios y ajenos, sino también entre los ajenos y los de un tercero<sup>348</sup>.

## 2. Acciones ejercitables contra los actos de competencia desleal

Como se acaba de comprobar, existen numerosos supuestos de publicidad ilícita que pueden ser definidos como actos de competencia desleal; por lo tanto, cabrá ejercitar en tales supuestos cualquiera de las acciones civiles reconocidas en el art. 18 de la LCD. Las acciones previstas son:

1- Acción *declarativa* de la deslealtad del acto, si aún se está produciendo.

2- Acción de *prohibición de la publicidad*, si ésta aún no ha comenzado a difundirse; y acción de *cesación* de la publicidad si ya ha sido dada a conocer al público.

3- Acción de *remoción de los efectos* producidos por el acto<sup>349</sup>.

4- Acción de *rectificación* de las informaciones engañosas.

5- Acción de *resarcimiento* de los daños y perjuicios ocasionados por el acto.

6- Acción de *enriquecimiento injusto*, que sólo procederá cuando el acto lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

Según el art. 19 de esta Ley, está **legitimada** activamente para ejercitar las cinco primeras acciones cualquier persona cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto desleal, mientras que la acción

---

<sup>348</sup> Vid. OTERO LASTRES, J.M., *La publicidad comparativa: ¿licitud o ilicitud?*, cit., pág. 944 y ss.

<sup>349</sup> Ocurre aquí lo mismo que se aducía con respecto a las acciones previstas en la LGP: dada la lentitud de los procesos judiciales y la rapidez con que evolucionan las campañas publicitarias, generalmente carecerá de eficacia obtener un pronunciamiento judicial que imponga la cesación o la remoción del acto desleal; vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *La competencia desleal*, en *Derecho de los Negocios* 1992, n° 20, pág. 11-12.

de enriquecimiento injusto sólo podrá ser ejercitada por el titular de la posición jurídica violada. Asimismo, las cuatro primeras acciones también podrán ejercitarse por las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos cuando resulten afectados los intereses de sus miembros, y por las asociaciones que tengan por finalidad la protección del consumidor (en este último caso, se exige que el acto desleal haya afectado directamente a los intereses de los consumidores)<sup>350</sup>. La legitimación pasiva se regula con gran amplitud en el art. 20 de la Ley, estableciendo que las acciones anteriormente enumeradas "podrán ejercitarse contra cualquier persona que hay realizado u ordenado el acto de competencia desleal o haya cooperado a su realización"; de este modo, en el marco de esta Ley estarían pasivamente legitimadas las Agencias de Publicidad, que no pueden ser demandadas con base en la LGP ya que esta última sólo reconoce la legitimación pasiva del anunciante.

#### IV. LA LEY 26/1984, DE 19 DE JULIO, GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS.

##### EL JURADO DE LA ASOCIACIÓN DE AUTOCONTROL DE LA PUBLICIDAD.

Como indica su Exposición de Motivos, la Ley 26/84, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios fue promulgada con el objeto de dar cumplimiento al mandato del art. 51 de la Constitución, el cual establece que los poderes públicos han de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios. A tal efecto, la Ley comienza declarando los derechos de los consumidores, los principios

---

<sup>350</sup> Vid. un estudio pormenorizado de estas acciones, con referencias jurisprudenciales, en BARONA VILAR, S., *Competencia desleal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pág. 99 y ss.

que deben regir la protección de sus intereses, y los procedimientos adecuados para conseguir una eficaz defensa de los mismos.

En el tema que nos ocupa, hay que hacer referencia a los apartados a), b) y d) del art. 2 de la LGDCU, precepto que establece los derechos básicos de los consumidores y usuarios. Los tres apartados citados reconocen dentro de tales derechos: "a) La protección contra los riesgos que puedan afectar a su salud o seguridad; b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; d) La información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute."<sup>351</sup> Estos tres derechos de los consumidores y usuarios plantean especiales exigencias en el ámbito de la publicidad, fundamentando el principio de veracidad que debe regir la actividad publicitaria.

El art. 2.d) de la LGDCU exige que los consumidores reciban una **información correcta** sobre los productos o servicios ofrecidos en el mercado: lógicamente la protección del consumidor comienza por exigir que los mensajes que le son ofrecidos no contengan ningún dato falso, puesto que sólo si partimos de la existencia de una información veraz se podrá salvaguardar el derecho de libre elección de los consumidores en el mercado. Esta exigencia se plasma de forma más específica en el art. 13 de la LGDCU, en cuyo ap. 1 se establece que "los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales", disponiendo además el ap. 2 que "las exigencias concretas en esta materia se determinarán en los Reglamentos de etiquetado, presentación y publicidad de los productos o servicios, en las reglamentaciones o normativas especiales aplicables en cada caso, para garantizar siempre el derecho de los consumidores a una información cierta, veraz y objetiva".

Los otros dos derechos mencionados (*protección de la salud, la seguridad, y los intereses económicos y sociales de los consumidores*) también implican la

---

<sup>351</sup> Estos derechos vienen reconocidos, casi en idéntica expresión, en el art. 2 del Estatuto Galego do Consumidor e Usuario (Lei 12/1984, do 28 de decembro).

exigencia de ofrecer a los consumidores una información correcta; es evidente que el mejor (y el primer) modo de proteger tales intereses del consumidor es la difusión de una publicidad veraz, que contenga todos los datos referidos al producto o servicio ofrecido: características esenciales, composición, posibles efectos secundarios o riesgos para la salud, precio especificado en su totalidad, etc. De este modo, al recibir el consumidor una información exhaustiva sobre la prestación, puede elegir aquello que más se ajuste a sus posibilidades económicas, rechazar aquello que percibe como especialmente peligroso para su salud, etc<sup>352</sup>.

Otra de las disposiciones de la LGDCU que revisten importancia en relación con la actividad publicitaria es el art. 8, que establece lo siguiente: "1. La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad. 3. La oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios, será perseguida y sancionada como fraude. Las asociaciones de consumidores y usuarios, constituidas de acuerdo con lo establecido en esta Ley, estarán legitimadas para iniciar e intervenir en los procedimientos administrativos tendentes a hacerla cesar."

La Ley pretende tutelar al consumidor en este ámbito desde dos puntos de vista: por una parte, mediante una protección de carácter preventivo, exigiendo que la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios se ajusten a

---

<sup>352</sup> Vid. sobre este deber de información precontractual en los contratos celebrados con consumidores, GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *Introducción al Derecho de los títulos-valores y de las obligaciones mercantiles*, cit., Tomo II, pág. 207-211.

su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad (es decir, prohibiendo la difusión de publicidad engañosa con el objeto de impedir que los consumidores incurran en un error); y por otra parte, intentando reparar los efectos dañosos ya producidos por la publicidad (es decir, regulando los efectos indemnizatorios o contractuales que se derivan de la publicidad).

En lo que se refiere a la **protección de carácter preventivo**, del art. 8.1 de la LGDCU se deduce el establecimiento del **principio de veracidad en la oferta, promoción y publicidad de los productos y servicios**, puesto que la redacción legal manifiesta que “se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad”<sup>353</sup>. Sin embargo, a pesar de que esta disposición supone una prohibición general de la publicidad engañosa, la Ley no ofrece una definición de esta última, de modo que habrá que acudir a la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, cuyo art. 4 establece que “es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor”<sup>354</sup>.

La **protección de carácter indemnizatorio o contractual** que otorga la LGDCU frente a la publicidad engañosa se puede deducir del primer apartado de su art. 8, cuando dice que “las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las

---

<sup>353</sup> Tal previsión legal parece indicar, en principio, que toda actividad promocional o publicitaria debe tener un contenido mínimo forzoso: una información veraz al consumidor sobre las características esenciales del producto o servicio presentados. Sin embargo, tampoco tiene por qué considerarse estrictamente obligatoria la presencia de tal información en la promoción o publicidad de un producto o servicio; aunque el oferente no manifestase esa información básica en esta fase previa al contrato, el consumidor podría de igual modo exigir, tal y como prevé el propio art. 8 de la LGDCU, las prestaciones propias de cada producto o servicio; cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, en Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores, cit., pág. 181-182; MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., *Derechos de los consumidores y usuarios*, cit., pág. 137-138.

<sup>354</sup> Vid. sobre la regulación de la publicidad engañosa en la LGP, y también en la LCD, supra epígrafe II.1.b) y 2, y epígrafe III.1.b) y 2.



condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento comprobante recibido". Se trata con esta previsión legal de reparar los efectos dañosos ya producidos por la publicidad engañosa, es decir, proteger al consumidor que ya ha adquirido el producto o servicio anunciados y que finalmente no satisface las expectativas generadas por el mensaje publicitario. La solución que adopta la LGDCU es la de conceder relevancia contractual a la publicidad, es decir, se faculta al consumidor para exigir el cumplimiento de todo aquello que se ha manifestado en el mensaje publicitario, aunque luego no se recoja expresamente en el contrato de adquisición del bien o servicio.

La doctrina ha intentado ofrecer diversos fundamentos para justificar la concesión de relevancia contractual a la publicidad<sup>355</sup>, y entre todos ellos podemos destacar la denominada "integración publicitaria del contrato".

El fenómeno de la **integración publicitaria del contrato** es el que aparece reflejado en el art. 8 de la LGDCU<sup>356</sup>. Este precepto establece la vinculación de un oferente a todo lo que ha manifestado en la publicidad de sus productos o servicios aunque los extremos que aparecen en la publicidad no se recojan posteriormente en el contrato con el consumidor, a no ser que éste resulte más beneficiado por las nuevas condiciones estipuladas en el momento de contratar. El efecto que produce esta norma es el de dar una dimensión contractual o negocial a la publicidad, es decir, el mensaje publicitario cumple la misma función que una oferta contractual, de tal

---

<sup>355</sup> Vid. PASQUAU LIAÑO, M., en *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, cit., pág. 155-164; FERNÁNDEZ GIMÉNEZ, J.P., *Nociones básicas de Derecho de consumo*, cit., pág. 113 y ss.

<sup>356</sup> Merece destacarse que la integración publicitaria del contrato está prevista en otras normas con el fin de proteger al consumidor: así, por ejemplo, en la Ley 50/1980 del contrato de seguro y en el Real Decreto 515/1989 sobre protección del consumidor en compraventa y arrendamiento de viviendas; además, también se ha recogido en la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (vid. sobre los perfiles de este mecanismo en la Directiva, AVILÉS GARCÍA, J., *Derechos de los consumidores y usuarios*, cit., pág. 648 y ss.).

modo que, como toda oferta, cuando sea aceptada vinculará a su emitente en los mismos términos en que se efectuó.

En realidad, siguiendo la teoría general de las obligaciones y contratos, las manifestaciones publicitarias no tendrían por qué constituir siempre auténticas ofertas contractuales; serían tales ofertas de contrato en los supuestos en que cumplieren todos los requisitos exigibles a las mismas y, en los demás casos, serían simples "invitaciones ad offerendum". Sin embargo, ante la necesidad de ofrecer una protección eficaz a los consumidores, el legislador establece en todo caso la consideración de las afirmaciones vertidas en la publicidad como una auténtica oferta contractual<sup>357</sup>.

El fundamento que lleva a incluir este contenido dentro de la "lex contractus" es que la oferta de un producto dada a conocer al público constituye una manifestación de la autonomía de la voluntad de un sujeto que desea la contratación de sus bienes o servicios y, dado que se produce una difusión entre el público de tal mensaje, las exigencias de la buena fe y de la confianza en el tráfico mercantil conducen a fundamentar la fuerza vinculante de tales mensajes<sup>358</sup>. Ciertamente, sin la previsión del mecanismo de la integración publicitaria el consumidor se encuentra totalmente indefenso frente al incumplimiento de lo anunciado en la publicidad, ya que ésta casi nunca llega a constituir una auténtica oferta de contrato: efectivamente, raras veces un mensaje publicitario constituye una "declaración de voluntad, encaminada a la perfección de un contrato y comprensiva de los elementos esenciales del mismo", que vincula en todos sus extremos con la mera aceptación del destinatario<sup>359</sup>.

Lo más corriente es que la publicidad constituya una simple "invitatio ad offerendum", es decir, una invitación al público para que sea él quien formule una oferta de adquisición del bien o servicio anunciados, y que por lo tanto no vincula en

---

<sup>357</sup> Vid. sobre esta integración publicitaria del contrato GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *Introducción al Derecho de los títulos-valores...*, cit., Tomo II, pág. 213-214; GÓMEZ CALERO, J., en *Derecho mercantil I* (Jiménez Sánchez, G.J., coord.), cit., pág. 247.

<sup>358</sup> Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, op. cit., pág. 214.

<sup>359</sup> Definición de oferta contractual que da GÓMEZ CALERO, op. cit., pág. 222.

principio al emisor de la publicidad<sup>360</sup>. La previsión del art. 8 de la LGDCU supone, consecuentemente, un eficaz instrumento de protección del consumidor frente a los engaños en la publicidad, ya que convierte en la práctica todo mensaje publicitario en una auténtica "oferta vinculante"<sup>361</sup>; aún más, este mecanismo no constituye una integración estrictamente contractual, haciendo depender la obtención de las prestaciones prometidas de la efectiva conclusión de un contrato, sino que el art. 8 de la LGDCU debe interpretarse en el sentido de que el consumidor dispone de una acción para exigir la celebración del contrato, integrado publicitariamente<sup>362</sup>.

Esta disposición legal viene a significar en principio que, cuando un consumidor concluya un contrato con un empresario, éste quedará obligado no sólo en los términos previstos en el propio contrato, sino también en los contenidos en su publicidad previa, aunque las cláusulas publicitarias no hayan sido reiteradas en el contrato<sup>363</sup>. Sin embargo, la protección del consumidor va aún más allá: no sólo se produce esta "integración" una vez celebrado el contrato, sino que debe entenderse que el consumidor tiene acción para exigir la celebración del contrato, integrado publicitariamente<sup>364</sup>.

---

<sup>360</sup> Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, op. cit., pág. 213; GÓMEZ CALERO, op. cit., pág. 223; SÁNCHEZ CALERO, F., *Principios de Derecho mercantil*, cit., pág. 393.

<sup>361</sup> Cfr. GÓMEZ CALERO, op. cit., pág. 223. Esto es lo que hace, entre otras que ella misma cita (y revocando la sentencia de la AP de Sevilla de 19-9-1992), la STS de 8-11-1996, afirmando expresamente en su FJ 3º que las promesas publicitarias incumplidas en el caso en cuestión constituyen "una clara oferta, [...] debiendo tal publicidad integrar los contratos, pues para que no fuese así tenía que excluirse expresamente de los mismos el contenido de los folletos, sin que para tal consideración fuere necesario apreciar engaño o fraude, extremos que no requiere el art. 8 de la Ley de Consumidores". Vid. una amplia relación de sentencias que han aplicado este mecanismo de la integración publicitaria del contrato en MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., *Derechos de los consumidores y usuarios*, cit., pág. 138 y ss.

<sup>362</sup> Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, cit., pág. 215; vid. también FONT GALÁN, J.I., *La integración publicitaria del contrato: un instrumento de Derecho privado contra la publicidad engañosa*, en Cuadernos de Derecho y Comercio 1988, nº 4, pág. 31.

<sup>363</sup> Emplean este mecanismo de integración publicitaria del contrato, entre otras, las STS de 8-11-1996, de 4-12-1998, y de 5-4-1999.

<sup>364</sup> Vid. GARCÍA-PITA Y LASTRES, cit., pág. 594-596.

Como manifiesta PASQUAU LIANO, debe tenerse en cuenta que la articulación de

Finalmente, debe hacerse referencia a una última forma de control de la publicidad al margen de la Administración y de los Tribunales: el llevado a cabo por el **Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad**. Es un sistema de control de la publicidad efectuado por los anunciantes que voluntariamente se hacen miembros de la mencionada Asociación, y que son quienes elaboran las normas deontológicas que se deben respetar en el ejercicio de la actividad publicitaria, cuyo incumplimiento sanciona el propio Jurado de Autocontrol de la Publicidad. Evidentemente, las resoluciones de este Jurado carecen de la fuerza ejecutiva propia de la función jurisdiccional, pero son vinculantes para todos aquellos anunciantes que se han adherido voluntariamente a este sistema de autocontrol<sup>365</sup>.

Este Jurado se constituye en el Reglamento del Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad de 23 de abril de 1997, y es definido en su art. 1 como "un órgano especializado en materia deontológico-publicitaria, formado por personas independientes, con las atribuciones que se especifican en el presente Reglamento". Este Jurado tramitará los procedimientos relativos a *infracciones de códigos de ética publicitaria* que él mismo incoe de oficio o que sean iniciados por reclamación de cualquier persona con interés legítimo (arts. 15-16 del Reglamento). Su decisión será vinculante para las partes y para los demás miembros de la Asociación de

---

este mecanismo protector del consumidor debe estar sujeto a ciertos límites, con el objeto de evitar abusos por parte de este último. La opción propuesta por este autor consiste en que la exigibilidad del contenido publicitario sólo tendrá los límites propios de todo derecho subjetivo; así, en principio cabe dar total amplitud a esta norma (vinculación del anunciante a sus mensajes publicitarios aunque los excluya posteriormente en el contrato, posibilidad de que el consumidor exija la celebración del contrato en los términos prometidos por la publicidad, etc.), pero en determinados casos concretos en que la aplicación de la norma dé lugar a un abuso por parte del consumidor, podrá excepcionarse su cumplimiento apelando a la teoría de los límites intrínsecos del derecho subjetivo, como la doctrina de los propios actos, la buena fe en el ejercicio de los derechos y la teoría del abuso del derecho; vid. *Comentarios a la Ley General...*, cit., pág. 169-171.

<sup>365</sup> De todos modos, no debe olvidarse que en ningún caso la existencia de una resolución dictada por este Jurado impide el recurso a la vía judicial, tanto en el orden penal como en el extrapenal; cfr. BARONA VILAR, S., *Tutela civil y penal de la publicidad*, cit., pág. 187-188; GÓMEZ SEGADÉ, J.A., *La autodisciplina publicitaria en el Derecho comparado y en el Derecho español*, en ADI 1981, nº 7, pág. 45.

Autocontrol de la Publicidad, y podrá contener alguno o todos de los siguientes pronunciamientos: declaración de ilicitud de la publicidad enjuiciada, amonestación, cesación definitiva o rectificación de la publicidad, comunicación de la resolución a los asociados en la forma que la Junta Directiva de la Asociación estime pertinente, o publicación de la resolución en los medios de comunicación también en la forma que la Junta considere más oportuna (arts. 23 y 30 del Reglamento). En cuanto a los mencionados códigos de ética publicitaria por los que el Jurado ha de guiar su decisión, en la actualidad existe el denominado Código de Conducta Publicitaria de 19 de diciembre de 1996<sup>366</sup>.

#### V. DIRECTIVA 84/450/CEE, DE 10 DE SEPTIEMBRE, RELATIVA A LA APROXIMACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES, REGLAMENTARIAS Y ADMINISTRATIVAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN MATERIA DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA

La aparición de esta Directiva se encuadra en el marco del objetivo comunitario de armonizar las legislaciones nacionales en materia de competencia desleal. Esta necesidad de armonización se justifica porque la publicidad rebasa las fronteras de los Estados miembros de la Unión Europea, y tiene particular incidencia en el establecimiento del mercado común; por lo tanto, para lograr una efectiva protección del consumidor en el ámbito comunitario, es necesario establecer un concepto común básico de publicidad engañosa, y articular sistemas de protección de los consumidores que actúen ante casos más o menos semejantes.

---

<sup>366</sup> Vid. pormenorizadamente sobre este tema BARONA VILAR, S., *Tutela civil y penal de la publicidad*, cit., pág. 158-197.

Esta necesidad de armonización se justifica también porque el fortalecimiento de la protección de los consumidores es uno de los principios que rigen la acción de la Unión Europea, tal y como establece el art. 3.s) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Roma, 1957). Este objetivo comunitario aparece especificado en el nuevo art. 153, introducido por el Tratado de Amsterdam de 1997, donde se establece que "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", sin perjuicio de las medidas de mayor protección que puedan adoptar los Estados miembros (ap. 5 del art. 153).

Si bien los trabajos para armonizar la materia de competencia desleal comenzaron en la década de los años sesenta, no fue posible conseguir un total acuerdo a la hora de proceder a una efectiva armonización, principalmente a causa de la oposición británica a cualquier tipo de actuación en el ámbito de la competencia desleal. Por lo tanto, en vista de la imposibilidad de alcanzar un acuerdo, el Consejo aprobó el 10 de septiembre de 1984 la Directiva 84/450/CEE para armonizar las legislaciones nacionales únicamente en el ámbito de la publicidad engañosa<sup>367</sup>.

El concepto de publicidad engañosa lo encontramos en el art. 2, que la define así: "Toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a las personas a las que se dirija o afecta y que, debido a su carácter engañoso, pueda afectar a su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor". Tal definición se complementa con un catálogo de circunstancias concretas, que deberán tenerse en cuenta para determinar cuándo un mensaje publicitario es engañoso.

Como se puede apreciar, la LGP ha copiado casi literalmente la definición de publicidad engañosa ofrecida por la Directiva. Si bien esto es en principio acertado,

---

<sup>367</sup> Finalmente, el ámbito de aplicación de esta Directiva se ha ampliado en una reciente reforma que introduce la regulación de la publicidad comparativa; tal ampliación fue realizada por la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 1997, por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa.

ya que lo que pretendía la Directiva era armonizar las legislaciones de los países comunitarios, lo cierto es que se ha reproducido un error que cometía la norma comunitaria: la mención del competidor<sup>368</sup>. Sin embargo, hay que reconocer el acierto de la ley española al subsanar una carencia de la Directiva: la LGP recoge la llamada "publicidad engañosa por omisión"<sup>369</sup>.

El art. 4 de la Directiva reconoce dos vías para reprimir la publicidad engañosa: la vía judicial y la vía administrativa.

En cuanto a la vía judicial, en principio la Directiva no determina en este art. 4 qué Tribunales han de enjuiciar esta materia; pero más adelante, el art. 6 dice textualmente "... cuando exista un procedimiento civil o administrativo a que se refiere el art. 4". Sin embargo, esto no constituye impedimento para que los Estados miembros efectúen una represión penal de estas conductas; esta posibilidad se basa en el art. 7 de la Directiva, el cual reconoce "el mantenimiento o la adopción por los Estados miembros de disposiciones tendentes a asegurar una protección más amplia de los consumidores".

Con referencia a la vía administrativa, la Directiva prevé la posibilidad de que órganos administrativos repriman la publicidad engañosa. A este respecto, establece que tales órganos estarán integrados por personas imparciales (se entiende que no

---

<sup>368</sup> Vid. supra epígrafe II.1.b).

<sup>369</sup> De todos modos, LEMA DEVESA, *Posibilidades y limitaciones a la actividad publicitaria en la normativa de la CEE*, cit., pág. 4088, considera que la publicidad engañosa por omisión podría incluirse en la Directiva ya que su art. 2, al definir la publicidad engañosa, se refiere a "toda publicidad que, *de una manera cualquiera*, incluida su presentación, induce a error ...". Así, según este autor, la locución *de una manera cualquiera* permite incluir en la definición la modalidad de silenciar datos relevantes de un producto o servicio; vid. también PINO ABAD, M., *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria...*, cit., pág. 57-58.

Lo ideal hubiera sido que la Directiva mencionase expresamente la publicidad engañosa por silencio del anunciante, tal y como aparecía en el Proyecto de Directiva para la armonización de las disposiciones legislativas reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa y desleal, presentado por la Comisión al Consejo el 1 de marzo de 1978. Este Proyecto consideraba que la publicidad también era engañosa "cuando silencia datos esenciales y por esta omisión provoca una falsa impresión o suscita expectativas razonables que los correspondientes productos o servicios no pueden satisfacer"; vid. al respecto FERNÁNDEZ NÓVOA, C., *La regulación de la publicidad engañosa y desleal en la CEE*, en *Estudios de Derecho de la Publicidad*, cit., pág. 271-277.

tengan nada que ver con la publicidad), que sus decisiones deberán ser motivadas, y que debe existir la posibilidad de recurrir sus resoluciones ante un órgano judicial.

La Directiva prevé dos acciones en el ámbito de la publicidad engañosa: por un lado, la acción de cesación de la publicidad, que tiene por objeto evitar la reiteración del mensaje publicitario; por otro lado, la acción de prohibición de la publicidad, cuyo fin es prohibir la difusión del mensaje cuando todavía no ha llegado a conocimiento del público, siendo inminente su divulgación.

Una vez establecida la cesación o la prohibición de la publicidad, es posible imponer sanciones al anunciante en concreto. Una de estas sanciones es la exigencia por el Tribunal o el órgano administrativo de la publicación, total o parcial, de la resolución administrativa o de la sentencia en la forma que crean conveniente. La otra sanción que prevé la Directiva es la posibilidad de exigir la publicación de un comunicado rectificativo de la publicidad<sup>370</sup>.

---

<sup>370</sup> Como manifiesta LEMA DEVESA, *Posibilidades y limitaciones a la actividad publicitaria en la normativa de la CEE*, cit., pág. 4092, la expresión "comunicado rectificativo" no debe interpretarse en el sentido de un único anuncio corrector. Lo que quiere dar a entender el precepto es que debe difundirse una "publicidad correctora", la cual puede abarcar un número variable de anuncios, hasta alcanzar una difusión equivalente a la que alcanzaron los anuncios engañosos.



## **B) ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

El delito de publicidad falsa, aunque aparece por primera vez en el Código Penal de 1995, contaba ya con antecedentes en los anteriores Proyectos de Código Penal: los de 1980, 1983 y 1992. Como se verá más adelante, la regulación de este delito en el Código Penal vigente no coincide con sus primeras versiones, ya que se ha producido una evolución en la que han variado determinados elementos típicos. Por ello, en los siguientes epígrafes se procederá a analizar los aspectos más característicos de este delito en cada Proyecto, haciendo hincapié en los elementos que no han pasado al Derecho vigente.

### **I. PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE CÓDIGO PENAL DE 1980**

El primer antecedente legislativo del delito de publicidad falsa se encuentra dentro del Título VIII del Proyecto de Código Penal de 1980 ("Delitos contra el orden socioeconómico"), concretamente en su Capítulo II, bajo la rúbrica "De las infracciones de la propiedad industrial y derechos que conciernen a la competencia y a los consumidores". Este Proyecto presentaba la particularidad de dedicar una Sección íntegra de dicho Capítulo al delito publicitario: la Sección 2ª, que consistía en un único artículo (el 342) en el que se sancionaban determinadas conductas en el ámbito de la publicidad:

El que intencionadamente 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.

Se impondrá la pena en su mitad superior cuando se tratase 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.

La doctrina que comentó este primer proyecto de delito de publicidad falsa definía como **bien jurídico protegido** *el derecho de los consumidores a obtener una información verdadera* por parte del anunciante, considerado como elemento fundamental para salvaguardar otros derechos básicos de los consumidores y usuarios, básicamente su salud y sus legítimos intereses económicos<sup>371</sup>. Se

---

<sup>371</sup> Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA, I., *El nuevo delito publicitario*, cit., marg. 560; TORÍO LÓPEZ, A., *Reflexión sobre la protección penal de los consumidores*, cit., pág. 160; TAMARIT SUMALLA, J.M., *La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria: problemas fundamentales*, en CPC 1990, nº 41, pág. 333-334; MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa*, cit., pág. 69.

Había un sector de la doctrina que no se mostraba de acuerdo con la criminalización de estas conductas de publicidad falsa, aduciendo que se trataba simplemente de formas imperfectas del delito de estafa o de actuaciones que debían ser reprimidas únicamente mediante el Derecho administrativo; vid. MUÑOZ CONDE, F., *La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, cit., pág. 126; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código Penal*, en ADPCP 1980, Fasc. II, pág. 469; QUINTERO OLIVARES, G., *Observaciones sobre la Parte Especial del Anteproyecto de Código Penal*, cit., pág. 261-262.

consideraba, por lo tanto, que se trataba de un delito de lesión, puesto que su consumación tenía lugar con el efectivo daño de este bien jurídico, es decir, cuando se infringía el principio de veracidad (cumpliéndose además los restantes requisitos típicos)<sup>372</sup>.

La conducta que criminalizaba este artículo consistía en la realización de *alegaciones publicitarias* que presentasen una doble característica: ser *falsas* y ser *capaces por sí mismas de inducir a grave error al consumidor*. Si bien la exigencia de falsedad es una constante en todos los Proyectos y en el Código vigente, el Texto de 1980 se caracterizaba por exigir a tales alegaciones la "capacidad de inducir a grave error". El problema que planteaba este requisito era su marcado carácter subjetivo, lo cual dificultaba su prueba, teniendo en cuenta además que se debía probar que el error había sido "grave".

Como manifestaba Martínez Pérez<sup>373</sup>, para comprobar dicha capacidad habría que recurrir a medios de sondeo de opinión; por otro lado, al exigirse la gravedad del error, parece que sólo se cometería el delito si se engañase a personas especialmente formadas y experimentadas (que debido a sus conocimientos sólo resultarán influenciadas por un engaño de especial entidad), no al consumidor medio (que sería ya vulnerable ante engaños menos relevantes). Tamarit Sumalla<sup>374</sup> también criticaba la presencia del calificativo "grave", basándose en que es muy difícil cuantificar la intensidad de un estado psicológico como es el error. Siguiendo con la argumentación de Martínez Pérez, lo más idóneo sería eliminar el citado elemento subjetivo, e interpretar la cualidad de "falsas" como una discrepancia esencial y objetiva entre lo manifestado y lo existente en la realidad. De este modo, además de facilitar la prueba, se estaría cumpliendo implícitamente el citado elemento subjetivo, puesto que una alegación falsa en el sentido anterior ya es capaz por sí misma de inducir a error al consumidor.

---

<sup>372</sup> Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA, I., *El nuevo delito publicitario*, cit., marg. 560; MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Consideraciones en torno a la creación...*, cit., pág. 69.

<sup>373</sup> Vid. MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Consideraciones...*, cit., pág. 77 y ss.

<sup>374</sup> Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M., *La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria...*, cit., pág. 338.

Otra de las peculiaridades del Proyecto de 1980 era la delimitación del **objeto material** sobre el que debía recaer la conducta típica: no bastaba la realización de cualquier alegación publicitaria, sino que dichas alegaciones debían recaer sobre "*la naturaleza, composición, origen o cualidades sustanciales de los productos o servicios anunciados*". Según el parecer de la doctrina<sup>375</sup>, tal delimitación era acertada, ya que cumplía el doble carácter fragmentario del Derecho Penal: así, sólo recibían sanción penal los mensajes publicitarios falsos con entidad suficiente para influir en los consumidores e inducirlos a realizar un acto de disposición económica en perjuicio propio.

Sin embargo, como ponía de relieve Martínez Pérez, la opción por un catálogo cerrado en la configuración del objeto material obliga al legislador a ser sumamente cuidadoso a la hora de elegir los elementos que lo van a integrar. Así, según este mismo autor, debería haberse hecho mención específica en la lista anterior de la cantidad y el modo y la fecha de fabricación de los productos o servicios<sup>376</sup>. También surgieron otras propuestas diferentes en este ámbito: por ejemplo, Lampe consideraba que se debía incluir en la enumeración típica la procedencia de la mercancía y su utilidad real, mientras que no veía necesaria la referencia a la composición de los productos o servicios. Proponía también este autor incluir en el tipo las informaciones falsas sobre la fijación de los precios, teniendo en cuenta el carácter de "ultima ratio" del Derecho Penal: sólo se castigarán las conductas que atenten contra la posibilidad de calcular un precio razonable, de modo que sean un obstáculo a la libertad de disposición económica del consumidor<sup>377</sup>. A favor de la inclusión de los precios en el objeto material se mostraba también Tamarit, si bien

---

<sup>375</sup> Cfr. MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Sección 2ª del Capítulo 1º del Título XII de la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983: "De los delitos publicitarios"* (arts. 279 y 280), en Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal, vol. 2, cit., pág. 765; también TAMARIT SUMALLA, *La tutela penal...*, cit., pág. 339.

<sup>376</sup> Vid. MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Consideraciones...*, cit., 83.

<sup>377</sup> Vid. LAMPE, E.J., *La protección jurídico-penal de la competencia económica en el Anteproyecto de Código penal español de 1983*, en *La reforma penal: Delitos socioeconómicos* (Barbero Santos, ed.), cit., pág. 381 y ss.

este autor no consideraba necesaria la referencia al origen, la cantidad y el modo y la fecha de fabricación, porque entendía que estas circunstancias ya estaban comprendidas en la expresión genérica "cualidades o virtudes sustanciales"<sup>378</sup>.

El Proyecto de 1980 abandonaba el sistema de "numerus apertus" en la incriminación de la imprudencia, y lo que hacía era tipificar expresamente los delitos culposos. Así, al no haberse previsto en el Texto la posible comisión imprudente del delito del artículo 342, la conclusión lógica era que sólo podía cometerse **dolosamente**. Ante esta situación, cabe preguntarse qué sentido tenía la mención en el tipo del adverbio "intencionadamente". Una vez desechada la posibilidad de la comisión imprudente, podría pensarse que este adverbio quería indicar que sólo era posible la comisión por dolo directo. Pero esta interpretación tampoco era aceptable por dos razones<sup>379</sup>: en primer lugar, eliminar la incriminación de conductas realizadas con dolo eventual privaría de eficacia al precepto, teniendo en cuenta además la dificultad de deslindar el dolo directo y el dolo eventual; en segundo lugar, esta limitación se opone a la tendencia en Derecho Penal de dar el mismo tratamiento a ambas clases de dolo<sup>380</sup>.

Al final del precepto se establecía la posibilidad de que el Tribunal, si el perjudicado o el Ministerio Fiscal lo solicitaban, decretase la **publicación de la sentencia** en los periódicos oficiales y autorizase la reproducción total o parcial de la misma en cualquier otro medio informativo. Junto con estas medidas de seguridad, "de lege ferenda" se propuso incluir en el precepto la posibilidad de decretar la exclusión de subvenciones o la prohibición de dedicarse al ejercicio de ciertas profesiones<sup>381</sup>.

<sup>378</sup> Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M., *La tutela penal...*, cit., pág. 341.

<sup>379</sup> Vid. MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Consideraciones...*, cit., pág. 86; y LAMPE, E.J., *La protección jurídico-penal de la competencia económica en el Anteproyecto de Código penal español de 1983*, cit., pág. 379. Vid. en contra de la admisión del dolo eventual TAMARIT SUMALLA, J.M., *La tutela penal...*, cit., pág. 343.

<sup>380</sup> La supresión de este adverbio ya había sido sugerida con buen criterio en la enmienda nº 1576 del Grupo Coalición Democrática, pero no fue tomada en cuenta ni en este Proyecto ni en la posterior Propuesta de Anteproyecto de 1983.

<sup>381</sup> Vid. MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Consideraciones...*, cit., pág. 91.

En el párrafo 2º del art. 342 aparecía un **tipo cualificado** respecto al tipo básico del párrafo 1º, que determinaba la imposición de la pena en su mitad superior cuando se tratase de *publicidad de sustancias alimenticias, medicamentos, viviendas y otros objetos de primera necesidad*. La crítica que se le hacía a este tipo cualificado era su innecesario casuismo: bastaría con remodelar la cláusula general que aparecía al final del párrafo y referirse simplemente a "bienes y servicios de primera necesidad", puesto que no ofrece duda que los objetos enumerados en el precepto están incluidos en esta cláusula general<sup>382</sup>. A pesar de esta objeción, se consideraba acertada la creación de este tipo cualificado, justificada por la importante presencia de los bienes de primera necesidad en la vida diaria de todos los consumidores<sup>383</sup>.

## II. PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE NUEVO CÓDIGO PENAL DE 1983

---

<sup>382</sup> Esta misma idea fue propuesta en la enmienda nº 1111 (Grupo Comunista), que proponía sustituir la enumeración casuística por la cláusula general "bienes o servicios de primera necesidad"; sin embargo, no fue adoptada ni en este Proyecto ni en el Anteproyecto de 1983.

En relación con el tipo cualificado, también se presentó la enmienda nº 175 (Socialistes de Catalunya), que proponía en los siguientes términos ampliar el campo de agravación de la pena: "En todo caso se impondrá en su mitad superior cuando haya sido producido el delito empleando la televisión como medio difusor". Esta enmienda se hallaba complementada en buena lógica por la enmienda nº 176: "Cuando el delito se haya producido a través de la televisión, el Tribunal decretará la publicación de la sentencia en TVE, cargando su importe en las costas a pagar por los responsables".

<sup>383</sup> Vid. MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Consideraciones ...*, cit., pág. 92; y GARCÍAS PLANAS, G., *Hacia un delito publicitario*, en EPC 1992-93, nº XVI, pág. 138.

En este nuevo Proyecto de Código Penal nos volvemos a encontrar con el delito de publicidad falsa redactado en términos muy similares a su precedente en el Proyecto de 1980. Junto a él, aparecía otro delito que, si bien estaba relacionado con la publicidad, poseía una naturaleza peculiar que lo hacía ajeno al Título en el que se encontraba (el Título XII: "De los delitos socioeconómicos"). Estos dos delitos se encontraban en el Capítulo I del mencionado Título XII bajo la rúbrica "De las infracciones de la propiedad industrial y derechos que conciernen a la libre competencia y a los consumidores", en particular se hallaban en su Sección 2ª. El primero de ellos, que se correspondía con el art. 342 del Proyecto de 1980, se encontraba en el art. 279:

**El que intencionadamente hiciere en la actividad publicitaria alegaciones falsas sobre la naturaleza, composición, virtudes 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 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, y asimismo podrá autorizar la reproducción total o parcial de la misma en cualquier otro medio informativo.**

La redacción del tipo básico de publicidad falsa contenido en el primer párrafo del artículo coincidía básicamente con su precedente en el Proyecto de 1980.

Se encontraba una pequeña diferencia en la descripción del **objeto material**: se sustituía el término "origen" contenido en el Proyecto anterior por el término "*virtudes*". Aunque seguía considerándose acertado el sistema de "numerus clausus", no fue bien recibida la supresión de la palabra "origen": como manifestaban algunos autores, por una parte era acertada la introducción del término "*virtudes*", ya que

permitía incluir en el tipo manifestaciones publicitarias falsas sobre las propiedades, efectos o resultados que cabría esperar de los productos o servicios anunciados; pero por otra parte no se veía ninguna razón para suprimir del tipo las referencias al origen de lo ofrecido en la publicidad<sup>384</sup>.

Otras diferencias del Anteproyecto de 1983 con respecto a su precedente se encontraban en la previsión de las penas y las medidas de seguridad aplicables. En cuanto a la **penalidad** prevista, se produjo una ligera variación: se rebajó el tope máximo de la pena de multa, pasando de veinticuatro meses en el Texto anterior a dieciocho meses en el Texto de 1983. Con referencia a las medidas de seguridad, debe resaltarse que aunque se preveían las mismas que en el Proyecto anterior (publicación de la sentencia en periódicos oficiales y reproducción total o parcial de la misma en otro medio informativo), había una importante novedad: mientras que en el Proyecto de 1980 el Tribunal sólo decretaba la **publicación de la sentencia** en periódicos oficiales si el perjudicado o el Ministerio Fiscal lo solicitaban, el Anteproyecto de 1983 preveía además la posibilidad de decretar esta publicación de oficio.

El párrafo 2º del art. 279 contenía un **tipo cualificado** redactado con el mismo casuismo del art. 342 del Proyecto de 1980 al referirse a los *bienes o servicios de primera necesidad*. Presentaba además la novedad de aplicar el tipo cualificado a los *bienes o servicios destinados al consumo infantil*, decisión que se consideró adecuada ya que el niño no adopta una actitud crítica frente al mensaje publicitario y, por tanto, será mucho más influenciado. Teniendo en cuenta también el gran poder

---

<sup>384</sup> Cfr. GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores*, cit., pág. 388; MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Consideraciones...*, cit., pág. 85. Con referencia a la configuración del objeto material, vid. supra, epígrafe I, las opiniones doctrinales sobre la enumeración taxativa del objeto material, que son aplicables tanto al Proyecto de 1980 como al de 1983, puesto que son prácticamente coincidentes.

En relación con este tema cabe destacar dos enmiendas que proponían añadir nuevos elementos a la lista que constituía el objeto material, pero que sin embargo no prosperaron: la enmienda nº 174 (Socialistes de Catalunya) proponía la adición de la palabra "efectos", y la enmienda nº 1575 (Grupo Coalición Democrática) sugería añadir "precios y beneficios".



de sugestión de la televisión, se propuso la conveniencia de extender el tipo cualificado a los mensajes emitidos por este medio difusor<sup>385</sup>.

Junto al art. 279, que constituía el genuino delito de publicidad falsa, se introdujo en la misma Sección un delito nuevo (art. 280) que, como ahora se explicará, poseía una naturaleza totalmente diversa a la del artículo anterior:

**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.**

La introducción de esta figura delictiva sin precedentes 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 imagen. El art. 7 de esta ley dispone: "Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de proyección delimitado por el art. 2 de esta Ley: ... 6º La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga". A su vez, esta Ley se encarga de desarrollar el artículo 18.1 de la Constitución española: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen". A toda esta regulación se le hizo una crítica de fondo: la consideración del derecho a la propia imagen como un derecho de contenido patrimonial, centrado en la libertad de explotación publicitaria; a esta conclusión llegaba Martínez Pérez tras efectuar un análisis de los preceptos citados<sup>386</sup>:

---

<sup>385</sup> Vid. MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Consideraciones ...*, cit., pág. 92.

<sup>386</sup> Vid. MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Sección segunda del Capítulo primero...*, cit., pág. 768 y ss.

- En primer lugar, no se entiende bien por qué la Constitución contempla independientemente el derecho a la propia imagen, si por su naturaleza ya venía implícito en el derecho a la intimidad personal; entonces, si el derecho a la propia imagen puede ser lesionado más allá del ámbito de la intimidad, no queda más solución que entender que las vulneraciones de este derecho autónomamente considerado inciden sobre intereses económicos (solución sin duda criticable, ya que no hay razón alguna que justifique elevar este derecho a rango fundamental olvidando otros derechos de contenido económico y con mayor relevancia, v. gr. el derecho a la propiedad privada).

- En segundo lugar, la Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen considera intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen la utilización del nombre, la voz o la imagen de una persona para fines publicitarios u otros de contenido económico. A esta regulación se le ha criticado su incoherencia, ya que si la Ley quiere proteger derechos eminentemente personales, no tiene sentido que en el art. 7.6º proteja intereses claramente económicos.

Aparte de las críticas expuestas, la mayor parte de la doctrina consideraba que la **intromisión ilegítima con fines comerciales o publicitarios en el derecho a la imagen** o al nombre ya está suficientemente protegida en el ámbito civil (la Ley Orgánica 1/1982 prevé una amplia tutela judicial represiva o reparadora, incluyendo la adopción de medidas cautelares y de prevención); por lo tanto, teniendo en cuenta el carácter subsidiario del Derecho Penal, se consideraba innecesaria la criminalización de esta conducta<sup>387</sup>. De todos modos, aun optando por su inclusión en el Código Penal, no se habría elegido el lugar adecuado. La única relación entre el art. 279 y el 280 consiste en que la conducta prevista en este último artículo se comete en el marco de la actividad publicitaria. Sin embargo, esta relación es accesorio, ya que el fin primordial del art. 279 es proteger los intereses de los consumidores, de carácter supraindividual; mientras que la finalidad del art. 280 es proteger un interés patrimonial individualizable, el derecho a la libre explotación de la imagen y el nombre propios.

---

<sup>387</sup> Cfr. MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Sección segunda...*, cit., pág. 772; GARCÍAS PLANAS, G., *Hacia un delito publicitario*, cit., pág. 139.

### III. PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1992

El Proyecto de 1992 presentaba diferencias notables respecto a los Proyectos anteriores a la hora de definir el tipo de publicidad falsa. Con buen acierto, suprimió el delito contenido en el art. 280 de la Propuesta de Anteproyecto de 1983, y el auténtico delito de publicidad falsa quedó situado en el primer párrafo del art. 287 del Proyecto:

**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 notoriamente a los consumidores o a los demás concurrentes en el mercado, sin perjuicio de la pena que corresponda a aplicar por la comisión de otros delitos.**

El delito de publicidad falsa en el Proyecto de 1992 ha pasado al Código vigente con muy pocas modificaciones. Sin embargo, la redacción típica presentaba algunas particularidades que no se encuentran en el Texto actual, y que serán objeto de un breve comentario.

En primer lugar, se delimitaba con mayor precisión el ámbito en el que se ha de desarrollar la **conducta típica**: mientras que los Textos de 1980 y 1983 se referían sin más a la "actividad publicitaria", el Proyecto de 1992 aludía específicamente a "*ofertas o publicidad de productos o servicios*". Destacaba entonces como novedad

la aparición de la palabra "ofertas", que se introdujo con la intención de incluir en el tipo las declaraciones falsarias contenidas en los productos ofrecidos inmediatamente en el mercado para dar a conocer sus características, especialmente la información presente en el etiquetado. En realidad, esta adición no resultaba ya estrictamente necesaria puesto que entre la PANCP de 1983 y el Proyecto de 1992 se promulgó la LGP de 1988, que al definir "publicidad" en su art. 2 como "toda forma de comunicación", establece un concepto muy amplio de actividad publicitaria en el que tienen perfecta cabida los mensajes que acompañan al producto en su presentación física en el mercado, incluso en su etiquetado<sup>388</sup>.

Una singularidad destacable se encontraba en la descripción de la conducta típica: mientras que los Proyectos anteriores exigían que las alegaciones publicitarias cumplieran dos requisitos para integrarse en el tipo (ser falsas y ser capaces por sí mismas de inducir a grave error al consumidor), el Proyecto de 1992 introdujo un cambio: se seguía exigiendo el requisito objetivo de falsedad, pero ya no se requería la "capacidad para inducir a grave error". En lugar de este requisito subjetivo, se pasó a exigir la verificación de la **posibilidad de que se produjera un resultado de peligro**: se exigía que la acción pudiese perjudicar notoriamente a los consumidores o a los demás concurrentes del mercado. Se configuraba de este modo un delito de aptitud, que se estructuraba del modo siguiente: se tipificaba como abstractamente peligrosa la conducta de emisión de mensajes publicitarios falsos, pero no bastaba su realización para integrar el tipo, sino que se exigía además la verificación en el caso concreto de que había sido posible un perjuicio para los consumidores o los competidores<sup>389</sup>.

Aunque el art. 287 del Proyecto de 1992 y el art. 282 del vigente Código se configuran como delitos de aptitud, existe una importante diferencia entre ambos a la hora de exigir la posibilidad del resultado de peligro: mientras el Texto actual se

---

<sup>388</sup> Vid. infra, Capítulo segundo, epígrafe III.1.a); vid. también MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el Proyecto de Código Penal de 1992*, en EPC 1992-93, nº XVI, pág. 348-349.

<sup>389</sup> Sobre la configuración del delito de publicidad engañosa como delito de aptitud, vid. infra, Capítulo segundo, epígrafe III.4.

refiere a la posibilidad de "causar un perjuicio grave y manifiesto", el Proyecto de 1992 exigía la posibilidad de "*perjudicar notoriamente*". La intención del legislador era sin duda restringir la aplicación del precepto a los ataques más intolerables que se realizan en el ámbito de la publicidad contra la libertad de disposición económica de los consumidores, cumpliendo de este modo el principio de intervención mínima del Derecho penal. Por esta razón se exigía no sólo la posibilidad de que el mensaje publicitario falso causara un perjuicio en el caso concreto, sino que además era necesario que el perjuicio fuese "notorio".

Sin embargo, pese al intento de acotar el tipo a las conductas más graves en el ámbito de la publicidad, no se escogió la vía adecuada. Si acudimos al Diccionario de la Real Academia Española, el término "notorio" significa "público y sabido por todos"; por lo tanto, no tiene sentido el uso de este calificativo si lo que se quiere es restringir la sanción penal a las conductas que revistan especial gravedad. El hecho de que el perjuicio sea de conocimiento público no aporta un mayor desvalor a la entidad del injusto, puesto que hasta el perjuicio más irrelevante puede ser conocido por todos, y esto no aumentará su gravedad objetivamente considerada<sup>390</sup>. Por esta razón, se han propuesto otros términos para calificar el perjuicio ocasionado, como por ejemplo el empleo del adverbio "notablemente"<sup>391</sup> o del adjetivo "grave", siendo este último el que se ha adoptado en el Código Penal vigente.

El Proyecto de 1992 presentaba la singularidad de ser el único texto que ha recogido en el delito de publicidad falsa una **mención de los competidores**. El art. 287 de este Proyecto se refería a ellos al determinar que las alegaciones publicitarias falsas pudieran "perjudicar notoriamente a los consumidores o a los demás concurrentes en el mercado". De este modo, en 1992 se configuraba la publicidad falsa como un delito no sólo contra el colectivo de consumidores, sino también contra los competidores en el mercado; es decir, se consideraba como bien jurídico protegido no sólo el interés de los consumidores en la veracidad publicitaria (como

---

<sup>390</sup> Vid. MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el Proyecto de Código Penal de 1992*, cit., pág. 352 y ss., especialmente nota 52.

<sup>391</sup> Término propuesto en el *Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal de 1992 del Consejo General del Poder Judicial*, en CPC 1992, n° 48, pág. 748.

en los Proyectos anteriores), sino también el interés de los empresarios en la libertad de competencia<sup>392</sup>. Sin embargo, esta novedad no fue bien recibida por la doctrina<sup>393</sup> y no pasó al Código vigente. Lo que sí se ha mantenido en el Texto actual pese a haber sido también objeto de críticas por parte de la doctrina, ha sido la delimitación del sujeto activo que efectuó el Proyecto de Código Penal de 1992: se configuró un delito especial propio, restringiéndose la condición de sujeto activo a los fabricantes y comerciantes de productos y servicios<sup>394</sup>.

Otra novedad importante que presentaba el Proyecto era la **supresión del adverbio "intencionadamente"**, cuyo significado en el precepto había sido objeto de debate por parte de la doctrina con respecto a los Proyectos anteriores<sup>395</sup>. De este modo, ya dejaron de existir los inconvenientes para incluir en el precepto las conductas realizadas no sólo con dolo directo, sino también con dolo eventual, descartando por supuesto la posibilidad de comisión imprudente, puesto que el Proyecto de 1992 seguía manteniendo el sistema de "numerus clausus" en la incriminación de la imprudencia.

Encontramos una diferencia importante en la **penalidad** aplicable al delito de publicidad falsa: mientras que los Proyectos anteriores sólo preveían la pena de multa, el Proyecto de 1992 estableció por vez primera una pena privativa de libertad (prisión de seis meses a un año), contemplada alternativamente con la pena de multa (de seis a dieciocho meses).

---

<sup>392</sup> Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA, I., *El nuevo delito publicitario*, cit., marg. 561; TORÍO LÓPEZ, A., *Reflexión sobre la protección penal de los consumidores*, cit., pág. 163-164.

<sup>393</sup> Vid. TORÍO LÓPEZ, A., *Reflexión sobre la protección penal de los consumidores*, cit., pág. 164; y MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el Proyecto de Código Penal de 1992*, cit., pág. 354. Este último autor toma como punto de referencia la Directiva 84/450 del Consejo de la CEE, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa; esta Directiva establece que la finalidad primordial en materia de publicidad engañosa es proteger a los consumidores, quedando en segundo término la protección del competidor.

<sup>394</sup> Vid. *infra* Capítulo segundo, epígrafe III.5.

<sup>395</sup> Vid. *supra* epígrafes I y II.

También se produjeron otros cambios relativos a la ubicación sistemática: desapareció del precepto de publicidad falsa la posibilidad de decretar la **publicación de la sentencia**; esta medida se trasladó al art. 290 del Proyecto: "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 reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado". Este nuevo artículo presentaba un notable acierto: mientras que antes sólo se establecía que el Tribunal "podrá autorizar" la publicación de la sentencia en otro medio informativo, en 1992 se decía más concretamente "podrá ordenar ... a costa del condenado"; de este modo, se entendía claramente que éste último era quien debía pagar los gastos de la publicación.

Por último, debe hacerse notar la **supresión del tipo cualificado** que se contenía en los Proyectos anteriores. Esta decisión del legislador no ha sido bien acogida por la doctrina, que consideraba acertada esta agravación debido a las especiales circunstancias en que se desarrollaba esta publicidad<sup>396</sup>.

---

<sup>396</sup> Vid. MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el Proyecto de Código Penal de 1992*, cit., pág. 362.

## C) DERECHO COMPARADO

### I. DERECHO ALEMÁN

#### 1. El delito de publicidad engañosa (art. 4 de la UWG)

En Alemania existe un genuino delito de publicidad engañosa en la legislación penal especial, concretamente en la Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Ley contra la competencia desleal), de 7-6-1909. Esta infracción penal se halla en el art. 4 de la Ley, que apenas ha sido modificado desde su aparición en 1909; únicamente en la EGStB (Ley de Introducción al Código Penal) de 2-3-1974; en la Gesetz zur Stärkung des Schutzes des geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie o PrPG (Ley para el fortalecimiento de la protección de la propiedad intelectual y para la lucha contra la piratería industrial) de 7-3-1990 se estableció que la pena privativa de libertad para el delito de publicidad engañosa podría ser de hasta dos años, aumentando así en un año la duración de la pena prevista hasta entonces. Lo que sí ha tenido lugar, sobre todo durante los años 70, es una sucesión de diferentes propuestas de reforma procedentes de diferentes ámbitos (Gobierno, Parlamento, Comisiones "ad hoc" o doctrina penal), que nunca han llegado a cristalizar en una nueva redacción del precepto<sup>397</sup>.

---

<sup>397</sup> Vid. un análisis pormenorizado de las diferentes propuestas de los organismos mencionados en OTTO, H., *Die Reform des strafrechtlichen Schutzes gegen irreführende Werbung*, en GRUR 1982, nº 5, pág. 274 y ss; y KLUG, U., *Zur Strafbarkeit irreführender Werbeanzeigen*, en GRUR 1975, nº 5, pág. 217, y nº 6, pág. 289.



La existencia de estos deseos de reforma del art. 4 de la UWG es vista por la doctrina alemana como una consecuencia de las dificultades de aplicación práctica de este precepto, debido a su formulación excesivamente restrictiva y casuística<sup>398</sup>, lo cual determina que esta norma sea considerada como "una débil arma en la lucha contra conductas socialmente dañosas consistentes en la difusión consciente de mensajes publicitarios engañosos"<sup>399</sup>.

La inidoneidad de la concreta redacción típica para constituir un arma eficaz contra la publicidad engañosa es afirmada por la doctrina desde diversas perspectivas. Así, se aduce por una parte que el art. 4 de la UWG abarca supuestos de publicidad engañosa no merecedores de sanción penal, puesto que la descripción de la conducta típica coincide en gran parte con los supuestos de engaño en publicidad sancionados civilmente<sup>400</sup>. Por otra parte, también se dice que no es adecuado

<sup>398</sup> Cfr. FUHRMANN, en *Strafrechtliche Nebengesetze* (Erbs / Kohlhaas, Hrsg.), C.H. Beck, München 1997, 123 Lfg, art. 4, Rn. 1.

<sup>399</sup> Cfr. HERNÁNDEZ, H., *Strafrechtlicher Vermögensschutz vor irreführender Werbung*, C.F. Müller, Heidelberg 1999, pág. 202; OTTO, H., *Strafbare Werbung*, en UWG Grosskommentar (Jacobs / Lindacher / Teplitzky, Hrsg.), Walter de Gruyter, Berlin 1992, 5 Lfg., art. 4, Rn. 1; GREBING, G., *Strafrecht und unlauterer Wettbewerb - zur Reform des 4 UWG*, en Wistra 1982, n° 3, pág. 89.

<sup>400</sup> Cfr. OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 2. El autor se basa para efectuar esta afirmación en el art. 13a de la UWG, que concede el derecho de rescisión del contrato de adquisición de un producto o servicio a todo aquel que lo haya concluido bajo la influencia de mensajes publicitarios engañosos. El art. 13a concede tal derecho de rescisión cuando la publicidad cumpla los requisitos típicos del art. 4 de la UWG y, además, se refiera a extremos esenciales para la conclusión del contrato. Por lo tanto, advierte OTTO que esta última circunstancia es lo único que diferencia una conducta sancionada penalmente (art. 4 de la UWG) de otra a la que se concede protección civil (art. 13a de la UWG), con lo cual concluye el autor que el delito de publicidad engañosa ha sido redactado en unos términos tan amplios que apenas se distingue de conductas menos graves para las que es suficiente una sanción de naturaleza civil.

Partiendo de una base semejante (la necesidad de no ampliar los límites de intervención penal hasta ámbitos que corresponden al Derecho civil), KLUG, U., *Zur Strafbarkeit irreführender Werbeangaben*, cit., pág. 223-224, critica que los Proyectos de reforma del art. 4 de la UWG elaborados por el Gobierno y por el Parlamento alemán definan básicamente la conducta penalmente típica mediante una remisión al art. 3 de la UWG, donde se contiene la protección civil frente a la publicidad engañosa; este autor afirma que mediante tal técnica se produce una confusión entre los supuestos sancionables civil o penalmente. Afirma KLUG que los Proyectos del Gobierno y del Parlamento amplían de esta forma el ámbito de aplicación de este precepto fundamentándose en la necesidad de dotarle de mayor efectividad práctica, lo cual viene a redundar en una intervención excesiva e innecesaria del

reprimir estas conductas de publicidad engañosa a través de la Ley contra la competencia desleal, puesto que se trata más bien de actuaciones que forman parte de un plan de estafa, lo cual las acerca más a la naturaleza propia de este delito; como recalca algún autor, se trata fundamentalmente de comportamientos dirigidos en primer término a la causación de perjuicios patrimoniales que redunden en beneficio propio, y la alteración de la competencia leal en el mercado será sólo una mera consecuencia de este objetivo primordial<sup>401</sup>. Incluso hay autores que proponen la despenalización de este comportamiento, considerando suficiente el control de la publicidad a través de autoridades u organismos creados específicamente para tal fin y a través de la imposición de sanciones no penales<sup>402</sup>.

La concreta redacción del art. 4 de la UWG es la que sigue:

**El que, con la intención de provocar la apariencia de una oferta especialmente ventajosa, realice a sabiendas en manifestaciones públicas o comunicaciones dirigidas a un círculo extenso de personas declaraciones falsas e idóneas para inducir a error sobre circunstancias comerciales, especialmente sobre la calidad, el origen, el modo de fabricación o la fijación del precio de los bienes o servicios industriales, sobre la forma o las fuentes de suministro, la posesión de distinciones, el motivo o la finalidad de la venta o la cantidad de**

---

Derecho penal; vid. KLUG, op. cit., pág. 290 y 292.

También afirma que el art. 4 de la UWG abarca supuestos no merecedores de sanción penal la Comisión de expertos para la lucha contra la criminalidad económica, constituida en la década de los años 70 para estudiar las necesidades de reforma en determinados ámbitos del Derecho penal económico; vid. *Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität - Reform des Wirtschaftsstrafrechts* (Bundesministerium der Justiz, Hrsg.), Bonn 1975, Band IX, pág. 87.

<sup>401</sup> Cfr. OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 2.

<sup>402</sup> Vid. GREBING, G., *Strafrecht und unlauterer Wettbewerb*, cit., pág. 90-91; KRIEGER, A. / TILMANN, W., *Zur Kritik an der UWG-Novelle*, en GRUR 1979, nº 1, pág. 17.

existencias, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

Si las declaraciones falsas señaladas en el párrafo primero son hechas en una empresa comercial por un dependiente o encargado, será responsable el propietario o el director de la empresa junto con el dependiente o encargado, si la acción tiene lugar con su conocimiento.

a) *Bien jurídico protegido*

Al estar incluido en la Ley contra la Competencia Desleal, resulta claro que el delito de publicidad engañosa está destinado, del mismo modo que los demás preceptos incluidos en esta Ley, a tutelar los intereses de los oferentes en el mercado, protegiendo a éstos frente a ventajas ilícitamente obtenidas por sus competidores; dicho de otro modo, se estaría tutelando en este precepto la **competencia** en el mercado considerada como una institución<sup>403</sup>. Sin embargo, afirma la doctrina alemana que este precepto en concreto procura en primer término la protección de los **intereses de los consumidores**, haciéndolos extensivos a los intereses de la colectividad en general<sup>404</sup>; se precisa, a este respecto, que no se trata simplemente de

---

<sup>403</sup> Cfr. FUHRMANN, *Strafrechtliche Nebengesetze*, cit., Rn. 2; OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 4; GRIBKOWSKY, G., *Strafbare Werbung*, Centaurus, Pfaffenweiler 1989, pág. 37-38. OTTO especifica que no sólo se tutela la competencia considerada como una institución, sino que también se entiende protegida la confianza de cada consumidor individual en la lealtad de las conductas llevadas a cabo en el tráfico comercial. A esto último se opone HERNÁNDEZ, H., *Strafrechtlicher Vermögensschutz vor irreführender Werbung*, pág. 147-149, destacando, entre otras razones, que ningún consumidor puede tener una confianza absoluta en la actividad publicitaria, puesto que por su propia naturaleza no es objetiva ni por lo tanto merecedora de total confianza.

Vid. también, afirmando que con este precepto se protegen los intereses citados (de los consumidores y otros demandantes, de los competidores y asimismo los intereses de la colectividad en la existencia de una competencia leal), *Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, cit., pág. 89.

<sup>404</sup> Cfr. HERNÁNDEZ, H., *Strafrechtlicher Vermögensschutz vor irreführender Werbung*, cit., pág. 47-48; BAUMBACH / HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, C.H. Beck, München 1999, art. 4, Rn. 1; HORN, K., *Strafbare Werbung. Erscheinungsformen und*

la protección de los intereses generales pertenecientes a un colectivo, sino que también se entienden tutelados los intereses individuales de cada consumidor aisladamente considerado<sup>405</sup>.

De lo que se trata, como afirma alguna doctrina, es de evitar que el consumidor sufra efectivos perjuicios patrimoniales, configurándose el delito de publicidad engañosa en un estadio previo a la estafa. Efectivamente, el carácter masivo de la difusión de unos mensajes publicitarios hace posible la inminente producción de disposiciones patrimoniales por parte de los consumidores, lo cual redundaría en la aparición de innumerables perjuicios económicos para los mismos<sup>406</sup>. Así, como no es conveniente esperar a la causación de tales perjuicios, se configura un delito de peligro abstracto para el patrimonio de los consumidores<sup>407</sup>. Como dice alguna doctrina, con la difusión de publicidad engañosa se pone en peligro, por una parte, la libertad de disposición del consumidor<sup>408</sup>, porque se ve

---

*Gegenstrategien im ökonomischen Kontext*, VVF, München 1991, pág. 58; VON GAMM, O.F., *Wettbewerbsrecht*, Band I, Carl Heymanns 1987, cap. 38, Rn. 1. Considera en cambio KLUG, U., *Zur Strafbarkeit irreführender Werbeangaben*, cit., pág. 227, que quien se intenta proteger ante todo es el competidor antes que el consumidor. Vid. también FUHRMANN, *Strafrechtliche Nebengesetze*, cit., Rn. 2; OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 4-6 y 13; TIEDEMANN, K., *Stand, Entwicklung und Reform des Wettbewerbsrechts*, en *Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität - Reform des Wirtschaftsstrafrechts*, VIII Band. Anlagen, 1974, pág. 39.

Como dice HERNÁNDEZ, op. cit., pág. 74-76, es relevante para la aplicación del precepto clarificar que son los consumidores quienes se protegen en primer término, puesto que en aquellos supuestos en que ante un caso de publicidad pretendidamente engañosa se manifiesten opuestos los intereses de competidores y consumidores, habrá que proceder a la interpretación del supuesto atendiendo de forma directa a la defensa de estos últimos.

<sup>405</sup> Cfr. FUHRMANN, op. cit., Rn. 2.

<sup>406</sup> Cfr. OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 4-6.

<sup>407</sup> Cfr. OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 14; HERNÁNDEZ, H., *Strafrechtlicher Vermögensschutz vor irreführender Werbung*, cit., pág. 106. Este último autor especifica además que el art. 4 de la UWG es un delito de aptitud.

<sup>408</sup> Vid. en este sentido HERNÁNDEZ, op. cit., pág. 106; LAMPE, E.J., *In welcher Weise soll der neben der zivil- und verwaltungsrechtlichen Massnahmen erforderliche strafrechtliche Schutz (i.w.S.) gegen irreführende Werbung ausgestaltet werden?*, en *Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, Band IX. Anlagen, Bonn 1975, pág. 24 y ss. Como dice

influido por la exaltación de ventajas inexistentes de un producto o servicio; por otra parte, se pone también en peligro el patrimonio de los demás competidores, porque su posición en el mercado se ve alterada a causa de la obtención de ventajas deslealmente conseguidas por el oferente que emite la publicidad engañosa<sup>409</sup>.

#### b) *Sujeto pasivo del delito*

En cuanto al sujeto pasivo en el art. 4 de la UWG, cabe afirmar que se halla directamente relacionado con el bien jurídico protegido en este precepto, de tal modo que la doctrina se divide al considerar como sujeto pasivo al colectivo de consumidores o al de competidores, en función de cuál es su definición del bien jurídico protegido. De todos modos, cabe puntualizar que al referirse a los consumidores la doctrina alemana no parte por lo general de una noción estricta de los mismos, sino que suele aludir genéricamente a los demandantes en el mercado<sup>410</sup>,

---

HERNÁNDEZ, cit., pág. 142, debe tenerse en cuenta que sólo se castigan los ataques a la libertad de disposición económica que sean idóneos o tiendan a causar un perjuicio económico a los consumidores; por esta razón este autor dice que estamos ante un delito de idoneidad o aptitud.

<sup>409</sup> Cfr. FUHRMANN, cit., Rn. 2, 6 y 22. Cfr. también HERNÁNDEZ, cit., pág. 68, recalcando que tanto la competencia en el mercado considerada como una institución como los intereses de los competidores resultan protegidos únicamente de forma mediata, sin que constituyan el bien jurídico directamente protegido por el art. 4 de la UWG, vid. pág. 105. Como explica este autor (pág. 62), evidentemente un oferente en el mercado resulta perjudicado cuando los consumidores prefieren la oferta de un competidor que es dada a conocer mediante mensajes publicitarios engañosos; sin embargo, resulta muy difícil de probar que es la publicidad engañosa la única causa de tal preferencia, es decir, habría que demostrar que de no existir tal engaño los consumidores habrían optado por el bien o servicio ofrecido por el oferente que se supone perjudicado. Lo que realmente interesa a los competidores es la existencia de igualdad de oportunidades a la hora de concurrir al mercado, situación que se puede ver alterada, entre otras causas, por la difusión de publicidad engañosa por alguno de los oferentes (vid. pág. 68). Así, puede afirmarse que lo que constituye el interés inmediato de los competidores es el mantenimiento de esta situación de igualdad, lo cual puede lograrse a través de otras disposiciones no penales (vid. pág. 72-74).

<sup>410</sup> Cfr. GRIBKOWSKY, G., *Strafbare Werbung*, cit., pág. 38; LAMPE, E.J. / LENCKNER, T. / STREE, W. / TIEDEMANN, K. / WEBER, U., *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Wirtschaft*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1977, pág. 39.

o incluso a la colectividad de forma global<sup>411</sup>; esto se comprueba expresamente al observar cómo algunos autores se refieren no sólo al consumidor en el sentido de destinatario final de bienes o servicios, sino también al comerciante individual o al pequeño empresario, que en muchos casos puede resultar tan indefenso y merecedor de protección como cualquier particular que adquiere un bien o servicio para su consumo privado<sup>412</sup>.

### c) *Tipo objetivo*

#### c.1. Objeto material

En el art. 4 de la UWG se puede incluir cualquier mensaje publicitario siempre que esté referido a circunstancias comerciales de los productos o servicios ofrecidos. Para facilitar la tarea del intérprete, el legislador alemán enumera aquellas características de un bien o servicio que considera más relevantes, de tal modo que los engaños en torno a las mismas serían los que más perjudicasen al consumidor. Conviene no perder de vista que el legislador alemán no ha optado por el criterio de "numerus clausus" a la hora de delimitar el objeto material, sino que simplemente ofrece una lista ejemplificativa de las circunstancias comerciales más destacadas de cualquier producto o servicio, cuyo conocimiento exacto es especialmente importante para el consumidor. Por lo tanto, también cabría incluir en el tipo las manifestaciones publicitarias sobre otras circunstancias comerciales como tamaño, forma de

---

<sup>411</sup> Cfr. OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 13.

<sup>412</sup> Cfr. GRIBKOWSKY, G., *Strafbare Werbung*, cit., pág. 110; KLUG, U., *Zur Strafbarkeit irreführender Werbeangaben*, cit., pág. 297; LAMPE, E.J., *Ist es für einen wirksamen Verbraucherschutz und einen funktionsfähigen Wettbewerb unter Berücksichtigung zivil-, verwaltungs- und verfahrensrechtlicher Möglichkeiten geboten, zusätzliche Straf- und Bussgeldtatbestände zu schaffen?*, en *Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität - Reform des Wirtschaftsstrafrechts*, VIII Band. Anlagen, 1974, pág. 2.

organización o antigüedad de una determinada empresa<sup>413</sup>; o también, por ejemplo, la información sobre los socios de la empresa o su cifra de ventas<sup>414</sup>.

Por otra parte, cabe citar algunas propuestas doctrinales a favor de restringir el art. 4 de la UWG de tal modo que sólo se sancionase penalmente la publicidad engañosa relativa a elementos concretos y tasados de los bienes o servicios: así, Gribkowsky<sup>415</sup> propone castigar únicamente la publicidad que verse sobre el precio, posibilidades o condiciones de uso, calidad y origen del bien o servicio anunciados; por su parte, Otto<sup>416</sup> restringía la sanción penal a las alegaciones falsas sobre calidad, posibilidades de uso, valor y precio de los bienes o servicios, siempre que además constituyesen declaraciones relevantes para efectuar la adquisición pretendida; finalmente, Lampe<sup>417</sup> está a favor de restringir la sanción a las declaraciones sobre la calidad, el origen y el precio.

Algunos de los elementos de la enumeración del art. 4 de la UWG fueron trasladados de forma casi idéntica a los diferentes Proyectos de Código penal español: así, la calidad, el origen, el modo de fabricación y la cantidad de existencias<sup>418</sup>; por otra parte, existen otras circunstancias propias únicamente del Derecho alemán, que son las siguientes:

- *Forma o fuentes de suministro*: se trata aquí básicamente de declaraciones sobre la cadena de distribución de un bien o servicio y sobre la procedencia de sus

---

<sup>413</sup> Vid. FUHRMANN, op. cit., Rn. 23.

<sup>414</sup> Vid. LAMPE, E.J., *Ist es für einen wirksamen Verbraucherschutz...*, cit., pág. 9. Incluso la Jurisprudencia se pronuncia a favor de una interpretación amplia de las "circunstancias comerciales", vid. en este sentido la sentencia del BGH de 29-3-1990.

<sup>415</sup> Cfr. GRIBKOWSKY, G., *Strafbare Werbung*, cit., pág. 107.

<sup>416</sup> Cfr. OTTO, H., *Die Reform des strafrechtlichen Schutzes gegen irreführende Werbung*, cit., pág. 281.

<sup>417</sup> Cfr. LAMPE, E.J., *In welcher Weise soll...*, cit., pág. 22.

<sup>418</sup> Vid. infra Capítulo segundo, epígrafe III.2.

productores o suministradores, circunstancias todas ellas que pueden incidir en la calidad y la configuración del precio de las diferentes ofertas en el mercado<sup>419</sup>.

- *Posesión de distinciones*: consiste en la mención del reconocimiento oficial de la calidad de un bien o servicio por parte de autoridades u organismos públicos, circunstancia especialmente importante debido a la natural confianza del consumidor en la seriedad de tal reconocimiento público por entidades especializadas<sup>420</sup>.

- *Motivo o finalidad de la venta*: se consideran relevantes las declaraciones en torno a este extremo únicamente cuando los motivos que impulsan a alguien a ofrecer un bien o servicio determinan que tal oferta sea especialmente ventajosa, pudiendo ser una ventaja tanto de carácter material (v.gr. la reducción del precio) como inmaterial (v.gr. la promesa de donar parte de los beneficios de la venta a una organización de ayuda a colectivos necesitados)<sup>421</sup>.

## c.2. Conducta típica

Realizará la acción típica todo aquel que, en manifestaciones públicas o comunicaciones dirigidas a un círculo indeterminado de personas, realice declaraciones falsas e idóneas para inducir a error sobre circunstancias comerciales de productos o servicios industriales.

---

<sup>419</sup> Vid. FUHRMANN, op. cit., Rn. 42-43; OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 67; GRIBKOWSKY, op. cit., pág. 43; LAMPE, E.J., *Ist es für einen wirksamen Verbraucherschutz...*, cit., pág. 21.

<sup>420</sup> Vid. FUHRMANN, op. cit., Rn. 49; PFEIFFER, G., *Strafbare Werbung*, en Festschrift für Otfried Lieberknecht zum 70. Geburtstag (Niederleithinger, E. / Werner, R. / Wiedemann, G., Hrsg.), C.H. Beck, München 1997, pág. 214; OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 75. Como indican estos mismos autores, no hay que olvidar que los reconocimientos de carácter privado no son realmente distinciones; sin embargo, cabría incluir en el tipo las manifestaciones publicitarias referidas a tales reconocimientos privados ya que pueden considerarse simplemente como circunstancias comerciales del producto o servicio ofertado.

<sup>421</sup> Cfr. FUHRMANN, op. cit., Rn. 52; PFEIFFER, G., *Strafbare Werbung*, cit., pág. 214; OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 78-80; LAMPE, E.J., *Ist es für einen wirksamen Verbraucherschutz...*, cit., pág. 21.



En primer lugar, la referencia a **manifestaciones públicas** permite incluir en el precepto cualquier forma de publicidad que suponga una emisión al público en general; así por ejemplo los mensajes emitidos a través de la radio, la televisión, folletos, vallas publicitarias, etc<sup>422</sup>. **Comunicaciones dirigidas a un círculo indeterminado de personas** son aquellas que se difunden en un círculo acotado pero que no es de carácter uniforme o está constituido por un número indeterminado de personas; este sería el caso, por ejemplo, del conjunto de clientes de un establecimiento comercial<sup>423</sup>. De todas formas, la doctrina alemana también defiende la posibilidad de incluir en el tipo las manifestaciones públicas que se dirigen a un estrecho y concreto círculo de personas o incluso a una persona individual, ya que en determinados casos este tipo de declaraciones van a ser objeto de repetición sucesiva, de tal modo que se logra la difusión que exige el art. 4 de la UWG<sup>424</sup>.

Finalmente, cabe resaltar que el requisito de que tales declaraciones o manifestaciones sean públicas sólo exige que la publicidad posea una difusión en el sentido que se acaba de mencionar; así, será irrelevante la determinación de quién ha tenido efectivo conocimiento del mensaje<sup>425</sup>, el requisito de publicidad ya se cumple por el hecho de que el público destinatario se halle en situación de tener acceso al mensaje emitido<sup>426</sup>.

---

<sup>422</sup> Cfr. HERNÁNDEZ, H., *Strafrechtlicher Vermögensschutz vor irreführender Werbung*, cit., pág. 174-175; BAUMBACH / HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, cit., Rn. 3; FUHRMANN, cit., Rn. 57; OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 83-84; GRIBKOWSKY, cit., pág. 38; NIEMEYER, en MÜLLER-GUGENBERGER / BIENECK (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht*, Aschendorff, Münster 2000, cap. 60, Rn. 7.

<sup>423</sup> Cfr. BAUMBACH / HEFERMEHL, cit., Rn. 4; HERNÁNDEZ, op. cit., pág. 175-176; FUHRMANN, cit., Rn. 58; PFEIFFER, G., *Strafbare Werbung*, cit., pág. 211-212; OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 85; GRIBKOWSKY, cit., pág. 39-40; NIEMEYER, op. cit., cap. 60, Rn. 8.

<sup>424</sup> Vid. sobre este tema infra Capítulo segundo, epígrafe III.1.b).

<sup>425</sup> Cfr. BAUMBACH / HEFERMEHL, cit., Rn. 3; FUHRMANN, cit., Rn. 6; KÖHLER / PIPER, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, C.H. Beck, München 1995, cap. 4, Rn. 6; LAMPE, E.J., *Unlautere Werbung*, en Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts (Krekeler, W. / Tiedemann, K. / Ulsenheimer, K. / Weinmann, G., Hrsg.), C.F. Müller, Heidelberg 1990, pág. 3; NIEMEYER, op. cit., Rn. 9.

<sup>426</sup> Cfr. BAUMBACH / HEFERMEHL, cit., Rn. 3; PFEIFFER, cit., pág. 211;

Las comunicaciones o declaraciones públicas han de reunir un doble requisito: ser falsas e idóneas para inducir a error. En principio, el significado exacto de cada uno de estos dos conceptos es diferente: una declaración es falsa cuando es objetivamente contraria a la realidad, a los hechos; en cambio, idóneo para inducir a error es el mensaje que puede engañar a sus destinatarios, de modo que su interpretación subjetiva les lleva a obtener una información no acorde con la realidad. Como se verá más adelante<sup>427</sup>, existen dos corrientes en la doctrina alemana: los que interpretan la falsedad en sentido objetivo y la idoneidad para inducir a error en sentido subjetivo<sup>428</sup>, y quienes dan significado a estos dos elementos típicos desde un punto de vista subjetivo, es decir, según cómo interprete la publicidad el público receptor del mensaje.

### c.3. Sujeto activo

La UWG alemana tipifica un delito común, de modo que cualquier sujeto podrá realizar la conducta típica (el texto legal comienza con la palabra "wer": "quien")<sup>429</sup>.

### d) *Tipo subjetivo*

---

GRIBKOWSKY, cit., pág. 39.

<sup>427</sup> Vid. infra Capítulo segundo, epígrafe III.3.a).

<sup>428</sup> De esta forma, el requisito de idoneidad para inducir a error serviría únicamente para excluir del ámbito típico aquellas comunicaciones que, a pesar de ser objetivamente falsas, no llegan a engañar al público; cfr. HERNÁNDEZ, op. cit., pág. 205 y 269; OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 25.

<sup>429</sup> Vid. por todos BAUMBACH / HEFERMEHL, cit., Rn. 12.

El art. 4 de la UWG exige que la emisión de mensajes publicitarios falsos e idóneos para inducir a error se realice a sabiendas ("wissentlich"), con la intención ("absicht") de provocar la apariencia de una oferta especialmente favorable.

A la vista de esta redacción legal la doctrina alemana ha discutido si el delito de publicidad engañosa puede cometerse con dolo eventual o únicamente con dolo directo. La solución que se puede extraer en principio de la redacción típica es que sólo cabe la comisión de este delito con **dolo directo**, puesto que el empleo conjunto de los términos "absicht" y "wissentlich" no da lugar a otra opción. Efectivamente, aunque existen diferentes matices entre uno y otro término, la doctrina alemana en general está de acuerdo en entender que tanto uno como otro excluyen la admisibilidad del dolo eventual; incluso el término "wissentlich", que en un principio designaba cualquier clase de dolo, pasó a quedar establecido como sinónimo únicamente del dolo directo a partir de la EGStGB (Ley de Introducción al Código Penal) de 2-3-1974<sup>430</sup>. Así, teniendo en cuenta que las disposiciones de la Parte General del Código Penal se aplican a las leyes penales especiales<sup>431</sup>, gran parte de la doctrina alemana concluye consecuentemente que el delito del art. 4 de la UWG sólo puede cometerse con dolo directo<sup>432</sup>.

Sin embargo, hay otra parte de la doctrina que considera que sí se debe admitir la comisión de este delito con **dolo eventual**, puesto que el legislador de la UWG empleó el término "wissentlich" cuando éste aún designaba cualquier forma de

---

<sup>430</sup> Vid. por todos ROXIN, C., *Strafrecht. AT*, C.H. Beck, München 1997, Band I, cap. 12, Rn. 17-18. Vid. también SAMSON, E., *Absicht und direkter Vorsatz im Strafrecht*, en *Juristische Arbeitsblätter* 1989, n° 10, pág. 452-454; GEHRIG, K., *Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuch*, Duncker und Humblot, Berlin 1986, pág. 140; GÖHLER, E., *Das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch*, en *NJW* 1974, Band I, pág. 826.

<sup>431</sup> Vid. por todos ROXIN, C., *Strafrecht. AT*, cit., cap. 1, Rn. 7.

<sup>432</sup> Cfr. HERNÁNDEZ, op. cit., pág. 251-252; RAUBE, R., *Strafrechtliche Probleme der progressiven Kundenwerbung unter besonderer Berücksichtigung von Kettenbrief*, Centaurus, Pfaffenweiler 1995, pág. 129; ALBRECHT, U., *Zusätzliche Straf- und Bussgeldtatbestände im Werberecht?*, en *WRP* 1974, n° 12, pág. 658; ZENTRALAUSSCHUSS DER WERBEWIRTSCHAFT, *Werbewirtschaft gegen unangemessene Verschärfung des Werbe-Strafrechts*, en *WRP* 1972, n° 6, pág. 301.

dolo<sup>433</sup>; de esta forma, no se podría aplicar aquí la modificación contenida en la EGStGB si el propio legislador no manifiesta su voluntad expresamente en relación con el art. 4 de la UWG<sup>434</sup>. De todos modos, incluso decantándose por esta opción no puede llegarse a admitir la posibilidad de cometer este delito con dolo eventual, porque tal interpretación aparece vedada por la presencia en el tipo del término "absicht", que incluso este último sector doctrinal identifica unánimemente con el dolo directo<sup>435</sup>. Ante esta situación, se ha propuesto al legislador que prescinda de estos dos términos "absicht" y "wissentlich", de modo que desaparezca la diferenciación entre dolo directo y eventual y se castiguen por igual todas las conductas dolosas<sup>436</sup>.

<sup>433</sup> Cfr. FUHRMANN, cit., Rn. 61; PFEIFFER, cit., pág. 215; OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 90.

<sup>434</sup> Sí que se producía una adecuación del precepto a esta situación en las redacciones típicas de las propuestas efectuadas en 1975 por el Gobierno (Proyecto de Ley de Introducción al Código Penal, BT-Drucks. 7/550) y por el Parlamento (BT-Drucks 7/550 Anlage 2). Ambas propuestas se decantaban por la supresión de toda referencia al elemento subjetivo (eliminan los términos "wissentlich" y "absicht"), de tal modo que se hace posible la comisión del delito de publicidad engañosa con dolo eventual.

Estas propuestas fueron criticadas por KLUG, U., *Zur Strafbarkeit irreführender Werbeangaben*, en GRUR 1975: n° 5, pág. 229 y n° 6, pág. 293, quien consideraba que sólo debe sancionarse este delito cuando es cometido con dolo directo, ya que de otro modo se estaría ampliando innecesariamente el campo de intervención penal. Por esta opción también se decantó en su momento la propuesta efectuada en el Congreso de Comercio e Industria alemanes de 8-6-1973, rechazando la comisión del delito con dolo eventual; vid. en KLUG, cit., n° 6, pág. 295.

Por otra parte, también se ha interpretado la inactividad del legislador con respecto al art. 4 de la UWG en el sentido opuesto al que hemos comentado: así, GRIBKOWSKY, op. cit., pág. 51, afirma que, si tras la redefinición del término "wissentlich" el legislador hubiera querido que el delito de publicidad engañosa pudiese ser cometido con dolo eventual, entonces habría suprimido el término en cuestión para evitar posibles confusiones interpretativas. De todos modos, este autor acaba mostrándose a favor de la incriminación de esta conducta también a título de dolo eventual, siempre que se restrinja adecuadamente el tipo objetivo del art. 4 de la UWG; vid. pág. 112-113.

<sup>435</sup> Cfr. FUHRMANN, cit., Rn. 62; PFEIFFER, cit., pág. 216; OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 93.

<sup>436</sup> Esta era la solución prevista en los Proyectos de reforma del Gobierno y del Parlamento alemán: vid. sobre ellos KLUG, U., *Zur Strafbarkeit irreführender Werbeangaben*, cit., pág. 217 y ss. Cfr. también GREBING, G., *Strafrecht und unlauterer Wettbewerb*, cit., pág. 88; TILMANN, W., *Irreführende Werbeangaben und täuschende Werbung*, en GRUR 1976, n° 9, pág. 546; LAMPE, E.J., *In welcher Weise...*, cit., pág. 42; *Tagungsberichte der Sachverständigenkommission...*, cit., pág. 104.

El precepto exige específicamente que las declaraciones o comunicaciones publicitarias falsas sean emitidas "con la intención de provocar la apariencia de una oferta especialmente ventajosa". Esta intención se manifiesta cuando el ofertante, mediante declaraciones falsas e idóneas para inducir a error, expone una ventaja de su producto o servicio para hacerlo más atractivo a los ojos del público y de este modo incitar a su adquisición. La especialidad de la oferta presentada puede residir en cualquier extremo del producto o servicio, tanto de carácter material como inmaterial: puede consistir en un precio muy reducido, en un determinado origen del producto o servicio, etc.<sup>437</sup>. Baumbach / Hefermehl han señalado que no es necesario que la oferta sea presentada como exageradamente importante, sino que basta con que se presente una ventaja poco común, inusual<sup>438</sup>; no obstante, puntualiza Hernández<sup>439</sup> que tampoco sirve que tal especialidad se predique de cualquier extremo del producto o servicio, sino que debe versar sobre un elemento de estos últimos que resulte especialmente significativo para el público en el momento de efectuar su decisión de compra. A la hora de determinar cuándo tal oferta es efectivamente ventajosa, resulta decisiva la interpretación del público receptor del mensaje; teniendo en cuenta además que tal "ventaja" es un concepto relativo, para establecer cuándo una concreta oferta presenta tal cualidad sería adecuado compararla con el conjunto de las ofertas que promocionan bienes o servicios de la misma clase que el que realmente va a facilitar quien difunde la publicidad engañosa<sup>440</sup>.

---

<sup>437</sup> Cfr. BAUMBACH / HEFERMEHL, cit., Rn. 9; MÜLLER / WABNITZ / JANOVSKEY, *Wirtschaftskriminalität*, München 1997, pág. 194; KÖHLER / PIPER, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, cit., Rn. 9-10; PFEIFFER, *Strafbare Werbung*, cit., pág. 217; VON GAMM, O.F., *Wettbewerbsrecht*, cit., Rn. 9; GRIBKOWSKY, G., *Strafbare Werbung*, cit., pág. 52; ENDRISS, R., *Strafbare Werbung beim Vertrieb von Zeitschriften*, en *Wistra* 1989, n° 3, pág. 93. Cfr. también la sentencia del BGH de 26-2-1987.

<sup>438</sup> Cfr. BAUMBACH / HEFERMEHL, cit., Rn. 9.

<sup>439</sup> Cfr. HERNÁNDEZ, op. cit., pág. 129.

<sup>440</sup> Vid. HERNÁNDEZ, op. cit., pág. 122-126, citando opiniones jurisprudenciales de Tribunales alemanes; también NIEMEYER, en MÜLLER-GUGENBERGER / BIENECK, op. cit., Rn. 35. De todas formas, el primer autor citado propone acudir a criterios más objetivos para determinar cuándo estamos ante una oferta especialmente favorable; así,

Un punto controvertido al analizar este elemento típico consiste en dilucidar si la "apariencia de una oferta especialmente ventajosa" debe ser realmente falsa. Se ha venido afirmando por doctrina y Jurisprudencia que no es exigible tal falsedad, es decir, que las ventajas contenidas en tal oferta pueden ser reales y efectivas, de modo que para cumplir este requisito típico basta con que éstas sean presentadas a los ojos del público mediante afirmaciones falsas e idóneas para inducir a error<sup>441</sup>. Sin embargo, otros autores consideran que esta posibilidad no es viable, puesto que si el mensaje publicitario es realmente falso e idóneo para inducir a error, forzosamente la oferta que se hace pública con este mensaje resultará también falsa; esto resulta claro sobre todo si tenemos en cuenta, como se ha dicho antes, que para determinar esta cualidad de la oferta debe constatarse que la misma aparece de forma más ventajosa que el propio bien o servicio que finalmente será facilitado<sup>442</sup>.

Asimismo es importante destacar que basta simplemente con demostrar que el anunciante tenía esa "intención de provocar la apariencia de una oferta especialmente ventajosa", pero no llega a exigirse que el público llegue efectivamente a creerse la apariencia de esa oferta<sup>443</sup>. Por último, debe ponerse de relieve que gran parte de los autores alemanes aboga por suprimir la exigencia de esta específica intención, ya que constituye un extremo muy difícil de probar, lo cual llevaría en la práctica a la aplicación de este precepto en muy contadas ocasiones<sup>444</sup>.

---

considera más acertado no requerir la "intención" del autor de causar esta apariencia, sino exigir que las declaraciones publicitarias sean objetivamente idóneas para provocarla; vid. pág. 272.

<sup>441</sup> Cfr. BAUMBACH / HEFERMEHL, cit., Rn. 9; FUHRMANN, cit., Rn. 62; NIEMEYER, op. cit., Rn. 37. Vid. en este sentido las sentencias del BayObLG de 25-11-1971 y del OLG Köln de 13-2-1976.

<sup>442</sup> Vid. HERNÁNDEZ, cit., pág. 126-127; OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 96. Como afirman estos autores, tal interpretación es posible al partir de que en el art. 4 de la UWG se protegen directamente y en primer término los intereses económicos de los consumidores. Así, como dice OTTO, si la oferta no es falsa y efectivamente resulta especialmente favorable, no se da la posibilidad de ocasionar al consumidor un perjuicio patrimonial; por lo tanto, en tales casos no se podría hablar de una infracción del art. 4 de la UWG.

<sup>443</sup> Cfr. FUHRMANN, cit., Rn. 62.

<sup>444</sup> Cfr. KLUG, U., *Zur Strafbarkeit...*, cit, nº 6, pág. 290; LAMPE, E.J., *In welcher Weise*

Bastará para apreciar la presencia del dolo la prueba de que el autor sabía perfectamente que su declaración falsa podía ser considerada como una oferta especialmente ventajosa<sup>445</sup>. Esta circunstancia se apreciará claramente, por ejemplo, cuando alguien ofrece en su publicidad un servicio con unas determinadas prestaciones, sabiendo de antemano que no va a cumplir todas las que ha anunciado. Sin embargo, no se considera incluida en el ámbito del art. 4 de la UWG la conducta de quien ofrece un bien o servicio que no quiere o no puede producir en su totalidad; es decir, se exige la intención de efectiva entrega del producto o prestación del servicio, si bien en una forma diversa a la presentada en la publicidad<sup>446</sup>.

#### e) Consumación y tipo de tentativa

El tipo se consuma cuando las manifestaciones publicitarias (que han de ser falsas e idóneas para inducir a engaño) se hacen accesibles al público<sup>447</sup>, basta

---

*soll...*, cit., pág. 39-40; el mismo, *Ist es für einen wirksamen Verbraucherschutz...*, cit., pág. 31; ZENTRALAUSSCHUSS DER WERBEWIRTSCHAFT, *Werbewirtschaft gegen unangemessene Verschärfung des Werbe-Strafrechts*, cit., pág. 298. Asimismo la Comisión de expertos para la lucha contra la criminalidad económica afirma la innecesariedad de probar la existencia de tal intención siempre que se restrinja la sanción penal de la publicidad engañosa sólo a aquellas declaraciones esenciales para la conclusión del contrato de adquisición del bien o servicio anunciados; vid. *Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, cit., pág. 87 y 105.

Por el contrario, también algún autor considera que si se suprime la exigencia de probar esta concreta intención, se integraría un excesivo número de conductas en el tipo penal de publicidad engañosa, con lo cual se estaría ampliando ilimitadamente la intervención del Derecho penal; vid. ALBRECHT, U., *Zusätzliche Straf- und Bussgeldtatbestände im Werberecht*, cit., pág. 657.

<sup>445</sup> Para considerar que el autor ha actuado dolosamente, tiene que saber que sus declaraciones son objetivamente falsas; y en cuanto al requisito de idoneidad para inducir a error, debe conocer básicamente los elementos que van a fundamentar la valoración social del público receptor del mensaje; vid. HERNÁNDEZ, cit., pág. 254 y 262.

<sup>446</sup> Cfr. BAUMBACH / HEFERMEHL, cit., Rn. 9a; RICHTER, H., *Strafbare Werbung beim Vertrieb von Kapitalanlagen*, en Wistra 1987, pág. 118; NIEMEYER, en MÜLLER-GUGENBERGER / BIENECK, op. cit., Rn. 39.

<sup>447</sup> Vid. por todos BAUMBACH / HEFERMEHL, cit., Rn. 17.

simplemente que exista la posibilidad de que una sola persona conozca el mensaje publicitario<sup>448</sup>.

#### f) *Tipos de autoría y participación*

Como ya se ha indicado anteriormente, nos encontramos aquí con un delito común, de modo que podría ser autor del mismo cualquier sujeto que realizase la conducta típica, sin necesidad de que presente ninguna característica especial<sup>449</sup>.

De todos modos, el art. 4 de la UWG contiene en su segundo párrafo una regla especial en materia de autoría: se trata de un supuesto de responsabilidad por actos de terceros, ya que el precepto establece que si la conducta descrita en el párrafo primero es realizada "en una empresa comercial por un dependiente o encargado, será responsable el propietario o director de la empresa junto al dependiente o encargado, si la acción tiene lugar con su conocimiento"<sup>450</sup>.

#### g) *Cuestiones concursales*

La situación concursal más común que se puede dar es la concurrencia de la publicidad engañosa con el delito de estafa, regulado en el art. 263 del Código Penal alemán. La posibilidad de apreciar este concurso se debe a que el art. 4 de la UWG no exige la producción de un perjuicio patrimonial para los consumidores, sino que simplemente se incrimina la difusión de un mensaje publicitario falso e idóneo para engañar al público. Cuando a causa de este mensaje el consumidor realice la

---

<sup>448</sup> Vid. OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 110.

<sup>449</sup> Cfr. BAUMBACH / HEFERMEHL, cit., Rn. 12; FUHRMANN, cit., Rn. 72; OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 113; NIEMEYER, cit., Rn. 41.

<sup>450</sup> Vid. sobre este tema infra Capítulo segundo, epígrafe V.2.b.2.2.



adquisición de un bien o servicio que repercute negativamente en su patrimonio, entonces se podrá apreciar también un delito de estafa<sup>451</sup>.

Existen además otros preceptos en el ordenamiento alemán que pueden concurrir con el art. 4 de la UWG. Así, afirma la doctrina alemana que cabría apreciar un concurso del delito de publicidad engañosa con el art. 287 del Código Penal, que sanciona la **promoción ilícita de rifas o loterías**<sup>452</sup>, o con el art. 15 de la UWG, que castiga la **difamación comercial**<sup>453</sup>.

<sup>451</sup> Cfr. BAUMBACH / HEFERMEHL, cit., Rn. 2; FUHRMANN, cit., Rn. 75; KÖHLER / PIPER, op. cit., art. 4, Rn. 16; TIEDEMANN, K., *Strafrecht in der Marktwirtschaft*, en Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, pág. 541; OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 134; RICHTER, H., *Strafbare Werbung beim Vertrieb von Kapitalanlagen*, cit., pág. 120.

<sup>452</sup> Cfr. TRÖNDLE / FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, C.H. Beck, München 1999, art. 287, Rn. 15; LACKNER / KÜHL, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, C.H. Beck, München 1999, art. 287, Rn. 9; FUHRMANN, cit., Rn. 75; PFEIFFER, cit., pág. 220; OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 134.

El art. 287 del CP alemán establece lo siguiente: "Quien sin la debida autorización promoció rifas o loterías de cosas muebles o inmuebles, especialmente quien ofrezca la conclusión de contratos de juego para realizar una lotería pública, o quien acepte las ofertas dirigidas a la conclusión de tales contratos de juego, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

Quien haga publicidad de las rifas o loterías a que se refiere el párrafo primero, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa." (Debe señalarse que este segundo párrafo fue introducido por la Ley de Reforma del Código Penal de 13-11-1998; no obstante, el concurso entre el art. 4 de la UWG y el art. 287 del CP es admitido en los comentarios tanto anteriores como posteriores a la mencionada reforma del Texto punitivo).

La admisibilidad de esta situación concursal se debe a que el bien jurídico protegido en el art. 287 es distinto al del art. 4 de la UWG, ya que se ha centrado básicamente en el patrimonio individual del jugador (vid. ARZT / WEBER, *Strafrecht. BT*, Gieseking, Bielefeld 2000, cap. 24, Rn. 38, y bibliografía citada; OTTO, H., *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, Walter de Gruyter, Berlin 1998, cap. 55). De todos modos, hay que destacar que la doctrina ha expresado sus dudas sobre el merecimiento de pena de las conductas descritas en este art. 287, puesto que al fin y al cabo su contenido de injusto se reduce a la infracción de disposiciones estatales en materia de autorizaciones administrativas (vid. ARZT / WEBER y OTTO, *ibidem*; vid. también las consideraciones de ESER, en SCHÖNKE / SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, C.H. Beck, München 1997, art. 284, Rn. 1; y de MAURACH / SCHRÖDER / MAIWALD, *Strafrecht. BT*, Teilband I, C.F. Müller, Heidelberg 1995, cap. 44, Rn. 2, quienes consideran, si bien desde una perspectiva crítica, que el bien jurídico aquí protegido es la explotación económica del juego bajo control estatal).

<sup>453</sup> Cfr. OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 134.

El art. 15 de la UWG establece: "Quien a sabiendas afirme o divulgue sobre el

Cabe poner de relieve que existe una serie de leyes especiales en las que también hay preceptos que sancionan penalmente la **publicidad engañosa llevada a cabo en determinados ámbitos del mercado**. Se trata fundamentalmente de la *Lebensmittelgesetz* (Ley de productos alimenticios; arts. 17, 23, 27 y 52), *Weingesetz* (Ley del vino; art. 67) y *Heimittelwerbegesetz* (Ley de publicidad de medicamentos; art. 3); en estas leyes se castiga la publicidad engañosa realizada en los concretos ramos comerciales a que se refiere cada una de las disposiciones legislativas<sup>454</sup>. Teniendo en cuenta que estos preceptos se refieren a publicidad que versa sobre productos muy concretos, alguna doctrina alemana afirma que se trata de leyes especiales de aplicación preferente al art. 4 de la UWG, de modo que no se producirá una situación concursal<sup>455</sup>. En cambio, otra parte de la doctrina considera el art. 4 de la UWG y los preceptos señalados de las indicadas leyes poseen un radio de protección diferente, de modo que sí podría apreciarse una situación concursal<sup>456</sup>.

También la doctrina examina la posible existencia de una situación concursal entre el art. 4 de la UWG y los arts. 399 y 400 de la *Aktiengesetz* (Ley sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas), 82 de la *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (Ley de sociedades de responsabilidad limitada), 88-89 de la *Börsengesetz* (Ley de la Bolsa) y 264a del Código Penal (estafa en la inversión de

---

negocio de un tercero, sobre el propietario o director de tal negocio o sobre sus productos o servicios industriales, hechos contrarios a la verdad que sean idóneos para perjudicar a este negocio o empresa, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa.

Si los hechos a que se refiere el párrafo primero son afirmados o divulgados en una empresa por un dependiente o empleado, es también responsable penalmente el dueño de la empresa junto con el dependiente o empleado, cuando la acción ocurre con su conocimiento."

<sup>454</sup> Se trata de preceptos que presentan unas exigencias típicas menos estrictas que el art. 4 de la UWG. Se incrimina la publicidad meramente "engañosa" (sin exigir una falsedad objetiva), siendo suficiente únicamente la idoneidad para inducir a error, la cual será constatable recurriendo a la interpretación media del público; vid. HERNÁNDEZ, cit., pág. 159, 14, 21-25 y 28.

<sup>455</sup> Cfr. PFEIFFER, cit., pág. 220; OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 135.

<sup>456</sup> Cfr. BAUMBACH / HEFERMEHL, cit., Rn. 2; HERNÁNDEZ, cit., pág. 159-161; FUHRMANN, cit., Rn. 75; NIEMEYER, cit., cap. 60, Rn. 22 y 44. Vid. también, negando que las normas citadas son leyes especiales con respecto al art. 4 de la UWG, las sentencias del BayObLG de 25-11-1971 y del LG Bad Kreuznach Kleine Strafkammer de 2-6-1998.

capital). En estos últimos preceptos se trata básicamente de sancionar las manifestaciones públicas falsas referidas a los informes y a la situación general de una sociedad mercantil o del mercado bursátil, para impedir que los posibles acreedores o inversores efectúen actos de disposición patrimonial basados en informaciones no verdaderas<sup>457</sup>. En torno a esta cuestión tampoco hay acuerdo doctrinal, ya que algunos autores consideran que cabe apreciar una situación concursal entre el delito de publicidad engañosa y los demás preceptos señalados<sup>458</sup>, mientras que otros opinan que estos últimos constituyen normas especiales que desplazan al art. 4 de la UWG<sup>459</sup>; se trata de una situación de concurrencia bastante controvertida que, como se verá más adelante<sup>460</sup>, reviste especial importancia en las relaciones entre el art. 4 de la UWG y el art. 264a del Código Penal alemán.

#### h) Penalidad

El art. 4 de la UWG conmina el delito de publicidad engañosa con **pena de privación de libertad de hasta 2 años o con multa**. La previsión de estas penas se hace de forma alternativa, de modo que sólo cabe imponer una de ellas. Sin embargo, considera la doctrina alemana que cuando el autor actúa con ánimo de lucro (lo cual va a ocurrir en la mayor parte de los casos subsumibles en el art. 4 de la UWG), puede imponerse una pena de multa junto a la pena privativa de libertad, en virtud de lo dispuesto en el art. 41 del Código Penal alemán<sup>461</sup>.

---

<sup>457</sup> Vid. sobre estos preceptos MÜLLER-GUGENBERGER / BIENECK (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., cap. 27, Rn. 125 y ss. Y 142 y ss., y cap. 68, Rn. 10 y ss, y bibliografía citada.

<sup>458</sup> Cfr. FUHRMANN, cit., Rn. 75.

<sup>459</sup> Cfr. OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 136.

<sup>460</sup> Vid. infra epígrafe 3.

<sup>461</sup> Vid. por todos BAUMBACH / HEFERMEHL, cit., Rn. 18. El art. 41 del CP alemán dispone lo siguiente: "Si el autor se ha enriquecido o ha intentado enriquecerse mediante la comisión del delito, junto a la pena privativa de libertad puede imponerse una pena de multa

### i) *Perseguibilidad*

El art. 22 de la UWG establece que el delito de publicidad engañosa se perseguirá de oficio, al indicar que "el hecho será perseguible a instancia de parte, con excepción de los supuestos de los arts. 4 y 6c"<sup>462</sup>. Sin embargo a continuación, el mismo art. 22 (y también el art. 374 de la Strafprozessordnung o Ley procesal penal alemana) determina que "a consecuencia de la comisión de los delitos de los arts. 4 y 6c, podrán presentar acción privada, además del ofendido, los empresarios y asociaciones indicadas en el art. 13"<sup>463</sup>. En este punto es importante señalar que, según el art. 376 de la Ley procesal penal alemana, en los delitos que admiten acción privada sólo podrá ejercitarse acción pública por parte del Fiscal cuando exista interés público. Teniendo en cuenta que, como se verá más adelante, es inherente a la actividad publicitaria la afectación de los intereses de los consumidores, obtendremos como conclusión que el delito del art. 4 de la UWG puede ser perseguido tanto de oficio como mediante acción privada<sup>464</sup>.

## 2. Proyecto alternativo de Código Penal

---

no prevista en el tipo penal o contemplada alternativamente, cuando ello resulte indicado considerando las circunstancias personales y económicas del autor."

<sup>462</sup> Debe advertirse que la persecución de oficio es el principio general que rige de modo casi absoluto en el Derecho procesal de Alemania: cfr. ROXIN, C., *Derecho procesal penal* (Traducción por Córdoba, G.E. / Pastor, D.R.), Editores del Puerto, Buenos Aires 2000, pág. 82 y ss.

<sup>463</sup> El art. 13 de la UWG se refiere a los "empresarios que comercializan productos o servicios iguales o semejantes en el mismo sector del mercado", "asociaciones para la protección de intereses profesionales" y "asociaciones entre cuyos objetivos está la información y asesoramiento de los consumidores".

<sup>464</sup> Vid. infra Capítulo segundo, epígrafe VII.1.

En 1977 fue publicado por un grupo de autores alemanes un Proyecto Alternativo de Código penal centrado únicamente en los delitos económicos que se sugería tipificar en la parte especial del Texto punitivo. Esta propuesta constaba de 32 artículos, y concretamente dentro del Título rubricado "Delitos contra la competencia y los consumidores" se halla el art. 177: "Publicidad con declaraciones falsas". Estos autores proponían, por lo tanto, retirar el delito de publicidad engañosa de la Ley contra la competencia desleal (UWG) y situarlo en el propio Código Penal<sup>465</sup> con la siguiente redacción:

**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, 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.**

Los autores del Proyecto Alternativo<sup>466</sup> atribuyen a este precepto un amplio campo de protección: la tutela de los consumidores y cualquier otra clase de

---

<sup>465</sup> Se manifiesta aquí la tendencia, defendida por gran parte de la doctrina alemana, a concentrar en la medida de lo posible todo el Derecho penal económico dentro del Código Penal; vid. LAMPE, E.J., *In welcher Weise soll...*, cit., pág. 46-48; TIEDEMANN, K., *Delitos contra el orden económico*, en *La reforma penal: cuatro cuestiones fundamentales* (AAVV), Madrid 1982, pág. 172.

<sup>466</sup> Vid. las opiniones de estos autores que se exponen a continuación en LAMPE, E.J. Y OTROS, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, cit., pág. 38 y ss.

demandantes en el mercado, pero también simultáneamente los demás **competidores** en el mercado. En cuanto a los primeros, se reconoce que lo que se protege concretamente es su libertad de disposición económica, que puede verse dañada ante la difusión en serie de publicidad engañosa dentro del mercado.

La nueva redacción elaborada en este Proyecto intenta dar solución a los problemas que planteaba el texto de la UWG a la hora de incluir determinados supuestos de hecho en el marco del tipo legal.

Así, en primer lugar, el nuevo texto no dice únicamente que la publicidad ha de dirigirse a un círculo indeterminado de personas, sino que añade que tales declaraciones pueden realizarse "públicamente" sin más. De este modo, ya no plantea ningún problema interpretativo incluir en el tipo los mensajes publicitarios dirigidos a una sola persona pero que son repetidos posteriormente a más individuos (la ya mencionada "Tür-zu-Tür-Werbung"), puesto que ya no se exige la concurrencia de un público numeroso en cada emisión del mensaje.

En segundo lugar, sólo se requiere que las declaraciones publicitarias sean falsas, sin exigir a mayores que sean idóneas para inducir a error. Se elimina este último requisito porque se considera que depende demasiado de la interpretación subjetiva del público y que requiere una comprobación muy exhaustiva. Evidentemente, también reconocen los autores del Proyecto que la determinación de cuándo una publicidad es falsa no depende sólo de criterios objetivos, sino que también tiene relevancia la forma en que el mensaje es entendido por el público. Sin embargo, la mera falsedad es un criterio más objetivo y restringido que la idoneidad para inducir a error, de modo que se restringe así el tipo a los supuestos más graves y perjudiciales de publicidad engañosa.

Con el objeto asimismo de limitar la intervención del Derecho penal a las actuaciones más intolerables en este ámbito, se incrimina solamente la publicidad que verse sobre **circunstancias de los productos o servicios que sean esenciales para la conclusión del contrato de adquisición de los mismos**. El párrafo segundo del art. 177 ofrece una lista ejemplificativa de circunstancias que el legislador considera esenciales en tal sentido, y básicamente coincide con la enumeración contenida en el art. 4 de la UWG. La nueva lista es asimismo de carácter abierto, de modo que cabe

incluir en el tipo la publicidad engañosa que verse sobre cualquier otra circunstancia siempre que se pruebe que es de carácter esencial para la conclusión del contrato.

Otra novedad destacable del texto legal propuesto es la ausencia de los términos "absicht" y "wissentlich" contenidos en el art. 4 de la UWG. Con la eliminación de los mismos se trata de no restringir la comisión del delito únicamente a título de dolo directo, de modo que así no habría ningún problema para admitir su comisión con **dolo eventual**.

Por último, puede apreciarse que se suprime el párrafo segundo del art. 4 de la UWG, que establecía la responsabilidad penal del propietario o director de una empresa cuando estaba al corriente de que sus empleados o dependientes estaban llevando a cabo la conducta delictiva de publicidad engañosa. Si bien los autores del Proyecto consideran acertada esta previsión, omiten su mención en el delito de publicidad engañosa porque consideran que debe establecerse como una disposición de carácter general para todo el ámbito del Derecho penal económico<sup>467</sup>.

### **3. La estafa en la inversión de capital**

A diferencia del Derecho español, que contiene un delito general de publicidad falsa, el Derecho alemán presenta, junto al ya comentado art. 4 de la UWG, un tipo que incrimina la publicación de datos falsos sobre diversos aspectos de la vida social con el objeto de inducir al público a invertir en la sociedad. Este delito ("Kapitalanlagebetrug") se contiene en el art. 264a del Código Penal alemán, y fue introducido por la 2ª Ley para la lucha contra la criminalidad económica (2. WiKG) de 1986. Debe hacerse notar que ya en el **Proyecto Alternativo de Código Penal de 1977** se reclamaba la creación de un precepto de esta naturaleza (se trataba

---

<sup>467</sup> A favor de esta opción también GRIBKOWSKY, G., *Strafbare Werbung*, cit., pág. 117; LAMPE, E.J., *In welcher Weise soll ...*, cit., pág. 57.

del art. 188 del Proyecto: "Declaraciones falsas en prospectos"), proponiendo los autores del Texto su redacción en la siguiente forma:

**Será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa el que en prospectos o en comunicaciones análogas de una empresa, que sean publicadas con la finalidad de lograr la suscripción o la compraventa de participaciones en tal empresa, efectúe declaraciones falsas sobre circunstancias relevantes para la decisión relativa a la suscripción, la compraventa o la concesión de préstamos, o silencie tales circunstancias.**

**Quien realice imprudentemente las declaraciones falsas, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.**

Como se verá a continuación, el texto proyectado no difiere mucho en su esencia del vigente art. 264a del StGB, ya que se incrimina únicamente la emisión de comunicaciones falsas (prescindiendo del calificativo "engañosas"), se tipifica expresamente la omisión, y se restringe el objeto material a circunstancias que incidan de forma relevante en la decisión de efectuar la operación publicitada. Cabe resaltar, sin embargo, que el legislador ha optado por no tipificar la modalidad imprudente propuesta por los autores del Proyecto, quienes partían de que todo aquel que pretende financiarse a través de la captación del dinero del público, se encuentra en una posición que lo determina a ser extremadamente cuidadoso con la veracidad de sus declaraciones<sup>468</sup>.

La redacción típica del art. 264a del StGB es la siguiente:

**Será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa quien en relación con**

---

<sup>468</sup> Vid. sobre esta propuesta LAMPE, E.J. Y OTROS, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, cit., pág. 70 y ss.



1. la venta de títulos-valores, de derechos de suscripción o de acciones que deban otorgar una participación en el resultado de una empresa, o con

2. la oferta de ampliar la inversión de capital sobre tales participaciones, en folletos, comunicaciones o cuadros que reflejen el estado patrimonial, y ante un extenso círculo de personas, efectúe alegaciones ventajosas falsas o silencie hechos perjudiciales, referentes a circunstancias relevantes para decidir acerca de su adquisición o su ampliación.

Lo dispuesto en el párrafo 1 es de aplicación, en su caso, cuando el hecho se refiera a participaciones en un patrimonio que una empresa administra en nombre propio, aunque sea por cuenta ajena.

No será castigado con arreglo a los párrafos 1 y 2 quien voluntariamente evite que, como consecuencia del hecho, se produzca la operación referente a la adquisición o la ampliación. Si la operación no llega a realizarse sin que el autor haya intervenido, éste queda exento de pena si, voluntaria y seriamente, se esfuerza en evitar su producción.

Según la doctrina alemana, el bien jurídico protegido en este precepto es el funcionamiento del mercado financiero. La necesidad de protección de este mercado surge como consecuencia, por un lado, del desarrollo de nuevas formas de inversión y, por otro lado, de la apertura de los mercados financieros más allá de las fronteras nacionales. Este desarrollo de los negocios de inversión provoca que ni las sanciones en los ámbitos civil y administrativo ni tipos penales como la estafa resulten aptos para proteger al inversor no experimentado ante concretas situaciones en el ámbito del mercado financiero, como por ejemplo la adquisición de acciones extranjeras o la realización de determinadas operaciones especulativas<sup>469</sup>. Por lo tanto, de aquí se

---

<sup>469</sup> Vid. TRÖNDLE / FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, cit., art. 264a, Rn. 2; CRAMER, en SCHÖNKE / SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, cit., art. 264a, Rn. 2; TIEDEMANN, K., *Kapitalanlagebetrug*, en *Leipziger Kommentar. Grosskommentar* (Jähne / Laufhütte / Odersky, Hrsg.), Walter de Gruyter, Berlin 1997, 24. Lfg., art. 264a, Rn. 2; MAURACH / SCHROEDER / MAIWALD, *Strafrecht. BT*, cit., cap. 41 III, Rn. 180; GÄBHARD, B., *Das Tatbestandsmerkmal der "wesentlichen Umstände" beim Kapitalanlagebetrug*, Freiburg i. Br. 1993, pág. 100; WORMS, A., *Anlegerschutz durch*

deduce que el mencionado bien jurídico "*funcionamiento del mercado financiero*"<sup>470</sup>, o "*confianza*"<sup>471</sup> o "*interés*"<sup>472</sup> de la colectividad en el funcionamiento del mercado financiero, constituye un bien supraindividual construido para proteger el patrimonio de los inversores individuales frente a los peligros que se acaban de mencionar<sup>473</sup>, configurando para ello un delito de peligro abstracto con respecto al patrimonio individual<sup>474</sup>.

---

*Strafrecht*, Dr. Peter Deubner, Köln 1987, pág. 258-259 y 303-305; WEBER, U., *Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, en NSTZ 1986, n° 1, pág. 486; JOECKS, W., *Anleger - und Verbraucherschutz durch das 2. WiKG*, en Wistra 1986, pág. 142-143; TIEDEMANN, K., *Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, en JZ 1986, pág. 872. Se trata en suma de un precepto bien acogido por la doctrina alemana; y se ha señalado que, si bien apenas ha sido aplicado por los Tribunales, se trata de una norma que posee un importante efecto preventivo; vid. TIEDEMANN, K., *Kapitalanlagebetrug*, cit., Rn. 8.

<sup>470</sup> Cfr. CRAMER, en SCHÖNKE / SCHRÖDER, op. cit., art. 264a, Rn. 1.

<sup>471</sup> Cfr. TRÖNDLE / FISCHER, op. cit., Rn. 4; OTTO, H., *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, cit., cap. 61, Rn. 38.

<sup>472</sup> Cfr. LACKNER / KÜHL, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, cit., art. 264a, Rn. 1.

<sup>473</sup> Cfr. TIEDEMANN, K., *Kapitalanlagebetrug*, cit., Rn. 13, que habla de la existencia del bien supraindividual "funcionamiento del mercado financiero" como forma de proteger el patrimonio y la libertad de disposición de los inversores. Incluso la Jurisprudencia afirma que la confianza de la colectividad en el funcionamiento del mercado financiero es protegida en el art. 264a del StGB para tutelar el patrimonio de los inversores individuales; vid. en este sentido la sentencia del BGH 21-10-1991. En la misma línea vid. también GÄBHARD, B., *Das Tatbestandsmerkmal der "wesentlichen Umstände" beim Kapitalanlagebetrug*, cit., pág. 177.

Vid. en contra ASSMANN, H.D. / SCHÜTZE, R.A., *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, C.H. Beck, München 1997, cap. 8, Rn. 53, y WORMS, A., *Anlegerschutz durch Strafrecht*, cit., pág. 314, manifestando que el único bien jurídico aquí tutelado es el patrimonio individual, lo cual produce como efecto reflejo que resulte protegido el funcionamiento del mercado financiero.

De cualquier forma, lo que resulta claro es que el funcionamiento del mercado financiero no se protege como un bien jurídico autónomo, puesto que no se castiga cualquier tipo de publicidad falsa, sino sólo la realización de alegaciones ventajosas falsas y el silencio de hechos perjudiciales, es decir, se sancionan las conductas que van a repercutir negativamente en el patrimonio del inversor; vid. WORMS, A., *Anlegerschutz durch Strafrecht*, cit., pág. 328.

<sup>474</sup> Vid. por todos CRAMER, op. cit., Rn. 1.

En cambio, WORMS, op. cit., pág. 350, prefiere denominarlo "delito de peligro abstracto-concreto", teniendo en cuenta que en determinados supuestos puede apreciarse un auténtico peligro concreto para el patrimonio del inversor.

El art. 264a del Código Penal alemán está tipificando realmente un delito de publicidad falsa, cuyo **objeto material** aparece restringido con respecto al art. 4 de la UWG: se limita exclusivamente a las declaraciones falsas referidas a *títulos-valores, acciones o derechos de suscripción*, que son realizadas a través de medios publicitarios con motivo de ofrecer negocios de inversión, es decir, con ocasión de la venta de tales valores o de la oferta de ampliación de capital de una sociedad<sup>475</sup>. Asimismo hay que destacar que sólo serán típicas las declaraciones referidas a circunstancias "relevantes" para la decisión de efectuar la inversión promocionada<sup>476</sup>.

Además de esta importante diferencia, existen otros elementos típicos que marcan la distinción entre el tipo del art. 264a del Código Penal y el delito de la UWG.

La descripción de la **conducta típica** ya aparece de forma diversa en los dos delitos. El tipo contenido en el Código Penal incrimina a quien "*efectúe alegaciones ventajosas falsas o silencie hechos perjudiciales*", con lo cual ya se pueden apreciar dos diferencias importantes con respecto al art. 4 de la UWG. En primer lugar, se exige, simplemente que las alegaciones vertidas sean falsas objetivamente, sin que sea necesario el requisito adicional de "idoneidad para inducir a error". Tales alegaciones no sólo pueden referirse a hechos reales, sino que también puede tratarse de juicios de valor o pronósticos sobre la viabilidad de la inversión; con respecto a esta segunda modalidad de declaraciones, puede predicarse su falsedad siempre que, según un juicio objetivo de los hechos, no se llegue como conclusión lógica al resultado pronosticado por quien ofrece la inversión en el mercado<sup>477</sup>.

En segundo lugar, debe hacerse referencia al tema de la omisión: si en el art. 4 de la UWG la ocultación de una característica esencial del producto o servicio podía ser incluida en el tipo entendiéndola como un acto positivo ("emisión de una

<sup>475</sup> Cfr. CRAMER, op. cit., Rn. 3-16.

<sup>476</sup> Cfr. TRÖNDLE / FISCHER, cit., Rn. 12; LACKNER / KÜHL, cit., Rn. 13; CRAMER, cit., Rn. 30-32.

<sup>477</sup> Cfr. CRAMER, op. cit., Rn. 24; TIEDEMANN, K., *Kapitalanlagebetrug*, cit., Rn. 53-54; ASSMANN / SCHÜTZE, *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, cit., Rn. 69-72; WORMS, cit., pág. 325-326.

declaración falsa", teniendo en cuenta que la falsedad proviene del hecho de silenciar tal característica esencial)<sup>478</sup>, en el art. 264a no hace falta efectuar esa interpretación, ya que la propia redacción del tipo castiga expresamente a quien "silencie hechos perjudiciales", previendo de este modo una modalidad omisiva junto con la modalidad activa de "efectuar alegaciones ventajosas falsas"<sup>479</sup>.

En cuanto a la **penalidad**, se puede apreciar entre ambos delitos una ligera diferencia: aunque tanto en la UWG como en el Código Penal se prevé la *aplicación alternativa de pena privativa de libertad o multa*, nos encontramos con que el límite máximo de la pena de *prisión* es dos años en el delito de publicidad engañosa y *tres años* en la estafa en la inversión de capital.

Por otra parte, entre los dos delitos comentados existen paralelismos importantes. En este punto, cabe resaltar que en ninguno de los dos tipos se exige la producción de un perjuicio patrimonial, es decir, ambos se **consuman** simplemente con la emisión de la publicidad falsa<sup>480</sup>. Debe tenerse en cuenta que la distinta naturaleza del objeto material determina que no todos los medios sean adecuados para la publicidad referida a las inversiones de capital: esta circunstancia ya ha sido tenida en cuenta por el legislador, puesto que el art. 264a del Código Penal prevé expresamente que la publicidad que contempla se hará a través de "folletos, comunicaciones o cuadros que reflejen el estado patrimonial" de una sociedad<sup>481</sup>.

En lo que sí hay total coincidencia en ambos tipos es en que la información va dirigida a un **círculo indeterminado de personas**, lo cual es característica esencial de todo tipo de publicidad. También en el art. 264a del Código Penal se entiende de forma amplia la referencia a un extenso círculo de personas, sin que sea necesaria la

<sup>478</sup> Vid. infra Capítulo segundo, epígrafe III.3.c).

<sup>479</sup> Vid. por todos TIEDEMANN, K., *Kapitalanlagebetrug*, cit., Rn. 61 y ss.

<sup>480</sup> Cfr. TRÖNDLE / FISCHER, cit., Rn. 3; OTTO, H., *Grundkurs Strafrecht*, cit., Rn. 38; CRAMER, cit., Rn. 1 y 37. Vid. también en el mismo sentido la sentencia del OLG Köln 13-4-1999.

<sup>481</sup> Vid. CRAMER, cit., Rn. 17 y ss; TIEDEMANN, K., cit., Rn. 34 y ss.

presencia de alguna característica común para todos los miembros del grupo; así, cabe admitir la publicidad efectuada a domicilio ("Tür-zu-Tür Verkauf"), la publicidad contenida en prospectos que se dejan en lugares abiertos al público, la oferta realizada por teléfono tras escoger aleatoriamente a diferentes personas en la guía telefónica ("Telefonverkäufern"), la comunicación del mensaje publicitario a un representante para que lo repita al círculo de clientes habituales, etc., no olvidando el requisito de que se mantenga el mismo contenido en los mensajes repetidos sucesivamente<sup>482</sup>.

Otras coincidencias destacadas entre ambos tipos son las siguientes: sólo pueden cometerse dolosamente, no se considera punible la tentativa, y no se exige ninguna cualidad especial para ser autor del delito<sup>483</sup>.

Una de las cuestiones más importantes que hay que tratar en relación con el delito de estafa en la inversión de capital es su relación de concurrencia con el art. 4 de la UWG. Como se acaba de analizar, las similitudes entre uno y otro precepto originan que en determinadas ocasiones se plantee la duda de cuál de las dos normas es aplicable a un concreto supuesto de hecho. Un sector doctrinal considera que el art. 264a del Código Penal es ley especial con respecto al art. 4 de la UWG, de tal modo que será de aplicación preferente a este último<sup>484</sup>.

Sin embargo, algunos autores puntualizan que en algunos casos podría apreciarse un concurso ideal de delitos, siendo de aplicación ambos preceptos al mismo hecho delictivo: este sería el caso, por ejemplo, en el que la publicidad relativa a la inversión de capital no se realizase sólo a través de los prospectos y demás modalidades previstas en el art. 264a del Código Penal, sino que también se emitiese por otros medios de comunicación que sí están comprendidos en el art. 4 de

---

<sup>482</sup> Cfr. TRÖNDLE / FISCHER, cit., Rn. 13; LACKNER / KÜHL, cit., Rn. 11; OTTO, H., *Grundkurs Strafrecht*, cit., Rn. 56; CRAMER, cit., Rn. 33; TIEDEMANN, K., *Kapitalanlagebetrug*, cit., Rn. 44-46; WORMS, cit., pág. 338.

<sup>483</sup> Vid. por todos TIEDEMANN, op. cit., Rn. 17 y 65.

<sup>484</sup> Cfr. OTTO, op. cit., Rn. 67; RICHTER, H., *Strafbare Werbung beim Vertrieb von Kapitalanlagen*, cit., pág. 120.

la UWG<sup>485</sup>. En lógica conexión con lo anterior, si la publicidad falsa relativa a las inversiones de capital no se realiza a través de ninguna de las formas previstas en el art. 264a del StGB, entonces se aplicará únicamente el art. 4 de la UWG, siempre que se cumplan además los restantes requisitos típicos de este precepto<sup>486</sup>.

Por último, debe hacerse referencia a las consecuencias del **arrepentimiento activo** previstas en el párrafo 3 del art. 264a del StGB<sup>487</sup>: no va a ser castigado el autor del delito si evita voluntariamente que el inversor efectúe la operación publicitada falsamente; además, aunque tal inversión no llegue a realizarse por causas ajenas al autor, éste también quedará exento de pena si se había esforzado seriamente en evitarla. Una interpretación coherente de esta disposición exige entender que las conductas de arrepentimiento aquí descritas no sólo eximen de la pena del art. 264a, sino que también han de considerarse como un desestimiento de una estafa contractual, impidiendo asimismo cualquier sanción por este último concepto<sup>488</sup>.

## II. DERECHO FRANCÉS

<sup>485</sup> Cfr. TRÖNDLE / FISCHER, cit., Rn. 18; LACKNER / KÜHL, cit., Rn. 17; CRAMER, cit., Rn. 19 y 41; TIEDEMANN, K., *Kapitalanlagebetrug*, cit., Rn. 84; GÖSSEL, K.H., *Strafrecht. BT*, Band 2, C.F. Müller, Heidelberg 1996, cap. 23, Rn. 91.

<sup>486</sup> Cfr. TIEDEMANN, op. cit., Rn. 84; RICHTER, H., *Strafbare Werbung beim Vertrieb von Kapitalanlagen*, cit., pág. 117 y ss; WORMS, cit., pág. 352.

<sup>487</sup> Cfr. TIEDEMANN, K., *Kapitalanlagebetrug*, cit., Rn. 70.

<sup>488</sup> Cfr. TIEDEMANN, ibidem; TRÖNDLE / FISCHER, cit., Rn. 16; SCHMID, en *Wirtschaftsstrafrecht* (Müller-Gugenberger / Bieneck, Hrsg.), cit., cap. 27, Rn. 122; cfr. también WORMS, cit., pág. 346-347, cuestionándose además, desde una perspectiva político-criminal, sobre la conveniencia de la previsión de este arrepentimiento activo. De opinión contraria a estos autores cfr. LACKNER / KÜHL, cit., Rn. 16; OTTO, H., *Grundkurs Strafrecht*, cit., cap. 61, Rn. 66; RICHTER, H., *Strafbare Werbung...*, cit., pág. 120.

La tipificación de un delito de publicidad engañosa se produce por vez primera en Francia en una Ley de 2 de julio de 1963. Aunque la creación de este delito se consideró acertada, debido a las dificultades existentes hasta entonces a la hora de perseguir determinados comportamientos desviados en el ámbito de la publicidad, realmente su redacción era sumamente defectuosa, lo cual provocó que en la práctica los Tribunales aplicasen pocas veces este tipo penal<sup>489</sup>. Diez años más tarde, la "Loi d'orientation du commerce et de l'artisanat", de 27 de diciembre de 1973 (más conocida como Ley Royer), creó en su art. 44 un nuevo delito de publicidad engañosa, que fue ligeramente reformado por la Ley de 10 de enero de 1978 sobre la protección y la información de los consumidores. En la actualidad, el delito de publicidad engañosa previsto por la Ley Royer se encuentra regulado en el "Code de la consommation" (Ley nº 93-949, de 26 de julio de 1993), y aunque se ha desgajado en siete artículos (arts. 121-1 a 121-7), presenta las mismas características y requisitos que su antecedente en el art. 44 de la Ley de 1973. La redacción concreta del art. 121-1 del Code de la consommation, que prohíbe la publicidad engañosa, es la siguiente:

**Se prohíbe toda publicidad que contenga, bajo cualquier forma de presentación, alegaciones, indicaciones o representaciones falsas o susceptibles de inducir a error, cuando se refieran a uno o varios de los elementos siguientes: existencia, naturaleza, composición, cualidades sustanciales, utilidades, especie, origen, cantidad, modo y fecha de fabricación, propiedades, precio y condiciones de venta, condiciones de uso, resultados que pueden esperarse de su uso, motivos o procedimientos de la venta o de la prestación de servicios, alcance de los compromisos asumidos por el anunciante, identidad, cualidades o aptitudes del fabricante, de los vendedores, de los promotores o de los prestatarios.**

---

<sup>489</sup> Cfr. JEANDIDIER, W., *Droit pénal des affaires*, Dalloz, Paris 2000, marg. 404; MAYER, D., *Droit pénal de la publicité*, Masson, Paris 1979, pág. 75.

El Code de la consommation parte de un concepto amplio de **publicidad**, admitiendo que ésta pueda manifestarse mediante alegaciones, indicaciones o representaciones<sup>490</sup>. Por un lado, el vocablo "alegaciones" coincide con el empleado por el Código Penal español, refiriéndose a cualquier afirmación escrita; por otra parte, el término "representaciones" alude a todo tipo de expresión o manifestación que pueda constituir publicidad, no sólo palabras, sino también imágenes, sonidos, incluso simples referencias, sugerencias, asociaciones de ideas, etc., que en el Derecho español pueden englobarse en la expresión "manifiesten características inciertas". Para mayor concreción, el texto francés añade la palabra "indicaciones", que permite abarcar cualquier advertencia o llamada de atención al consumidor, por insignificantes que sean<sup>491</sup>.

Si bien la publicidad engañosa puede versar sobre cualquier bien o servicio sin restricción alguna, se establece en cambio en la ley una **lista cerrada de características de tales bienes o servicios**, de modo que el mensaje publicitario ha de referirse necesariamente a uno o varios aspectos de los contenidos en esa lista para que pueda caer bajo la órbita de este precepto. Así, la publicidad debe versar sobre alguno/s de los siguientes elementos de los bienes o servicios anunciados: existencia, naturaleza, composición, cualidades sustanciales, utilidades, especie, origen, cantidad, modo y fecha de fabricación, propiedades, precio y condiciones de venta, condiciones de uso, resultados que pueden esperarse de su uso, motivos o procedimientos de la venta o prestación de servicios, alcance de los compromisos asumidos por el anunciante, identidad, cualidades o aptitudes del fabricante, de los

---

<sup>490</sup> Esta redacción legislativa supone una notable mejora con respecto a la primera tipificación de la publicidad engañosa contenida en la mencionada Ley de 1963, que sólo preveía la realización de publicidad mediante "alegaciones". Además, la Ley de 1963 se refería a "alegaciones precisas", siendo este último adjetivo suprimido con buen acierto por la Ley Royer, de tal modo que se eliminó la exigencia de precisión de un mensaje publicitario para que pudiera integrarse en el tipo de publicidad engañosa. Vid. al respecto DIVIER, P.F., *Le mensonge en publicité*, Paris 1972, pág. 111-112; vid. también FABRE, R., *Droit de la publicité et de la promotion des ventes*, Dalloz, Paris 1996, marg. 36.

<sup>491</sup> Cfr. WALTER, T., *Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland*, C.F. Müller, Heidelberg 1999, pág. 373; JEANDIDIER, W., *Droit pénal des affaires*, cit., marg. 405.



vendedores, de los promotores o de los prestatarios. Nos encontramos sin duda ante una enumeración lo suficientemente amplia<sup>492</sup>, cuya intención es que puedan integrarse en este tipo penal todos los engaños publicitarios que recaigan sobre el bien o servicio mismo, o sobre la propia operación comercial o la identidad o cualidades del vendedor<sup>493</sup>.

El Code de la consommation exige, para considerar engañosa a la publicidad, que ésta sea **falsa o susceptible de inducir a error**. En este punto, el modelo de incriminación adoptado en Francia se aleja del ordenamiento español, ya que basta simplemente con que se dé alguna de las dos circunstancias mencionadas para integrar el tipo penal. Aquí se produce un cambio importante con respecto a la Ley de 1963, que sólo consideraba engañosa a la publicidad "falsa o que induce a error", sin castigar, como hace ahora el Code de la consommation, la publicidad "susceptible de inducir a error"<sup>494</sup>. Por lo tanto, ahora se incriminan las dos categorías de publicidad que en Derecho francés se conocen como "publicité mensongère" y "publicité trompeuse": la primera de ellas es la que se contenía en la Ley de 1963, que consiste simplemente en una oposición objetiva a la verdad; y la segunda es la que se introduce en la Ley Royer, y que se caracteriza por no ser necesariamente falsa, sino ambigua e imprecisa, lo cual demuestra una perfecta idoneidad para inducir a error a sus destinatarios<sup>495</sup>.

---

<sup>492</sup> Se amplía notablemente la enumeración contenida en la Ley de 1963, que se reducía a los siguientes aspectos de los productos o servicios (cfr. GUINCHARD, S., *La publicité mensongère en Droit français et en Droit fédéral suisse*, Paris 1971, pág. 104 y ss): naturaleza, composición, origen, cualidades sustanciales, fecha de fabricación, propiedades de los productos o prestaciones de servicios, motivos o procedimientos de venta, resultados que se pueden obtener de su uso, identidad, cualidades o aptitudes del fabricante, de los vendedores o de los prestatarios; cfr. JEANDIDIER, op. cit., marg. 404.

<sup>493</sup> Cfr. DELMAS-MARTY, M., *Droit pénal des affaires*, Paris 1990, pág. 447.

<sup>494</sup> Cfr. JEANDIDIER, op. cit., marg. 404.

<sup>495</sup> Cfr. GIUDICELLI-DELAGE, G., *Droit pénal des affaires*, Dalloz, Paris 1999, pág. 170; JEANDIDIER, op. cit., marg. 407-408; CALAIS-AULOY, J. / STEINMETZ, F., *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris 2000, marg. 129; FABRE, R., *Droit de la publicité...*, cit., marg. 59-60; PRADEL, J., *Droit pénal économique*, Dalloz, Paris 1990, pág. 58.

Debe recalcar que la doctrina francesa, para determinar cuándo un mensaje publicitario presenta la mencionada susceptibilidad para inducir a error, se muestra favorable a realizar una apreciación en abstracto, es decir, juzga si un "consumidor medio", medianamente inteligente y atento, resultaría engañado por el mensaje. Por el contrario, según la misma doctrina, cuando una publicidad vaya específicamente dirigida a un círculo particular de destinatarios, atenderá a las concretas características de tales individuos para determinar el grado de atención y discernimiento del consumidor medio en ese público específico<sup>496</sup>.

En cuanto a la presencia del elemento psicológico en esta infracción, es de resaltar que con la promulgación de la Ley Royer deja de existir mención al respecto; en cambio, la Ley de 1963 exigía expresamente que la publicidad fuese hecha "de mala fe". Con la supresión de este requisito, los Tribunales han vacilado a la hora de interpretar el precepto contenido en la Ley Royer.

En un principio, los Tribunales continuaron exigiendo la prueba de la mala fe<sup>497</sup>, y posteriormente fueron evolucionando hasta el punto de que llegaron a afirmar que la mala fe no era un elemento constitutivo del delito de publicidad engañosa, bastando simplemente con la constatación del elemento material de la infracción (es decir, la falsedad o la susceptibilidad de inducir a error)<sup>498</sup>. Sin embargo, a pesar de

---

<sup>496</sup> Cf. GIUDICELLI-DELAGE, G., *Droit pénal des affaires*, cit., pág. 170; CALAIS-AULOY, J. / STEINMETZ, F., *Droit de la consommation*, cit., marg. 129; PIZZIO, J.P., *Code de la consommation*, Montchrestien, Paris 1996, pág. 133; RENUCCI, J.F., *Droit pénal économique*, Masson / Armand Colin, Paris 1995, pág. 122; DELMAS-MARTY, M., *Droit pénal des affaires*, cit., pág. 448-449.

<sup>497</sup> El Código Penal vigente hoy en Francia, en su art. 121-3, establece el sistema de "numerus clausus" en la incriminación de la imprudencia y prescribe a la vez que todo delito tipificado presupone la intención de cometerlo, el dolo (vid. nota siguiente). Sin embargo, el Código Penal anterior a 1992 carecía de una previsión semejante, de modo que el legislador empleaba diversas expresiones para determinar el "elemento moral" del delito; dentro de las mismas destaca "de mauvaise foi" ("de mala fe"), utilizada para designar un comportamiento doloso en el ámbito penal; cfr. LEVASSEUR, G. / CHAVANNE, A. / MONTREUIL, J., *Droit pénal général et procédure pénale*, Sirey 1991, pág. 58.

<sup>498</sup> Si bien es cierto que ante el silencio del texto legal se admite que los Tribunales determinen libremente el elemento psicológico de una infracción, ha existido siempre la opinión generalizada de que sólo se debe renunciar a la exigencia de dolo o imprudencia en los supuestos de infracciones castigadas con penas muy leves, como por ejemplo multa o prisión por un período breve; vid. DELMAS-MARTY, op. cit., pág. 216. Esta opinión

esta afirmación, un examen de las decisiones jurisprudenciales deja entrever que prácticamente en todos los casos de condena por delito de publicidad engañosa, o se observa claramente que el autor ha actuado con evidente mala fe o intención de engaño, aunque en la práctica no se exija la prueba de tal intención, o se constata una actuación imprudente<sup>499</sup>. Lo que se puede deducir de esta evolución jurisprudencial es que se ha establecido la presunción de existencia de intención de engañar por parte del autor del mensaje publicitario, lo cual supone una inversión de la carga de la prueba: corresponde al autor probar que su mensaje publicitario no era falso o que no era consciente de que pudiese inducir a error<sup>500</sup>.

---

doctrinal aparece corroborada por el art. 121-3 del vigente Código penal francés, que establece que "no hay delito grave o menos grave sin intención de cometerlo", y por la Ley de adaptación de 16 de diciembre de 1992, cuyo art. 339 establece que los delitos que no exijan expresamente la presencia de la intención del autor, sólo podrán castigarse si existe imprudencia, negligencia o una puesta en peligro deliberada, es decir, no basta con constatar simplemente la producción material del hecho. Por lo tanto, de lo dicho podemos deducir que no existe base doctrinal ni legal que justifique esta práctica inicial de los Tribunales, consistente en exigir simplemente la presencia del elemento material de la infracción de publicidad engañosa. Consecuentemente, no exigiéndose un elemento intencional en este delito, la solución que resta es exigir al menos la imprudencia por parte del autor, que consistiría en que este último no hubiese verificado la veracidad de su mensaje antes de difundirlo; cfr. CALAIS-AULOY / STEINMETZ, op. cit., marg. 130; FABRE, R., *Droit de la publicité...*, cit., marg. 115-116.

<sup>499</sup> Cfr. GIUDICELLI-DELAGE, cit., pág. 171; JEANDIDIER, cit., marg. 413; CALAIS-AULOY / STEINMETZ, cit., marg. 130; RENUCCI, J.F., *Droit pénal économique*, cit., pág. 123; FABRE, cit., marg. 114; PRADEL, J., *Droit pénal économique*, cit., pág. 60; GREFFE, P. / GREFFE, F., *La publicité et la loi*, Litec, Paris 1990, marg. 712-720; FOURGOUX, J.C. / MIHAILOV, J. / JEANNIN, M.V., *Principes et pratique du Droit de la consommation*, Masson, Paris 1983, F11 y ss. Vid. en este sentido las sentencias de la Cour de cassation crim. de 14-12-1994 (ROBERT, J.H. / VÉRON, M., *Le Droit pénal des affaires en 350 décisions, de 1989 à 1998*, Juris-Classeur, Paris 1998, pág. 87, n° 105), de 12-11-1997 (*Droit pénal 1997-98*, Ed. Juris-Classeur, Commentaire n° 24, pág. 17) y de 26-10-1999 (*Cahier Droit des Affaires 2000*, n° 6, pág. 80). Vid. también la jurisprudencia citada por GARÉ, T., *Publicité mensongère*, en *Grands arrêts du droit des affaires* (Mestre, J. / Putman, E. / Vidal, D.), Dalloz, Paris 1995, pág. 602-603.

<sup>500</sup> Cfr. JEANDIDIER, *ibidem*. En realidad, se presume que un anunciante que pretende hacer publicidad de concretos productos o servicios conoce objetivamente el contenido de su mensaje; realmente, la existencia de un fraude no se compagina bien con la ausencia de un elemento intencional: cfr. GUÉRY, G., *Droit des affaires*, Gualino Ed., Paris 1999, pág. 185; MAYER, D., *Droit pénal de la publicité*, cit., pág. 95-96.

El Code de la consommation aclara explícitamente cuestiones relativas a la **autoría** del delito de publicidad engañosa. El art. 121-5 de este texto legal designa claramente como autor principal al anunciante por cuenta del cual la publicidad es difundida. El Tribunal Supremo francés ha interpretado la expresión "por cuenta de" como sinónimo de "autoridad", es decir, será autor del delito aquel que ordene la difusión de la publicidad, aunque los posibles beneficios derivados de tal difusión no vayan a él destinados; además, también el Tribunal Supremo ha interpretado que el concepto de anunciante no está reservado a los profesionales, sino que puede serlo cualquier particular<sup>501</sup>.

En cuanto a las personas jurídicas, la propia Ley resuelve también los problemas de atribución de responsabilidad, estableciendo que ésta incumbe a sus directivos. Sin embargo, es admisible que tales directivos se liberen de esta presunción legal de responsabilidad si han delegado expresamente, y siguiendo los procedimientos establecidos por el Derecho común, sus facultades de control y dirección de la actividad publicitaria<sup>502</sup>; de todos modos, alguna doctrina e incluso cierta Jurisprudencia opinan que tal delegación no exonera de responsabilidad al directivo de la persona jurídica, puesto que lo más probable es que una operación publicitaria, dada su complejidad, previsiblemente estará controlada por el personal directivo aunque haya delegado la realización de determinados aspectos en personas concretas<sup>503</sup>.

Las **sanciones** previstas para esta clase de conducta son (según el art. 213-1 del Code de la consommation, al cual se remite el art. 121-6): prisión hasta dos años y/o multa de 1000 a 250000 francos<sup>504</sup>. Con respecto a la pena de multa debe tenerse

<sup>501</sup> Cfr. CALAIS-AULOY / STEINMETZ, cit., marg. 129; RENUCCI, cit., pág. 125-126; FABRE, cit., marg. 122; GREFFE, P. / GREFFE, F., *La publicité et la loi*, cit., marg. 730.

<sup>502</sup> Cfr. DELMAS-MARTY, cit., pág. 449 - 450; JEANDIDIER, cit., marg. 415.

<sup>503</sup> Cfr. CALAIS-AULOY / STEINMETZ, cit., marg. 131. Vid. también las sentencias citadas por RENUCCI, cit., pág. 126, que consideran muy difícil exonerar al dirigente que, aunque delega sus poderes, está al frente de una amplia campaña publicitaria.

<sup>504</sup> En el vigente Código penal francés de 1992, el legislador sólo establece el límite máximo de las penas (en este caso, 2 años de prisión y 250000 francos de multa; dentro

en cuenta la previsión establecida por la Ley de 10 de enero de 1978, que modifica la Ley Royer, autorizando la elevación de la cantidad de la multa hasta el 50% del coste de la publicidad delictiva<sup>505</sup>.

Como penas complementarias se prevén la publicación obligatoria de la sentencia y la posibilidad de que el juez obligue a difundir a costa del condenado nuevos mensajes publicitarios que rectifiquen la anterior publicidad engañosa (art. 121-4 del Code de la consommation). Cabe resaltar que la no difusión de tales anuncios rectificativos en el plazo estipulado por el juez constituye a su vez otro delito, conminado también con penas previstas por el mismo Code de la consommation. Por último, debe ponerse de relieve la existencia de otros textos legislativos que sancionan penalmente la publicidad engañosa desarrollada en el ámbito de concretos productos o servicios: así, por ejemplo, en relación con géneros alimentarios (Decreto n° 84-1147, de 7-12-1984), con productos cosméticos (Decreto n° 77-469, de 28-4-1977), con automóviles (Decreto n° 78-933, de 4-10-1978)<sup>506</sup>.

---

de la clasificación francesa entre penas graves, menos graves y leves, nos encontramos aquí ante una pena menos grave, según se deduce de los arts. 131-4 y 131-13 del Código Penal francés), pudiendo el juez imponer una pena de prisión de duración inferior a la establecida legalmente, y asimismo una multa de cualquier cuantía que no supere la prevista en la norma punitiva (vid. arts. 132-19 y 132-20 del CP francés); vid. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., / ALARCÓN NAVÍO, E., *El Código Penal francés. Traducido y anotado*, Comares, Granada 2000, pág. 51-52; STEFANI, G. / LEVASSEUR, G. / BOULOC, B., *Droit pénal général*, cit., marg. 522-523. Al tratarse de una pena "menos grave", se entiende que su límite mínimo coincide con el límite máximo de las penas leves, y por lo tanto será de 20000 francos en el caso de multa (vid. art. 131-13 del CP), y para la pena de prisión tal límite resulta indeterminado: vid. STEFANI Y OTROS, op. cit., marg. 522-523; CONTE, P. / MAISTRE DU CHAMBON, P., *Droit pénal général*, cit., pág. 258.

<sup>505</sup> Aunque la elevación del tope máximo de la multa ha sido bien recibida porque supone una mayor proporcionalidad con la gravedad del delito, algún autor ha manifestado que el parámetro escogido para establecer esa proporción no es el más adecuado, sino que sería más coherente referirse a los beneficios de la publicidad en vez de a su coste. Sin embargo, pese a que este nuevo baremo sería más adecuado, nos encontramos en la práctica con las dificultades de cuantificar exactamente los beneficios de la publicidad; cfr. JEANDIDIER, cit., marg. 414.

<sup>506</sup> Vid. CALAIS-AULOY / STEINMETZ, cit., marg. 132; RENUCCI, cit., pág. 119.

### III. DERECHO ITALIANO

El Derecho italiano no posee un delito general de publicidad engañosa, referida a cualquier bien o servicio, que sea equivalente a los preceptos penales existentes en España, Alemania y Francia; de todos modos, como se verá a continuación, podemos integrar determinadas conductas de publicidad engañosa en los arts. 516 y 517 del Código Penal, y si la publicidad falsa viene referida a títulos-valores, se incardinaría en el art. 174.1 del Texto único de intermediación en materia financiera, de 26-1-1998. Estos preceptos citados van a permitir castigar determinadas conductas de genuina publicidad engañosa, si bien realizadas en ámbitos específicos o con modalidades especiales de ejecución: como a continuación se verá, la sanción de la publicidad engañosa se encuentra limitada en el art. 516 del CP al sector alimenticio, y en el art. 517 se restringe el objeto material a las creaciones intelectuales y a los productos industriales; por otra parte, el art. 174.1 del Texto único de intermediación en materia financiera se refiere a la publicidad en el ámbito de las inversiones de capital, constituyendo una norma equivalente al art. 264a del CP alemán.

Debe advertirse, sin embargo, que sí existe una infracción general de publicidad engañosa fuera del ordenamiento penal, en el Decreto legislativo de 25 de enero de 1992, n. 74<sup>507</sup>, el cual traspone al Derecho italiano la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa. Además, encontramos prohibiciones específicas de este tipo de conductas en relación con determinados productos, principalmente los alimenticios; si bien en un principio se trataba de infracciones de naturaleza penal (cabe destacar, entre todas ellas, el art. 13 de la Ley de 30 de abril de 1962, n. 283),

---

<sup>507</sup> Esta norma aparece completada por el Decreto de 10 de octubre de 1996, n. 627, que establece el procedimiento que ha de seguir la Autoridad garante de la competencia y del mercado en materia de publicidad engañosa.

actualmente las normas reguladoras de la publicidad contenidas en estas leyes especiales forman parte del Derecho administrativo. Se originan así problemas concursales debidos al elevado número de disposiciones administrativas en la materia y, asimismo, estas últimas concurren con las ya mencionadas normas del CP; como más adelante se verá, tales supuestos concursales son resueltos aplicando el principio de especialidad y, en el caso específico de concurrencia de norma penal y disposición administrativa, generalmente se opta por la aplicación preferente del precepto penal.

### 1. Código Penal (arts. 516 y 517)

Dentro del Título dedicado a los delitos contra "la economía pública, la industria y el comercio", encontramos dos artículos (516 y 517) que suponen una prohibición de determinados tipos de publicidad falsa. Como se verá al analizar el bien jurídico protegido en cada delito concreto, estamos ante dos figuras destinadas a tutelar específicamente al consumidor, puesto que se le protege no ya frente a conductas que implican una venta efectiva de un producto, sino frente a comportamientos que suponen un simple ofrecimiento, publicidad o cualquier otra forma de puesta en circulación de un bien<sup>508</sup>.

El art. 516 del Código Penal italiano ("Vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine") establece lo siguiente:

**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<sup>509</sup>.**

---

<sup>508</sup> Cfr. FORNASARI, G., *Il concetto di economia pubblica nel Diritto penale*, Milano 1994, pág. 128.

<sup>509</sup> La cualidad de "genuina" debe entenderse en dos sentidos: natural y formal. Por un

Según la doctrina italiana, este precepto intenta tutelar la **transparencia del mercado**, la confianza pública en el ejercicio normal del comercio<sup>510</sup>, que se vería alterada por la introducción de productos alimenticios no genuinos y que son presentados como genuinos<sup>511</sup>. Por lo tanto, de aquí se deduce que nos encontramos ante una figura que tutela directamente al **consumidor**, garantizándole la autenticidad de las sustancias alimenticias que se le ofrecen en el mercado<sup>512</sup>.

---

lado, son sustancias no genuinas aquellas que han sido adulteradas, es decir, las sustancias que al ser modificadas por obra del hombre han sido objeto de una mezcla con productos extraños a su composición natural o han sido privadas de sus principios nutritivos característicos. Por otro lado, también son sustancias no genuinas aquellas que contienen elementos diversos de los que la ley prescribe para su composición; cfr. doctrina y jurisprudencia italianas en ALIBRANDI, L. (a cura di), *Il Codice penale commentato per articolo con la giurisprudenza*, Ed. La Tribuna, Piacenza 1999, pág. 1530; CRESPI / ZUCCALÀ / STELLA, *Comentario breve al Codice Penale*, Milano 1996, pág. 1358; MAZZACUVA / COSTI, en *Codice penale. Parte speciale* (Bricola / Zagrebelsky, a cura di), UTET, Torino 1996, pág. 329; DI AMATO / ZANETTI, *Codice di Diritto penale dell'impresa*, Giuffrè, Milano 1995, pág. 436; BELLANTONI, D., *Trattato di Diritto Penale degli alimenti*, CEDAM, Padova 1993, pág. 35; CORRERA, C., *La difesa del consummatore dalle frodi in commercio II. Le frodi qualitative*, Giuffrè, Milano 1983, pág. 24 y ss.

<sup>510</sup> Cfr. ALIBRANDI, L. (a cura di), *Il Codice penale commentato per articolo con la giurisprudenza*, cit., pág. 1531; DI AMATO, A., *Diritto penale dell'impresa*, Giuffrè, Milano 1999, pág. 297; CRESPI / ZUCCALÀ / STELLA, *ibidem*; MAZZACUVA / COSTI, en *Codice penale*, cit., pág. 328; BELLANTONI, D., *Trattato di Diritto Penale degli alimenti*, cit., pág. 30.

<sup>511</sup> Debe recalcarse que aquí no se intenta proteger la salud, ya que el hecho de que las sustancias ofrecidas no sean genuinas no implica que sean peligrosas para la salud, sino que solamente revela una quiebra de la confianza exigible en el tráfico comercial. Si las sustancias no genuinas suponen la puesta en peligro o el daño efectivo de la salud del consumidor, habría que acudir a los delitos que atentan contra la salud pública; vid. DI AMATO, *ibidem*; CRESPI / ZUCCALÀ / STELLA, *op. cit.*, pág. 1360. De opinión contraria, afirmando que en este precepto sí se protege la salud vid., siguiendo a PEDRAZZI: AZZALI, G., *La responsabilità penale del produttore per danni alla salute*, en RTDPE 1991, n° 4, pág. 855.

<sup>512</sup> Vid. DI AMATO, A., *Diritto penale dell'impresa*, cit., quien incluye el art. 516 del CP italiano en el grupo de las figuras destinadas a tutelar a los consumidores. Cfr. también BRICOLA, F., *Profili penali della pubblicità commerciale*, en *Scritti di Diritto penale* (Bricola, F.), Vol. II, Tomo I, Giuffrè, Milano 1997, pág. 2237.



Para lograr esta tutela con verdadera efectividad, no se requiere para consumir el delito que los productos se pongan directamente a la venta; si se tiene en cuenta que el hecho de introducir mercancías en el comercio presupone necesariamente la tenencia de tales bienes en manos de quien tiene intención de venderlos, entonces esta última actividad bastará por sí sola para consumir el tipo, siempre que vaya acompañada de comportamientos reveladores de tal intención de comerciar. Así, realizaría este delito todo aquel que *difundiese publicidad* en la que presentase productos alimenticios no genuinos como genuinos, *tanto si esos productos están ya a la venta, como si aún están almacenados* mientras se difunde la publicidad<sup>513</sup>.

El art. 517 ("Vendita di prodotti industriali con segni mendaci") determina lo siguiente:

**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 con pena de prisión de hasta un año o con multa de hasta dos millones de liras, siempre que el hecho no haya sido previsto como delito en otras disposiciones legales.**

Como manifiesta la doctrina italiana, con este precepto se protege por una parte la **transparencia del mercado**, la veracidad del etiquetado de los productos que

---

<sup>513</sup> Cfr. ALIBRANDI, L. (a cura di), *Il Codice penale...*, cit., pág. 1530 (citando sentencias); CRESPI / ZUCCALÀ / STELLA, op. cit., pág. 1358; DI AMATO / ZANETTI, *Codice...*, cit., pág. 435. Vid. en contra BELLANTONI, D., *Diritto penale degli alimenti*, cit., pág. 43; si seguimos la tesis de este autor conforme a la cual para consumir el tipo es necesaria la exposición de los productos a la venta, entonces sólo sería típica la publicidad que presenta estos productos no genuinos como genuinos cuando éstos ya se encuentran en el mercado, pero no cuando se encuentran todavía almacenados.

se presentan al público. Se afirma entonces que son tutelados en primer término los consumidores<sup>514</sup>, puesto que se intenta garantizar la transparencia de las ofertas realizadas en el mercado; sin embargo, también resultan tutelados de forma indirecta los empresarios, puesto que se garantiza conjuntamente el uso correcto de las marcas y signos distintivos de los diversos productos<sup>515</sup>.

Este precepto prohíbe todas aquellas declaraciones idóneas para inducir a error contenidas en los "*nombres, marcas o signos distintivos*" de las obras o productos. Estas tres menciones hacen referencia a las etiquetas, símbolos o cualquier tipo de información que acompañe al producto u obra cuando se presentan en el mercado, individualizándolos con total exactitud, de modo que el consumidor pueda estar completamente informado cuando tenga delante la obra o producto<sup>516</sup>. Dado que estas informaciones están contenidas en las propias mercancías ofrecidas, el delito sólo podrá consumarse cuando éstas se ofrezcan a la venta o se pongan en circulación con unas etiquetas, signos distintivos... que contengan información idónea para engañar al público. Contrariamente a lo que sucedía con respecto al artículo anterior, su simple almacenamiento no basta para consumir el delito, aunque se vea

<sup>514</sup> Cfr. CRESPI / ZUCCALÀ / STELLA, op. cit., pág. 1360; PICA, G., *Diritto Penale dell'economia e dell'impresa* (a cura di Guida / Palombi / Pica), UTET 1996, pág. 90; DI AMATO / ZANETTI, *Codice...*, cit., pág. 361-362.

Vid. en cambio SGRÒ, C., en MARINI, G. / PATERNITI, C. (a cura di), *Dizionario dei reati contro l'economia*, Giuffrè, Milano 2000, pág. 587; ALIBRANDI, op. cit., pág. 1533; GROSSO, C.F., *Condotta e momento consumativo del delitto di vendita di prodotti industriali con segni mendaci*, en RIDPP 1989, Fasc. 4, pág. 1265: estos autores opinan que con esta norma sólo se tutela el orden económico, cuyo mantenimiento debe ser garantizado para impedir los engaños a los consumidores. Vid. críticamente a esta concesión de un papel secundario a la protección de los consumidores, FORNASARI, G., *Il concetto di economia pubblica nel Diritto penale*, cit., pág. 126, nota 235; vid. asimismo NEPPI MODONA, G., *Interesse della produzione e interesse del consumo nell'art. 517 c.p.*, en RIDPP 1964, Fasc. 3, quien, si bien comienza afirmando que se protegen en primer lugar los intereses de los productores y sólo secundariamente los intereses de los consumidores (pág. 800-801), acaba reconociendo que en determinados supuestos son los consumidores los directamente tutelados por este precepto (pág. 808-809).

<sup>515</sup> Vid. SGRÒ, en MARINI / PATERNITI, *Dizionario...*, cit., pág. 587; PICA, G., *Diritto penale dell'economia e dell'impresa*, cit., pág. 89-90; DI AMATO, A., *Diritto penale dell'impresa*, cit., pág. 290 y 312.

<sup>516</sup> Cfr. SGRÒ, en MARINI / PATERNITI, cit., pág. 588; DI AMATO / ZANETTI, *Codice...*, cit., pág. 363; MAZZACUVA / COSTI, en *Codice penale*, cit., pág. 336.

claramente la intención de una próxima puesta en venta, ya que la información que induce a engaño al consumidor se encuentra en la propia mercancía, y mientras esté almacenada no llega a los ojos de sus posibles adquirentes<sup>517</sup>.

En cuanto a la *idoneidad de las señales distintivas para inducir a engaño*, existen múltiples modalidades de lograr esa aptitud engañosa. Basta para cumplir el requisito típico cualquier actuación que pueda constituir un engaño para el consumidor, y esto ya se puede lograr con la simple imitación de la marca o el signo distintivo, aunque éstos ni siquiera estén registrados o reconocidos. Tampoco es necesario que las marcas o signos distintivos estén falsificados; podría realizarse el tipo meramente introduciendo en el mercado productos con signos ilegítimos, es decir, aquellas que sustituyen a los originales, ocasionándose de tal modo un engaño en el consumidor, que adquiere un producto identificándolo con otro; incluso cometería el delito el que use denominaciones o signos equívocos que puedan confundir al potencial adquirente<sup>518</sup>. En cuanto a los parámetros que van a determinar cuándo una marca o signo distintivo son aptos para inducir a error, también se parte aquí del criterio del consumidor medio que, dada la rapidez con que se realizan las adquisiciones cotidianas de bienes y servicios, se caracteriza por no llevar un control estricto de todas las etiquetas y signos distintivos de aquello que ha adquirido<sup>519</sup>.

---

<sup>517</sup> Es importante resaltar que basta ya con su puesta en circulación en el mercado, sin que sea necesario que se produzca ni un negocio efectivo ni una tentativa de venta, y mucho menos se requiere la constatación de un daño económico; vid. doctrina y referencias jurisprudenciales en SGRÒ, op. cit., pág. 589-590; ALIBRANDI, op. cit., pág. 1533-1534 y 1536; ZUCCALÀ (a cura di), *Comentario breve al Codice penale. Complemento giurisprudenziale. Appendice 1996-1998*, CEDAM, Milano 1998, pág. 247; CRESPI / ZUCCALÀ / STELLA, op. cit., pág. 1361; MAZZACUVA / COSTI, op. cit., pág. 345; PICA, op. cit., pág. 90; DI AMATO / ZANETTI, *Codice...*, cit., pág. 363; BELLANTONI, op. cit., pág. 49; GROSSO, C.F., *Condotta e momento consumativo del delitto...*, cit., pág. 1266 y ss.

<sup>518</sup> Cfr. SGRÒ, op. cit., pág. 588-589; ALIBRANDI, op. cit., pág. 1533-1534; CRESPI / ZUCCALÀ / STELLA, op. cit., pág. 1360; BELLANTONI, op. cit., pág. 48; CORRERA, C., *La difesa del consummatore dalle frodi in commercio II. Le frodi qualitative*, cit., pág. 177-179.

<sup>519</sup> Cfr. ALIBRANDI, cit., pág. 1533; MAZZACUVA / COSTI, cit., pág. 345, con referencias jurisprudenciales.

**2. Decreto legislativo de 24 de febrero de 1998, n. 58, en materia de intermediación financiera (art. 174.1)**

En la misma línea que el ya comentado art. 264a del Código Penal alemán, que castiga la emisión de publicidad falsa en el ámbito de los títulos-valores u otros derechos de participación en una empresa, en el Derecho italiano encontramos este Decreto legislativo de 24 de febrero de 1998, n. 58, cuyo art. 174.1 sanciona de la siguiente manera la emisión de falsas comunicaciones sociales:

**Salvo que el hecho constituya un delito más grave, quien emita falsas informaciones en las comunicaciones previstas en los arts. 94, 102, 113, 114, 115, 120.2 y 3, y 144.2 y 4<sup>520</sup>, será castigado con pena de prisión de seis meses a tres años y con multa de diez millones a cien millones de liras.**

Este precepto del Texto único viene a sustituir al art. 18 de la Ley 216/74, de 7 de junio, que en su segundo párrafo (tras la reforma efectuada por la Ley 77/83, de 23 de marzo) establecía que "todas las apelaciones al ahorro público deben ser efectuadas previa publicación de un prospecto informativo que refleje la organización, la situación económica y financiera y la evolución de la actividad de quien propone la operación, redactado según las disposiciones generales determinadas por la Comisión nacional para las sociedades y la Bolsa (CONSOB)" (el primer párrafo de este art. 18 establecía la obligación de comunicación previa a la CONSOB por parte de quienes pretendían vender al público cualquier tipo de valores

---

<sup>520</sup> El concreto artículo que aquí nos interesa desde la perspectiva de la prohibición de la publicidad falsa es el art. 114 del Texto único, donde se establece que "fijadas las obligaciones de publicidad previstas en las disposiciones legales específicas, las sociedades emittentes cotizadas en el mercado de valores y los sujetos que las controlan informarán al público de los hechos, acaecidos en su esfera de actividad y en el ámbito de la sociedad controlada, que no sean de dominio público y resulten idóneos, si se hacen públicos, para influenciar sensiblemente el precio de los instrumentos financieros".

mobiliarios). Tras la mencionada reforma de 1983, la infracción de las prescripciones de este art. 18 se sancionaba con la pena de multa de una cuarta parte a la mitad del valor total de la operación. Con posterioridad, la Ley 561/93, de 28 de diciembre, despenaliza los comportamientos anteriores, transformándolos en ilícitos administrativos<sup>521</sup>. Finalmente, el art. 174.1 del Texto único vuelve a sancionar penalmente la violación de determinadas obligaciones de información en la oferta pública de valores; por otro lado, tipifica específicamente la falsedad en comunicaciones emitidas al público o a la CONSOB, aclarando el dilema relativo a la incardinación de estas actuaciones falsarias, que unos situaban en el citado art. 18 de la Ley de 1974 y otros las integraban en el art. 2621 del Código Civil, que contiene el delito de falsas comunicaciones sociales<sup>522</sup>.

Se identifica en este art. 174.1 como bien jurídico protegido la **transparencia de la información societaria**, la cual se pretende salvaguardar porque constituye la forma de tutelar otros intereses, que pueden ser de carácter puramente patrimonial

<sup>521</sup> Vid. esta evolución en ZANNOTTI, R., *La tutela penale del mercato finanziario*, Giappichelli, Torino 1997, pág. 36 y ss; vid. críticamente a esta despenalización, pág. 40-46.

No debe pasarse por alto la promulgación de la Ley de 18 de febrero de 1992, n. 149, que configura una reglamentación completa y pormenorizada de las ofertas públicas de venta, suscripción, adquisición y cambio; en particular, los arts. 1-8 de esta Ley contienen la disciplina referida a las ofertas públicas de venta de valores, remitiéndose expresamente al art. 18 de la Ley de 1974: vid. al respecto ZANNOTTI, R., op. cit., pág. 147 y ss.

<sup>522</sup> Vid. sobre esta situación problemática SEMINARA, S., *La tutela penale del mercato finanziario*, en *Manuale di Diritto penale dell'economia* (Pedrazzi, C. / Alessandri, A. / Foffani, L. / Seminara, S. / Spagnolo, C.), cit., pág. 554-556; VENEZIANI, P., *Sollecitazione all'investimento e offerte pubbliche di strumenti finanziari: la disciplina penale dell'offerta pubblica di acquisto*, en *L'Indice Penale* 1998, n° 3, pág. 976-978; FREDDI, A., *Contemuto e destinatario del prospetto informativo*, en *Banca, Borsa e titoli di credito* 1992, Fasc. II, Parte seconda, pág. 170 y ss; vid. también, con amplias referencias bibliográficas, PERINI, A., *Il delitto di false comunicazioni sociali*, CEDAM, Padova 1999, pág. 291 y ss. Denunciaba la inexistencia de una norma destinada a garantizar la veracidad de las comunicaciones públicas dirigidas a los potenciales inversores ALESSANDRI, A., *Offerta di investimenti finanziari e tutela penale del risparmiatore*, en *Mercato finanziario e disciplina penale* (AAVV), Giuffrè, Milano 1993, pág. 221.

Debe destacarse que también se ha mencionado la posibilidad de que se planteen problemas concursales entre el actual art. 174 del Texto único y el art. 2621 del Código Civil: vid. MUSCO, E., *Diritto penale societario*, Giuffrè, Milano 1999, pág. 386; vid. también PERINI, op. cit., pág. 299 y 453, quien, partiendo de que el art. 174.1 comienza con la cláusula "salvo que constituya delito más grave", considera que es de preferente aplicación el citado precepto del Código Civil.

(pertenecientes a los inversores), o abarcar el deseo de protección del correcto funcionamiento del mercado, o incluso puede tratarse del interés en la efectividad de las funciones de control en el mercado de valores efectuadas por la CONSOB<sup>523</sup>.

Se incrimina en este precepto simplemente la *difusión de información falsa*, lo cual se ha entendido como una exposición de hechos que no se corresponden con la realidad y que por esta razón presentan una intrínseca potencialidad engañosa<sup>524</sup>. En cuanto a la modalidad que pueden revestir tales informaciones, se puede afirmar que el precepto se refiere a cualquier comunicación social, es decir, no viene estrictamente referida a las comunicaciones referidas en las normas a las que se remite el art. 174.1, sino que abarca también las alegaciones contenidas en prospectos o cualquier tipo de documento informativo<sup>525</sup>.

<sup>523</sup> Resultará protegido uno u otro interés dependiendo de la materia sobre la que versen las falsas comunicaciones sociales: vid. SEMINARA, S., *La tutela penale del mercato finanziario*, cit., pág. 551-552. VENEZIANI, P., *Sollecitazione all'investimento e offerte pubbliche di strumenti finanziari*, cit., pág. 987, reconoce como bien jurídico aquí protegido la veracidad y la transparencia de la información societaria, centrándose en que la defensa de la misma contribuye a garantizar la igualdad de oportunidades de todos los inversores; asimismo PORTOLANO, A., en ALPA, G. / CAPRIGLIONE, F., *Commentario al Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, CEDAM, Padova 1998, Tomo III, pág. 1600 y ss, se centra en que la tutela de esta veracidad tiene por objeto la concreta tutela de los inversores (vid. con referencia al derogado art. 18 de la Ley de 1974, considerando que la sanción de la falsedad en el prospecto informativo protege no sólo el mercado sino también los intereses de los inversores, generalmente inexpertos, BOCCARDI, M., *Le false informazioni contenute nei prospetti previsti dall'art. 18 L. 216/74*, en L'Indice Penale 1991, nº 2, pág. 409). Por su parte, MUSCO, E., *Diritto penale societario*, cit., pág. 383, considera que dicha protección de la transparencia de la información viene a ser una forma de tutelar el mercado, como bien jurídico auténticamente protegido; también hace hincapié en que realmente se tutela el mercado, y no la veracidad de la información societaria (aunque con relación al art. 18 de la Ley 216/1974), MEYER, A., *Le ipotesi di false comunicazioni sociali previste nelle leggi speciali*, en Trattato di Diritto penale dell'impresa (Di Amato, A., dir.), Vol. II, CEDAM, Padova 1992, pág. 142.

<sup>524</sup> Cfr. SEMINARA, op. cit., pág. 553. MUSCO, op. cit., pág. 384, habla de la dificultad de apreciar la falsedad cuando el mensaje consiste en meras valoraciones subjetivas del emitente; estos casos han sido tratados, como ya se ha visto, por la doctrina alemana que ha comentado el art. 264a del StGB, vid. supra... Por su parte, PORTOLANO, A., en ALPA, G. / CAPRIGLIONE, F., *Commentario...*, cit., pág. 1603, considera que los enunciados valorativos no entran en el ámbito típico del art. 174.1.

<sup>525</sup> Cfr. VENEZIANI, P., *Sollecitazione...*, cit., pág. 978-979.

Merece ser destacado que, como pone de relieve SEMINARA, op. cit., pág. 556, algunos de los artículos a los que se remite el art. 174.1 se remiten a sucesivas

Por otra parte, la escueta redacción típica puede llevar a pensar que resulta sancionable cualquier tipo de falsedad en las comunicaciones sociales. Sin embargo, como bien dice la doctrina, el tipo debe interpretarse obviamente con referencia al bien jurídico aquí protegido, de tal modo que se entenderá que sólo han de castigarse las falsedades que supongan un peligro efectivo para los intereses tutelados anteriormente referidos<sup>526</sup>.

Con relación a este precepto cabe también señalar que no se especifica ninguna cualidad del sujeto activo, de modo que en principio cualquier persona podrá ser autora de este delito. Sin embargo, el específico ámbito en el que se puede cometer la conducta de difusión de informaciones falsas en el ámbito de emisión de títulos-valores, determina que los autores de tales actuaciones han de ser obviamente las *sociedades cotizadas en el mercado de valores* que realizan ofertas de inversión de capital, tal y como indica además el art. 114 del Texto único<sup>527</sup>. Del mismo modo que se guarda silencio con respecto al sujeto activo del delito, el art. 174.1 tampoco especifica si estamos ante una infracción dolosa o si son sancionables también los comportamientos culposos. En relación con este punto, la doctrina ha manifestado que, si bien sería deseable castigar únicamente las conductas falsarias dolosas, la dición literal del precepto no permite efectuar tal restricción y por consiguiente serán también sancionables las *actuaciones dolosas o negligentes*<sup>528</sup>. Finalmente, cabe apuntar que la consumación de este delito se produce simplemente con la puesta a disposición del público de las comunicaciones publicitarias falsas<sup>529</sup>.

---

reglamentaciones emanadas de la CONSOB, con lo cual se están sancionando comportamientos de poca gravedad.

<sup>526</sup> Cfr. SEMINARA, op. cit., pág. 553.

<sup>527</sup> Cfr. SEMINARA, cit., pág. 552.

<sup>528</sup> Cfr. SEMINARA, cit., pág. 553-554; PORTOLANO, en ALPA / CAPRIGLIONE, op. cit., pág. 1603-1604.

<sup>529</sup> Cfr. SEMINARA, cit., pág. 554.

Mientras que el art. 264a del Código penal alemán incrimina comportamientos tanto activos como omisivos, en el correspondiente art. 174.1 del Decreto italiano sólo se sancionan penalmente las conductas activas, reservándose el castigo de la omisión a una norma de carácter administrativo, el art. 193 del mismo Decreto. Este último precepto establece lo siguiente:

**A quien desarrolle funciones de administración, dirección y control en la sociedad, ente o asociación obligada a efectuar las comunicaciones previstas en los arts. 113, 114 y 115, se aplicará la sanción administrativa pecuniaria de diez millones a doscientos millones de liras como consecuencia de la inobservancia de lo previsto en tales artículos o de las disposiciones correspondientemente aplicables.**<sup>530</sup>

De todos modos, conviene no perder de vista que ciertas conductas omisivas sí podrán incluirse en el ámbito típico del art. 174.1 del Texto único: se trata de aquellos casos en que una comunicación de datos falsos integra la ocultación de determinados hechos, de tal modo que tal omisión viene a formar parte de un “acto concluyente positivo”; una mera omisión incardinable en el art. 193 del Texto único estaría constituida únicamente por una simple ausencia de uno o varios elementos relevantes en la exposición de los hechos por parte de la sociedad emitente<sup>531</sup>.

### 3. Legislación especial extrapenal

---

<sup>530</sup> PERINI, A., *Il delitto di false comunicazioni sociali*, cit., pág. 453, denuncia la gran diferencia tratamiento sancionatorio de los comportamientos activos y omisivos en la emisión de falsas informaciones al público y a la CONSOB. Sin embargo, POLLICE, A., en ALPA / CAPRIGLIONE, op. cit., pág. 1744 y ss, justifica esta decisión del legislador tomando como fundamento la diferente gravedad de las conductas sancionadas en los arts. 174.1 y 193 del Texto único.

<sup>531</sup> Cfr. SEMINARA, cit., pág. 553. Vid. infra, al tratar el delito de publicidad falsa en el CP español, la caracterización de los denominados “actos concluyentes positivos”.



Como se ha dicho con anterioridad, encontramos dispersos en leyes especiales no penales numerosos preceptos que prohíben determinadas conductas de publicidad engañosa, principalmente en el sector alimenticio. Analizaremos ahora alguna de las normas más destacadas en la materia.

a) *Ley de 30 de abril de 1962, n. 283 (Disciplina higiénica de la producción y de la venta de las sustancias alimenticias y de las bebidas)*

La importancia de esta Ley de 30 de abril de 1962 se debe a que constituye la primera disciplina general de la publicidad en el sector de la alimentación, sancionándose los engaños publicitarios concretamente en el art. 13 de esta norma. Por ello es necesario proceder a un breve análisis de esta reglamentación, si bien hay que tener en cuenta que tal art. 13 ha resultado derogado por el Decreto Ley de 27 de enero de 1992, que traspone la Directiva 89/395/CEE relativa al etiquetado, la presentación y la publicidad de los productos alimentarios<sup>532</sup>.

El art. 13 establecía lo siguiente:

**Se prohíbe ofrecer en venta o anunciar por medio de la imprenta o de cualquier otro modo sustancias alimenticias adoptando denominaciones o nombres impropios, frases publicitarias, marcas o certificaciones de calidad o genuinidad, o diseños que puedan engañar o inducir a error a los adquirentes sobre la naturaleza, sustancia, calidad o las propiedades nutritivas de las propias sustancias alimenticias, o que alaben particulares propiedades medicinales. Los infractores de esta norma son castigados con una multa de seiscientas mil a quince millones de liras; esta sanción será también aplicable a aquellos que verbalmente, por escrito, por medio de la imprenta o de cualquier otro modo**

---

<sup>532</sup> Vid. infra apartado b).

ofrezcan en venta sustancias de cualquier naturaleza aptas para adulterar o falsificar alimentos y bebidas.

Esta ley de 1962, como su propio nombre indica, tiene como principal objetivo regular las condiciones higiénicas que deben existir en la producción y venta de alimentos y bebidas, con el fin último de proteger la salud del consumidor. Sin embargo, también contiene algunas disposiciones que tienen una finalidad más amplia, es decir, más allá de una mera tutela del consumidor en el campo de la salud, se busca proteger la buena fe con que éste interviene en las relaciones de consumo en el mercado. A este último propósito respondía el art. 13 de la Ley, que pretendía proteger al consumidor de los efectos de una publicidad engañosa sobre bebidas o alimentos; si bien la prohibición de esta conducta podía garantizar la salud del consumidor (por ejemplo, los engaños publicitarios sobre la calidad o determinadas propiedades de los alimentos pueden provocar que el consumidor, víctima del engaño, adquiera un producto que resulte perjudicial para su salud), en último término esta norma protegía en general la **confianza de los consumidores en el buen funcionamiento del tráfico comercial** (ya que no se exigía la producción de un perjuicio en la salud del adquirente del producto anunciado)<sup>533</sup>.

El precepto en comentario prohibía dos tipos de comportamientos. Por un lado, y en relación con la naturaleza, la sustancia, la calidad o las propiedades nutritivas de los alimentos y bebidas, se prohibía el empleo de denominaciones, diseños o cualquier otro artificio publicitario que pudieran engañar o inducir a error a los consumidores. Por otro lado, en relación con las propiedades medicinales de las sustancias alimenticias, existía una prohibición absoluta, de modo que no se admitía ninguna forma de exaltación de tales propiedades, sin exigir el requisito adicional de que se engañase o indujese a error al público<sup>534</sup>. Como lo que se intentaba con esta

---

<sup>533</sup> Cfr. BELLANTONI, D., *Trattato di Diritto penale degli alimenti*, cit., pág. 189. Se inclina por considerar que aquí lo realmente protegido es la salud pública en relación con el sector de la alimentación, BRICOLA, F., *Profili penali della pubblicità commerciale*, cit., pág. 2234.

<sup>534</sup> Cfr. BELLANTONI, op. cit., pág. 191-192.

norma era impedir que tales manifestaciones publicitarias engañosas llegasen hasta el consumidor, se prohibía no sólo la difusión de estos mensajes a través de cualquier medio de comunicación (lo que sería la publicidad propiamente dicha), sino también la exposición de los alimentos y bebidas en el lugar de su venta si sus etiquetas o los carteles publicitarios situados junto a ellos contenían la mencionada información engañosa<sup>535</sup>.

b) *Decreto Ley de 27 de enero de 1992, n. 109 (Ejecución de las Directivas 89/395/CEE y 89/396/CEE relativas al etiquetado, la presentación y la publicidad de los productos alimenticios)*

Este Decreto Ley, ceñido al sector de los productos alimenticios, se encarga de reglamentar todo lo concerniente a su etiquetado, presentación y publicidad, estableciendo una serie de principios obligatorios junto con las sanciones aplicables en caso de incumplimiento.

Nos encontramos aquí con una regulación que sustituye al art. 13 de la Ley de 30 de abril de 1962, comentado anteriormente. Esta derogación se deduce ya de una simple lectura del art. 2 del Decreto Ley de 1992, que posee un campo de aplicación lo suficientemente amplio (etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimentarios) como para abarcar dentro de su ámbito de aplicación todos los supuestos cubiertos por el art. 13 de la Ley de 1962. Además, el propio Decreto Ley de 1992 confirma esta solución al establecer expresamente que las normas en él contenidas son las que han de disciplinar todo lo relativo al etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios (art. 1), derogándose automáticamente todas las disposiciones sobre tales materias que resulten diversas o incompatibles con lo previsto en el Decreto (art. 29)<sup>536</sup>.

---

<sup>535</sup> Cfr. BELLANTONI, op. cit., pág. 190 - 191 y 248.

<sup>536</sup> Merece destacarse que DI AMATO, A., *Diritto penale dell'impresa*, cit., pág. 308, considera que este Decreto de 1992 no despenaliza el art. 13 de la Ley de 1962.

Como consecuencia de la mencionada derogación de la norma contenida en la Ley de 1962, se produce una importante novedad: las infracciones en materia de publicidad engañosa referida a alimentos y bebidas son excluidas del ámbito penal. En efecto, mientras la Ley de 1962 consideraba esta infracción como un ilícito penal sancionado con pena de multa, el art. 18 del Decreto Ley de 1992 establece expresamente que la violación de lo dispuesto en su art. 2 será castigada con la "sanción administrativa pecuniaria" de seis a treinta y seis millones de liras<sup>537</sup>. Esta decisión del legislador constituye un paso más en la línea de despenalización iniciada por la Ley de 24 de noviembre de 1981, n. 689<sup>538</sup>, que transforma en infracciones administrativas todos los ilícitos penales contenidos en la legislación especial sobre alimentos que estuviesen sancionados solamente con la pena de multa, de tal modo que estas multas pasan a ser sanciones administrativas<sup>539</sup>.

Pasando ya al análisis de la regulación concreta contenida en este Decreto Ley en relación con el tema de la publicidad, hay que acudir a su art. 2, el cual determina que el etiquetado, la presentación y la publicidad de los productos alimentarios no deben inducir a error al adquirente sobre las características del producto, en particular sobre la naturaleza, identidad, calidad, composición, cantidad, duración, lugar de origen o de proveniencia, y modo de obtención o de fabricación del propio producto. En segundo lugar, este precepto también establece que el etiquetado, presentación y

---

<sup>537</sup> Cfr. BELLANTONI, cit., pág. 248-249; CAPPELLI, E., *Questioni in tema di etichettatura, presentazione e pubblicità dei prodotti alimentari*, en *La Giustizia Penale* 1992, Fasc. XII, pág. 670.

<sup>538</sup> Este proceso de despenalización se realiza con la finalidad de dar un tratamiento adecuado a los diversos intereses que tutela el Derecho de los alimentos, caracterizado por una enorme multiplicidad de leyes sectoriales. Lo que se va a intentar es mantener dentro del Derecho penal los atentados contra la salud pública, confiando al Derecho administrativo la sanción de las conductas que ataquen otro tipo de intereses, como por ejemplo los de carácter económico; vid. VERARDI, C.M., *Reati in materia di alimenti*, en *La riforma del Diritto Penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela* (a cura di Livio Pepino), Milano 1993, pág. 476 y ss.

<sup>539</sup> La propia Ley de 1981 exceptúa de la despenalización algunas disposiciones, entre las cuales se encuentra el ya comentado artículo 13 de la Ley de 1962. Como se ha dicho, esta última infracción va a ser despenalizada por el Decreto Ley de 1992, cuyos arts. 2 y 18 sustituyen a tal art. 13 aplicando una sanción administrativa a las infracciones en materia de etiquetado, presentación y publicidad de productos alimenticios.

publicidad de los productos alimentarios, haciendo salvedad de las disposiciones aplicables a las aguas minerales naturales y a los productos destinados a una alimentación particular, no deben hacerse de tal modo que induzcan a atribuir al producto propiedades aptas para prevenir o curar enfermedades humanas ni indicar tales propiedades si no las posee; además, tampoco se deben poner de relieve características particulares, cuando todos los productos alimentarios análogos poseen esas mismas características. La sanción aplicable a quien incumpla lo previsto en este art. 2 viene determinada en el art. 18: sanción administrativa pecuniaria de seis a treinta y seis millones de liras.

### *c) Otras leyes especiales*

En Derecho italiano existe una multiplicidad de leyes específicas que regulan todos los requisitos necesarios para la comercialización de determinados productos, principalmente alimentos y bebidas, estableciendo las condiciones de su manipulación, aditivos permitidos, la reglamentación de sus denominaciones, etiquetado, publicidad, etc<sup>540</sup>. Cada una de estas leyes establece una serie de sanciones aplicables a quien comercialice el producto alimenticio referido sin cumplir los requisitos exigidos por la Ley; a estos efectos, hay que tener en cuenta la ya mencionada *Ley de 24 de noviembre de 1981*, que **despenaliza la mayoría de estas infracciones transformando las penas de multa en multas de naturaleza administrativa.**

Refiriéndonos concretamente a la publicidad de los alimentos y bebidas, nos encontramos con que la mayoría de las infracciones en este ámbito son de naturaleza administrativa; y hay que tener también en cuenta que, mientras por un lado se hallan **las infracciones relativas a la publicidad de alimentos en concreto previstas en**

---

<sup>540</sup> A título de ejemplo, podemos citar la Ley de 30 de abril de 1976, n. 351, que contiene la nueva disciplina de la producción y del comercio de los productos de cacao y de chocolate destinados a la alimentación humana; la Ley de 18 de marzo de 1958, que regula la comercialización del arroz; o la Ley de 30 de diciembre de 1992, n. 541, que ejecuta la Directiva 92/28/CEE relativa a la publicidad de los medicamentos para uso humano.

leyes específicas, por otro lado está la infracción general (también de naturaleza administrativa) prevista en el *art. 2 del Decreto Ley de 1992*, que regula el etiquetado, la presentación y la publicidad de los "productos alimenticios" sin más especificación. Junto al problema de la concurrencia de estas infracciones administrativas, también puede plantearse un concurso con alguno de los preceptos del Código Penal antes comentados (arts. 516 y 517).

La solución a estos problemas viene dada por la propia Ley de 24 de noviembre de 1981, cuyo art. 9 establece la vigencia del principio de especialidad; así, cuando un mismo hecho sea castigado por una norma penal y por una administrativa, o por dos normas administrativas, se aplicará la disposición especial. De todos modos, el problema no se resuelve con esta previsión legal, ya que queda en manos de los Tribunales el determinar cuál de las dos normas en concurso cumple los requisitos de especialidad: ante tal disyuntiva, tanto doctrina como Jurisprudencia han considerado por lo general que la norma penal va a ser la ley especial de preferente aplicación, si bien se aprecia un concurso de normas en los casos en que claramente exista diversidad de objeto de tutela en la disposición administrativa y en el precepto del Código Penal<sup>541</sup>.

d) *Decreto legislativo de 25 de enero de 1992, n. 74 (Trasposición de la Directiva 84/450/CEE en materia de publicidad engañosa)*

El ap. b) del art. 2 del Decreto define así la publicidad engañosa:

**Cualquier publicidad que de cualquier modo, incluida su presentación, induzca a error o pueda inducir a error a las personas físicas o jurídicas a las**

---

<sup>541</sup> Vid. MAZZACUVA / COSTI, cit., pág. 331; CRESPI / STELLA / ZUCCALÀ, cit., pág. 1358-1359; BELLANTONI, cit., pág. 403-406; AZZALI, G., *Concorso di reati e concorso apparente di norme in tema di frode nel commercio del vino*, en RIDPP 1966, pág. 1394.

**que se dirija o alcance y que, a causa de su carácter engañoso, pueda afectar a su comportamiento económico o pueda dañar a un competidor.**

El D.L. traspone de forma literal al Derecho italiano la definición de las conductas engañosas en la publicidad. Así, ha copiado la definición de publicidad engañosa contenida en la Directiva, centrada en la *idoneidad del mensaje publicitario para inducir a error a sus destinatarios*, y también ha reproducido en su art. 3 la lista ejemplificativa prevista en la Directiva que contiene determinados elementos de bienes o servicios que han de tomarse especialmente en consideración para determinar el carácter engañoso de la publicidad. Asimismo, se exige que tal publicidad presente *aptitud para afectar al comportamiento económico de los receptores de la publicidad o para dañar a un competidor*; así, con esta norma se pretende proteger no sólo a los consumidores sino también a los demás concurrentes en el mercado<sup>542</sup>.

Se atribuye la facultad de sancionar esta conducta a un órgano administrativo dotado de independencia y autonomía: la *Autoridad garante de la competencia y el mercado*, instituida por el art. 10 de la Ley de 10 de octubre de 1990, n. 287. Este órgano posee las facultades de prohibir la difusión de la publicidad que considere engañosa, determinar la publicación de su decisión, y obligar al anunciante a realizar una comunicación rectificativa de la publicidad (art. 7.6 del Decreto n. 627). Debe destacarse la particularidad de la solución adoptada por el legislador italiano a la hora de trasponer la Directiva: ha renunciado a configurar tanto un ilícito penal como uno administrativo, en el sentido de que no prevé ningún tipo de sanción, ni privativa de libertad ni pecuniaria. Como ya se ha expuesto, las decisiones que puede adoptar la

---

<sup>542</sup> Vid. supra sobre la Directiva europea de 1984, en este Capítulo, A)V. Vid. con respecto al art. 2.b) del Decreto italiano de 1992, FUSI, M. / TESTA, P. / COTTAFVI, P., *La pubblicità ingannevole (Commento al D.Lg. 25 gennaio 1992 n. 74)*, cit., pág. 113 y ss; MELI, V., *La repressione della pubblicità ingannevole (Commento al D.Lg. 25 gennaio 1992 n. 74)*, Giappichelli, Torino 1994, pág. 41 y ss. Es destacable que tales autores interpretan la posibilidad de afectación del comportamiento económico de los consumidores no como una aptitud para influir en sus decisiones de adquisición del bien o servicio anunciados, sino como una idoneidad para causar un perjuicio económico (vid. pág. 145 y ss); en cambio, MELI, op. cit., pág. 43, considera que la redacción y finalidad del precepto admiten conjuntamente las dos opciones mencionadas.

Autoridad garante de la competencia y del mercado se dirigen directamente a impedir la difusión de mensajes publicitarios engañosos que aún no se han emitido y a eliminar y rectificar los que ya han llegado a conocimiento del público; así, no se prevé ningún tipo de sanción para el autor de la publicidad engañosa, ni siquiera medidas de tipo resarcitorio<sup>543</sup>.

#### IV. DERECHO PORTUGUÉS

La punición de las conductas de publicidad engañosa se encontraba en Derecho portugués en el derogado art. 40 del Decreto-Ley n° 28/1984, de 20 de enero, sobre infracciones contra la economía nacional. Este precepto castigaba con la pena de prisión de hasta un año y multa no inferior a 50 días la emisión de publicidad consistente en comparaciones engañosas o despreciativas y en falsas afirmaciones relativas a otros bienes o servicios, así como toda la publicidad engañosa o desleal que no respetase las normas específicas contenidas en la legislación especial<sup>544</sup>.

Según la propia Exposición de Motivos de este Decreto-Ley, se tipificaba en consonancia con las exigencias del Derecho comunitario el delito de "publicidad fraudulenta", es decir, se castigaban aquellas conductas publicitarias "que creen situaciones susceptibles de inducir al público a error". Sin embargo, esta primera opción por una represión penal de la publicidad engañosa fue abandonada con la

---

<sup>543</sup> Vid. MELI, V., *La repressione della pubblicità ingannevole*, cit., pág. 101 y ss; FUSI / TESTA / COTTAFANI, *La pubblicità ingannevole*, cit., pág. 70-72, vid. también pág. 253 y ss.

<sup>544</sup> El mismo art. 40 contenía una definición de lo que debía entenderse por publicidad a efectos de esa Ley: toda la información de orden comercial, industrial o profesional hecha con el objetivo directo o indirecto de promover entre el público la venta de un bien o la prestación de un servicio, cualquiera que sea el local o el medio de comunicación utilizado.



promulgación del Decreto-Ley 330/1990, de 23 de octubre, denominado "Código da Publicidade". Este nuevo texto legal regula expresamente la publicidad ilícita (art. 7), la publicidad engañosa (art. 11), y la salud y seguridad del consumidor en la publicidad (art. 13), de tal modo que tales conductas se convierten en infracciones o ilícitos extrapenales. Sin embargo, este Código se olvidó de derogar expresamente el mencionado art. 40, y tal derogación fue efectuada posteriormente por el art. 4 del Decreto-Ley nº 6/1995, de 17 de enero.

La aprobación del Código da Publicidade implica el abandono del Derecho penal para la sanción de los comportamientos de publicidad fraudulenta, que ahora pasan a formar parte de lo que en Portugal se denomina "**Direito de mera ordenação social**"<sup>545</sup>, configurado por el Decreto-Ley 232/79, de 24 de julio<sup>546</sup>. Este Decreto-Ley consituye la norma marco que establece los parámetros esenciales de los ilícitos de "mera ordenação social" o "contra-ordenações", una clase especial de

---

<sup>545</sup> Este traslado de la represión de la publicidad engañosa del ámbito del Derecho penal al "Direito de mera ordenação social" responde a la tendencia legislativa observada en Portugal desde mediados de los años 80, consistente en descriminalizar las infracciones en materia de consumo, principalmente en el campo de inducción al consumo, sancionándolas a través del mencionado "Direito de mera ordenação social"; vid. FERREIRA MONTE, M., *Da protecção penal do consumidor. O problema da (des)criminalização no incitamento ao consumo*, Almedina, Coimbra 1996, pág. 48 y ss. En relación con este tema, el autor manifiesta que la represión de tales conductas podría haberse conseguido de forma idónea sin necesidad de abandonar el recurso al Derecho penal, es decir, a través del "Derecho penal administrativo", que constituye una rama del Derecho penal destinada a proteger derechos e intereses diversos de los derechos subjetivos a los que se refiere el Derecho penal clásico, y que en cierta medida están relacionados con la actividad administrativa (v. gr. los intereses de los consumidores, que pueden ser de carácter económico, o estar relacionados con la seguridad, la salud, etc., los cuales pueden ponerse en peligro o ser lesionados cuando se infringe la normativa administrativa que exige, por ejemplo, la veracidad de la publicidad o la elaboración de determinados productos sin utilizar materiales tóxicos); vid. FERREIRA MONTE, cit., pág. 43 y ss.

Por otra parte, hay autores que aluden al principio de intervención mínima del Derecho Penal para justificar la creación de este "Direito de mera ordenação social" con el objeto de regular diversos ámbitos de la vida social (v. gr. los derechos de los consumidores) cuya tutela no exige una respuesta penal; vid. LACERDA DA COSTA PINTO, F., *O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal*, en Revista portuguesa de ciência criminal 1997, Fasc. 1, pág. 11 y ss.

<sup>546</sup> Norma completada por el Decreto-Ley nº 411-A/79, de 1 de octubre, y por el Decreto-Ley nº 433/82, de 27 de octubre, actualizado éste a su vez por el Decreto-Ley 356/89, de 17 de octubre, y el Decreto-Ley 244/95, de 14 de septiembre.

infracciones que venía desarrollándose desde tiempo atrás, cuya intención era combinar la certeza y las garantías del Derecho penal con la agilidad propia del Derecho administrativo. Su evolución, que cristaliza en esta norma de carácter general, determina que se configure un "tertium genus" entre los delitos y los ilícitos administrativos.

A primera vista se aprecian ya diferencias palpables entre delitos y "contra-ordenações": así, mientras los primeros son castigados con penas, las segundas son sancionadas con "coimas" (que en realidad son sanciones pecuniarias al igual que las multas penales, aunque de cada una de ellas se derivan diversas consecuencias debido a su pertenencia a dos ramas jurídicas distintas: Derecho penal y "Direito de mera ordenação social"); existen diferencias de carácter procesal (justificadas por una de las razones que dio origen a estas "contra-ordenações": la necesidad de buscar un procedimiento más ágil sin que se produjese a la vez una merma de las garantías procesales)<sup>547</sup>; y también es destacable la diferencia en cuanto a la responsabilidad de las personas jurídicas, puesto que mientras en Derecho penal no se acaba por admitirla plenamente, es reconocida sin problemas en el ámbito del "Direito de mera ordenação social"<sup>548</sup>.

---

<sup>547</sup> Efectivamente, como afirma DE FIGUEIREDO DIAS, J., *O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social*, en *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, Vol. I, Coimbra Editora 1998, pág. 32, el proceso de "contra-ordenações" y la aplicación de "coimas" es llevado a cabo por autoridades administrativas, lo cual se corresponde con la finalidad pragmática del movimiento de descriminalización, esto es, liberar a la función judicial de la averiguación y sanción de conductas que no afectan a los fundamentos éticos de la sociedad.

<sup>548</sup> Vid. FERREIRA MONTE, M., *Da protecção penal do consumidor*, cit., pág. 53 y ss. Estas "contraordenações" o ilícitos de "mera ordenação social" en Derecho portugués poseen la misma naturaleza que las "Ordnungswidrigkeiten" o "infracciones del orden" en el ordenamiento alemán. La delimitación en Derecho alemán entre tales contravenciones y las infracciones penales presenta además los mismos problemas que se acaban de describir con respecto al ordenamiento portugués, y finalmente la doctrina alemana acaba también por concluir que no es posible establecer una diferencia exclusivamente cualitativa entre ambos tipos de infracciones. Los autores alemanes parten de la base de que el principio de subsidiariedad es el criterio fundamental que determina la consideración de una conducta como delito o como mera contravención, de tal modo que el legislador deberá recurrir a una contravención y su correspondiente multa, en vez de a un delito conminado con una sanción penal, cuando la perturbación social producida por la conducta en cuestión no es lo suficientemente grave como para justificar la aplicación de una pena. De lo que se acaba de

Han existido numerosos debates doctrinales en torno a la definición de las diferentes naturalezas de los delitos y de las "contra-ordenações"<sup>549</sup>; de todos modos, puede afirmarse con Figueiredo<sup>550</sup> que el castigo de determinadas conductas como meras "contra-ordenações" responde a que no constituyen ofensas a los bienes jurídicos más valiosos en la sociedad, y por lo tanto no están referidas al orden axiológico constitucional. En esta misma línea se manifiesta Ferreira Monte<sup>551</sup> al justificar la configuración del ilícito de publicidad engañosa como una "contra-ordenação" y no como un delito: en resumen, viene a afirmar que tal opción normativa se debe a que la mera difusión de publicidad engañosa no ofende bienes jurídicos clásicos y fundamentales, y cuando esto último llegara a ocurrir, se acudiría a una relación concursal entre la publicidad engañosa y la correspondiente infracción penal que constituye la lesión del bien jurídico clásico (v.gr. la vida o el patrimonio)<sup>552</sup>.

El vigente **art. 11 del Código da Publicidade** incrimina del siguiente modo la publicidad engañosa:

---

decir deducimos que lo que separa las contravenciones de los delitos no es el hecho de que posean un contenido material distinto (es decir, una diferencia cuantitativa), sino el diverso grado de peligrosidad social que presenta la conducta (lo cual constituye una diferencia cualitativa). Vid. las teorías de la doctrina alemana en torno a esta diferenciación en ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte general*, cit., cap. 2, Rn. 39-42, citando en nota 54 los representantes de las distintas corrientes doctrinales en la materia.

<sup>549</sup> Vid. por ejemplo sobre esta polémica doctrinal FARIA COSTA, J., *Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le Droit criminel et le Droit administratif-pénal*, Separata del vol. LXII (1986) del Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra 1988, pág. 33 y ss; FERREIRA MONTE, M., *Da protecção penal do consumidor*, cit., pág. 50 y ss.

<sup>550</sup> Cfr. DE FIGUEIREDO DIAS, J., *O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social*, cit., pág. 27.

<sup>551</sup> Cfr. FERREIRA MONTE, op. cit., pág. 60-63.

<sup>552</sup> Se trata de una construcción dogmática opuesta a la defendida aquí en la configuración del bien jurídico protegido en los delitos contra los consumidores, vid. supra Primera parte, Capítulo segundo, epígrafe I.1.

1. Se prohíbe toda la publicidad que de cualquier forma, incluyendo su presentación, y debido a su carácter engañoso, induzca o sea susceptible de inducir a error a sus destinatarios, independientemente de que les cause cualquier perjuicio económico o de que pueda perjudicar a un competidor.

2. Para determinar si un mensaje publicitario es engañoso deben tenerse en cuenta todos sus elementos y, sobre todo, todas las indicaciones relativas a:

a) Las características de los bienes o servicios, tales como su disponibilidad, naturaleza, modo de empleo o de ejecución, composición, modo y fecha de fabricación del bien o de prestación del servicio, posibilidades de utilización, cantidad, especialidades, origen geográfico o comercial, resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados sobre los bienes o servicios;

b) El precio y su forma de fijación o pago, además de las condiciones de entrega de los bienes o de prestación de los servicios;

c) La naturaleza, las características y los derechos del anunciante, tales como su identidad, sus cualificaciones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios o distinciones que ha recibido;

d) Los derechos y deberes del destinatario, además de los términos de prestación de garantías.

3. Se considera igualmente publicidad engañosa, a efectos de lo dispuesto en el nº 1, el mensaje que de cualquier forma, incluyendo su presentación, induzca o sea susceptible de inducir a error a su destinatario al ofrecer la idea de que determinado premio, oferta o promoción le será concedido, independientemente de cualquier contraprestación económica, sorteo o necesidad de efectuar cualquier pedido.

4. En los casos previstos en los números anteriores, el organismo competente para la instrucción de los respectivos procesos puede exigir que el anunciante presente pruebas de la exactitud material de los datos fácticos contenidos en la publicidad.

5. Los datos referidos en los números anteriores se presumen inexactos si las pruebas exigidas no son presentadas o son insuficientes.

En primer lugar, cabe hacer referencia a la configuración del bien jurídico protegido en esta figura de publicidad engañosa. En principio resulta evidente, y así lo reconoce la doctrina<sup>553</sup>, que con la difusión de mensajes publicitarios engañosos se lesiona tanto la "verdad" como la "confianza en el orden económico" (entendiendo esta última expresión como la confianza en el cumplimiento, por parte de los intervinientes en el mercado, de las normas jurídicas reguladoras de los procesos de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios); sin embargo, no puede afirmarse que ambas constituyan los bienes jurídicos que se tratan de proteger incriminando las conductas de publicidad engañosa.

Se ha puesto de manifiesto que realmente se deben proteger la verdad y la confianza en el orden económico, pero no merecen tal protección por ser ellas mismas bienes jurídicos, sino que resulta necesaria su salvaguarda para evitar la lesión de auténticos bienes jurídicos, tales como el patrimonio, la salud y la seguridad de los consumidores<sup>554</sup>; desde esta perspectiva, se propone definir el bien jurídico protegido en la infracción de publicidad engañosa como "**relación de consumo**"<sup>555</sup>. Tal y como manifiesta Ferreira Monte, la idoneidad de esta expresión se justifica por su carácter omnicomprendivo de los distintos bienes jurídicos que podrían ser lesionados por una publicidad engañosa: *desde el patrimonio de los consumidores* (que puede verse disminuido si un sujeto, inducido por la publicidad, decide efectuar

---

<sup>553</sup> Vid. FERREIRA MONTE, op. cit., pág. 125-126.

<sup>554</sup> Como se puede apreciar, la doctrina portuguesa maneja aquí unos argumentos similares a los empleados al analizar el bien jurídico protegido en los delitos socioeconómicos de consumo contenidos en el Código Penal español de 1995. En efecto, como se ha expuesto supra, Primera parte, Capítulo segundo, epígrafe I.1., la creación en nuestro ordenamiento del bien jurídico "intereses socioeconómicos de los consumidores", concretado en el delito de publicidad engañosa en el "interés de los consumidores en la veracidad de los medios publicitarios", se justifica por la necesidad de otorgar una protección anticipada a determinados bienes jurídicos individuales frente a determinadas conductas desarrolladas en el seno del mercado. Sin embargo, como se ha dicho en los párrafos anteriores, se entiende que el hecho de que no haya una afectación directa de los bienes individuales determina que la conducta se va a sancionar fuera del ordenamiento penal, en el "direito de mera ordenação social".

<sup>555</sup> Cfr. FERREIRA MONTE, cit., pág. 126-128.

un gasto para adquirir un bien o servicio que realmente no está acorde con sus expectativas), *hasta su salud y seguridad* (que podrían resultar afectadas si el uso de los bienes o servicios anunciados es susceptible de causar daños a los consumidores)<sup>556</sup>.

Refiriéndonos primeramente a las modalidades de ejecución de la conducta de publicidad engañosa, cabe destacar que éstas pueden ser muy variadas gracias a los términos tan amplios empleados por el legislador: son exactamente los mismos que emplea el Derecho francés, es decir, "alegaciones, indicaciones y representaciones"<sup>557</sup>. Como explicita la propia norma, el engaño puede versar sobre cualquier elemento de los bienes o servicios, si bien el propio legislador establece una lista ejemplificativa de aquellos extremos que han de ser tenidos especialmente en cuenta para apreciar tal engaño.

A las mencionadas alegaciones, indicaciones o representaciones se les exige que *induzcan o sean susceptibles de inducir a error a sus destinatarios*, independientemente de que les causen un perjuicio económico o de que puedan perjudicar a los competidores<sup>558</sup>.

A la hora de afirmar que estamos ante un mensaje que induce a error o que es susceptible de inducir a error, nos encontramos con el mismo interrogante que se

---

<sup>556</sup> En este punto existe una notable diferencia con la opinión de la mayor parte de la doctrina española, la cual considera que la salud y seguridad de los consumidores no es protegida mediante la incriminación de las conductas de publicidad engañosa; vid. *infra* Capítulo segundo, epígrafe I.3.

<sup>557</sup> Vid. *supra* epígrafe II.

<sup>558</sup> Es destacable el hecho de que sólo se incluye dentro del ámbito de la publicidad engañosa aquella que induzca a error o sea susceptible de inducir a error, sin hacer ninguna referencia a la publicidad objetivamente falsa, es decir, aquella que consiste en una simple oposición a la verdad. Parece que aquí el legislador portugués se hace eco de las manifestaciones de la doctrina francesa (vid. los autores citados *supra*, al comentar estos requisitos típicos en el ordenamiento francés; vid. también destacadamente FABRE, R., *Droit de la publicité et de la promotion des ventes*, cit., marg. 60 y ss.), la cual afirma con carácter general que los supuestos de publicidad meramente falsa son poco frecuentes (ya que una simple discordancia objetiva entre lo manifestado y la realidad es fácilmente constatable); en cambio, sí será corriente encontrar publicidad "engañosa", es decir, aquella que, aun partiendo de una información verdadera, se expresa de tal modo que induce o es susceptible de inducir a error al público destinatario.

planteaba la doctrina francesa: si para determinar cuándo un mensaje induce a error o es susceptible de inducir a error se debe tomar como referencia la capacidad de discernimiento del "consumidor medio" o del círculo concreto de consumidores al que se dirige la publicidad. En principio, la doctrina portuguesa adopta el mismo criterio mantenido por los autores franceses: se adopta como criterio base el de atender a la capacidad de interpretación del *consumidor medio*, pero cuando la publicidad vaya especialmente dirigida a un grupo específico de sujetos, deberá tenerse en cuenta la particular capacidad de apreciación del mensaje por parte de sus destinatarios concretos<sup>559</sup>.

Otra cuestión que se plantea la doctrina es si, para cometer el ilícito de publicidad engañosa, es necesaria la presencia de dolo o basta la mera imprudencia. La solución la hallamos ya en diversas normas pertenecientes al sector del "Direito de mera ordenação social", como por ejemplo en el art. 8 del Decreto-Ley 433/82, de 17 de octubre, donde se dice, refiriéndose a las "contra-ordenações", que "só e punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência"<sup>560</sup>. Por lo tanto, viendo que el art. 11 del Código da Publicidade no incrimina la versión imprudente, obtenemos que este ilícito sólo puede cometerse de forma dolosa.

Por último, nos encontramos con la cuestión de si el ilícito de publicidad engañosa exige la producción de un resultado lesivo o basta simplemente con la realización de la acción, es decir, con la mera difusión de la publicidad engañosa. La respuesta a este interrogante ha de ser negativa, ya que el art. 11 del Código da Publicidade no exige la producción de ningún resultado, así que bastaría con probar que un determinado mensaje publicitario induce a error o es susceptible de inducir a error para entender consumado el ilícito de publicidad engañosa<sup>561</sup>. Como se acaba

<sup>559</sup> Vid. supra epígrafe II. Vid. también FERREIRA MONTE, cit., pág. 112 y ss.

<sup>560</sup> Cfr. BEÇA PEREIRA, A., *Regime geral das contra-ordenações e coimas*, Almedina, Coimbra 1992, pág. 24.

<sup>561</sup> Debe observarse que la norma portuguesa ni siquiera exige, como hace el Código Penal español, la posibilidad de causar un perjuicio económico. No obstante, esta total ausencia de referencias a un resultado lesivo no tiene por qué ser objeto de crítica, puesto que el Derecho portugués no castiga la publicidad engañosa dentro del ordenamiento penal, sino que lo hace

de explicar en párrafos anteriores, se pretende proteger bienes jurídicos individuales pertenecientes a los consumidores; por lo tanto, para conseguir una protección eficaz no se debe esperar a la efectiva lesión de tales bienes, puesto que al ser la publicidad una comunicación dirigida al público en general, se correría el riesgo de que se produjesen innumerables resultados dañosos antes de que se aplicase una sanción a quien difunde el mensaje publicitario<sup>562</sup>.

#### V. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROPUESTA PARA LA ARMONIZACIÓN DEL TIPO PENAL DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

En un apartado anterior ha sido ya analizada la Directiva comunitaria 84/450/CEE, de 10 de septiembre, relativa a la armonización de las disposiciones legales y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa. Como se ha puesto de relieve, la Directiva deja completa libertad a los Estados miembros a la hora de adoptar las medidas tendentes a reprimir la publicidad engañosa, que pueden consistir en el recurso tanto a la vía administrativa como a la vía judicial (vid. arts. 4 y ss. de la Directiva). Este amplio margen de actuación que la Directiva deja a los Estados miembros ha provocado que cada legislación estatal adopte medidas muy diferentes para luchar contra la publicidad engañosa. Si bien resulta lícita tal divergencia de soluciones, el problema surge cuando un Estado pretende aplicar su propia normativa a la publicidad sobre bienes o servicios vinculados directa o indirectamente con otro Estado miembro, ya que en tales

---

en el ámbito mucho menos gravoso del "direito de mera ordenação social".

<sup>562</sup> Vid. FERREIRA MONTE, cit., pág. 128 y ss.



supuestos habrá que constatar que la aplicación de tales disposiciones estatales es compatible con el principio de libre circulación de bienes y servicios, consagrado en los arts. 28 y 49 del Tratado de la UE.

Concretamente, el art. 28 del Tratado establece el principio de libre circulación de mercancías entre los Estados miembros, prohibiendo las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente. El TJCE ha sido el encargado de delimitar los contornos de la noción "medidas de efecto equivalente"<sup>563</sup>, es decir, de aquellas actuaciones de los Estados que se van a considerar como obstáculos a la libertad de circulación de mercancías en el ámbito de la Unión Europea<sup>564</sup>. La primera fórmula al respecto fue la establecida por la STJCE de 11 de julio de 1974, asunto "Dassonville": se definió aquí la "medida de efecto equivalente" de forma muy amplia, considerando como tal a toda reglamentación comercial de los Estados susceptible de obstaculizar, actual o potencialmente, el comercio intracomunitario. Partiendo de esta configuración tan omnicompreensiva, podemos deducir que una normativa estatal prohibitiva de determinadas modalidades publicitarias va a constituir una reglamentación susceptible de alterar el libre comercio intracomunitario, de tal modo que el TJCE va a manifestarse en contra de que un Estado aplique tales disposiciones restrictivas a la publicidad referida a bienes o servicios de otro Estado miembro<sup>565</sup>.

---

<sup>563</sup> Previamente a esta labor jurisprudencial, la Comisión había adoptado la Directiva 70/50, de 22 de diciembre de 1969, relativa a la supresión de las restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente, en la que se ofrecía un catálogo de medidas consideradas restrictivas de la libre circulación de mercancías, y que básicamente se podían agrupar en cuatro bloques: reglamentaciones de precios de carácter discriminatorio, condiciones específicas para la importación, reserva de ventajas exclusivamente a la producción nacional y controles específicos para los productos importados; vid. STOFFEL VALLOTTON, N., *La prohibición de restricciones a la libre circulación de mercancías en la Comunidad Europea*, Dykinson, Madrid 2000, pág. 215-217.

<sup>564</sup> Vid. una sucinta y clara exposición de esta trayectoria del TJCE en DEL RÍO, A., en *Lecciones de Derecho comunitario europeo* (Abellán Honrubia, V. / Vilà Costa, B., dir.), Ariel, Barcelona 1998, pág. 234 y ss.

<sup>565</sup> Así lo expresa en sus sentencias de 17-3-1990 (asunto GB-INNO-BM) y de 18-5-1993 (asunto Yves Rocher); vid. al respecto SACK, R., *Auswirkungen der Art. 30,36 und 59ff. EG-Vertrag auf das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb*, en GRUR 1998, n° 11, pág. 877 y ss.

Asimismo, en la delimitación de los límites de las "medidas de efecto equivalente" es necesario tener en cuenta la STJCE de 20 de febrero de 1979, asunto "Cassis de Dijon", en la cual se establecen dos principios importantes. En primer lugar, el TJCE reconoce la competencia de cada Estado miembro para regular, en ausencia de armonización a nivel comunitario, todas las cuestiones relativas a la producción y comercialización de los productos (lo cual incluye, desde luego, la regulación de las formas de publicidad). En segundo lugar, el TJCE añade que, para que una disposición estatal susceptible de obstaculizar el comercio intracomunitario sea admisible, debe estar justificada por la protección de intereses legítimos necesitados de protección (dicho de otro modo, se trata de una medida necesaria para satisfacer determinadas "exigencias imperativas"), entre los cuales el propio Tribunal cita la defensa de los consumidores<sup>566</sup>; se requiere además que tal medida normativa no resulte discriminatoria (no debe diferenciar entre productos nacionales e importados) y que no exista otro medio menos gravoso para proteger los intereses en cuestión (de esto se deduce, para la materia que nos ocupa, que una norma estatal restrictiva de determinada publicidad va a ser admisible si está justificada, ante la inexistencia de otro medio menos restrictivo del comercio intracomunitario, por la necesidad de proteger a los consumidores)<sup>567</sup>.

---

<sup>566</sup> Esta posibilidad de que los Estados miembros (no existiendo un régimen comunitario en la materia) puedan aplicar razonables medidas restrictivas justificadas por la necesidad de protección de los consumidores ya había sido apuntada en la sentencia "Dassonville"; sin embargo, tal cuestión no fue completamente planteada y resuelta hasta la sentencia "Cassis de Dijon": vid. STOFFEL VALLOTTON, N., *La prohibición de restricciones a la libre circulación...*, cit., pág. 372-373.

<sup>567</sup> Vid. sobre esta sentencia y el desarrollo de sus puntos principales en sentencias posteriores como la de 15-12-1982 (asunto Oosthoek) y la de 25-7-1991 (asunto Aragonesa de Publicidad), en DAUSES, M.A., *La jurisprudencia del TJCE en materia de protección del consumidor y libertad publicitaria en el mercado interior*, en *Autocontrol de la Publicidad 2000*, nº 39, pág. 22 y ss. Vid. también STOFFEL VALLOTTON, op. cit., pág. 403 y ss; PALAU RAMIREZ, F. / TATO PLAZA, A., *Competencia desleal y libre circulación de mercancías en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea*, en ADI 1993, Tomo XV, pág. 252-253. Vid. también un estudio de la sentencia "Cassis de Dijon" en SCHULZE, R. / SCHULTE-NÖLKE, H. (Hrsg.), *Casebook. Europäisches Verbraucherrecht*, Nomos, Baden-Baden 1999, pág. 57 y ss.

Esta trayectoria jurisprudencial sufrió un importante cambio con la STJCE de 24 de noviembre de 1993, asunto "Keck - Mithouard", la cual estableció una distinción entre las reglamentaciones nacionales que afectan a las características de los productos y las que se refieren a las modalidades de venta. En relación con esta última clase de normativa, que es la que abarca las disposiciones relativas a la publicidad, el TJCE determinó que la aplicación a mercancías de otros Estados de disposiciones que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta no es susceptible de obstaculizar el comercio intracomunitario. Así, se sentó una nueva línea jurisprudencial según la cual un Estado miembro podrá aplicar normas prohibitivas de ciertas clases de publicidad a cualquier comunicación publicitaria, aunque venga referida a bienes o servicios de otro Estado miembro<sup>568</sup>.

Ante esta situación tan poco definida<sup>569</sup>, es realmente deseable la aparición de un tipo penal de publicidad engañosa a nivel comunitario que, siendo aplicable por igual en todos los Estados miembros, evite los obstáculos a la libre circulación de mercancías y servicios derivados de la existencia en cada Estado de diferentes normas prohibitivas de determinadas modalidades publicitarias. En este sentido, se ha propuesto la configuración de este tipo penal comunitario en la siguiente forma<sup>570</sup>:

---

<sup>568</sup> Esta es la línea que sigue el TJCE en sus sentencias de 15 de diciembre de 1993, asunto C-292/92, Hünermund; de 9 de febrero de 1995, asunto 412/93, Leclerc-Siplec; de 9 de julio de 1997, asuntos acumulados C-34/95, C-35/95 y C-36/95, De Agostini; vid. sobre estas sentencias STOFFEL VALLOTTON, op. cit., pág. 716 y ss. Vid. un análisis de la sentencia Keck en SCHULZE, R. / SCHULTE-NÖLKE, H. (Hrsg.), *Casebook. Europäisches Verbraucherrecht*, cit., pág. 111 y ss; vid. asimismo STOFFEL VALLOTTON, cit., pág. 668 y ss.

<sup>569</sup> La oscilante línea jurisprudencial que se ha expuesto puede dar nuevamente otro giro a partir de la STJCE de 11-5-1999 (asunto Pfeiffer c. Löwa), la cual parece volver a la situación anterior a la sentencia Keck, ya que opta por considerar que determinadas prohibiciones estatales en materia de publicidad constituyen obstáculos a la libre circulación de mercancías en la Unión Europea; vid. SANZ, R., *El asunto Pfeiffer c. Löwa: ¿El principio del fin de Keck?*, en Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia 2000, n° 205, pág. 49 y ss.

<sup>570</sup> Se trata del art. 31, redactado por K. TIEDEMANN, de las "Propuestas de armonización del Derecho penal económico en la Unión Europea ("Euro-delitos")", presentadas en el Congreso internacional en la materia celebrado en Freiburg i.Br. (Alemania) los días 13-14 de octubre de 2000. Este concreto euro-delito ya había sido objeto de

**Será castigado con la pena de ... el que en ofertas públicas de bienes o servicios proporcione a un círculo extenso de personas informaciones falsas que resulten esenciales para la celebración de un contrato y que sean idóneas para inducir a error a un consumidor razonable y diligente.**

**También se consideran bienes los títulos-valores y los derechos de participación. También será sancionado según el apartado primero el que, en relación con estos bienes, silencie informaciones esenciales en prospectos públicos o en otras publicaciones.**

Comenzando por la noción de publicidad que se maneja en esta propuesta, la referencia genérica a "ofertas públicas" da a entender un concepto amplio de publicidad, en el mismo sentido que, como se ha visto ya, se manifiesta la generalidad de la doctrina de los países que poseen un delito de estas características; se aplicaría el tipo, por lo tanto, a los mensajes publicitarios difundidos por cualquier medio de comunicación y asimismo a las informaciones contenidas en el etiquetado.

El objeto material también aparece limitado, en lógica conexión con el principio de intervención mínima, a los elementos de los productos o servicios "que resulten esenciales para la conclusión de un contrato". Estamos aquí ante una concreta delimitación del objeto material que ha sido propuesta por algunos autores alemanes (entre ellos los redactores del Proyecto alternativo de Código penal alemán), y asimismo por el Gobierno alemán en una de sus proposiciones de reforma del delito de publicidad engañosa<sup>571</sup>.

---

tratamiento en el V Seminario sobre la unificación del Derecho penal en la Unión Europea, celebrado en Palma de Mallorca los días 28 y 29 de febrero de 2000, y asimismo en San Sebastián, con fecha 11 de junio de 1999. Sin embargo, el texto de 2000 presenta dos ligeras diferencias con las redacciones anteriores: en primer lugar, en esta última propuesta se añade la especificación de que las informaciones publicitarias han de dirigirse a "un círculo extenso de personas"; en segundo lugar, desaparece en el párrafo segundo la mención expresa a los "medicamentos", que eran considerados como productos, en el sentido del párrafo primero, junto a los títulos-valores y los derechos de participación.

<sup>571</sup> Vid. infra Capítulo segundo, epígrafe III.2.a).

La conducta típica consiste en la difusión de informaciones falsas que además sean idóneas para inducir a error a un consumidor razonable y diligente. Se sigue aquí de cerca el modelo de incriminación del art. 4 de la UWG, que también sanciona los mensajes publicitarios falsos e idóneos para inducir a error; con un deseo de exhaustividad, la propuesta de eurodelito tipifica también el parámetro que servirá para determinar cuándo una declaración falsa es idónea para inducir a error: debe atenderse a la impresión que la publicidad produce en un consumidor razonable y diligente. Estamos entonces ante un modelo de incriminación que se aparta fundamentalmente del ordenamiento español que, como más adelante se verá, castiga los mensajes únicamente falsos que sean idóneos para causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores.

Por último, la propuesta hace referencia expresamente a los títulos-valores y derechos de participación, disipando cualquier duda sobre la aplicación del precepto en ese ámbito. Precisamente sólo en relación con estos dos objetos se tipifica de forma expresa la omisión, ya que la norma declara que será sancionado quien silencie informaciones esenciales en prospectos públicos o en otras publicaciones.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: ANÁLISIS DEL DELITO DE PUBLICIDAD FALSA EN EL CÓDIGO PENAL (ART. 282)**

El delito de publicidad falsa aparece regulado dentro del vigente Código Penal en el art. 282, que establece lo siguiente:

**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, 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.**

## I. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y JUSTIFICACIÓN POLÍTICO-CRIMINAL

### 1. Bien jurídico protegido

Antes de entrar a analizar el bien jurídico específicamente protegido en el delito de publicidad falsa, conviene recordar las características definitorias del bien jurídico categorial común al conjunto de los genuinos delitos socioeconómicos de consumo, contenidos en los art. 281-283 del Código Penal. Como se ha explicado pormenorizadamente en el Capítulo III, puede afirmarse que en tales preceptos se protege un bien jurídico definido como *"el interés del grupo colectivo de consumidores en el mantenimiento del orden global del mercado"*. Se trata de un **bien jurídico supraindividual espiritualizado o institucionalizado**, construido para englobar los bienes individuales de los sujetos integrantes del colectivo de consumidores, concretamente su patrimonio y/o su libertad de disposición económica; así, se entiende que la puesta en peligro de estos últimos bienes jurídicos implica ya la lesión del bien supraindividual.

Como se puede apreciar, no se busca más que proteger un tradicional bien jurídico perteneciente al individuo, y la única novedad consiste en que se está articulando una especial forma de tutela que supone un adelantamiento de la intervención penal. Tal anticipación en la protección del patrimonio de todos y cada uno de los consumidores resulta necesaria si tenemos en cuenta las especiales características de los ataques a este bien jurídico llevados a cabo en el seno del mercado: es evidente que tales agresiones no se producen generalmente de forma directa e individualizada, sino que se manifiestan a través de conductas con un amplio radio de expansión y que por ello conllevan un alto grado de potencialidad lesiva para una multiplicidad indeterminable de patrimonios.

Por último, cabe terminar estas notas introductorias recordando que nos encontramos ante un bien jurídico supraindividual o colectivo de la subclase "difusos"; es decir, se trata de un bien jurídico del que es titular un amplio grupo de individuos (de ahí el calificativo de "supraindividual" o "colectivo") que no llega a abarcar al conjunto de la sociedad (no es un bien colectivo general), sino que se limita a un círculo no delimitable pero que no se corresponde con todos los miembros de la comunidad social; por ello, se dice que estamos ante un bien colectivo o supraindividual de carácter difuso<sup>572</sup>.

Partiendo de esta configuración general del bien jurídico común a la categoría de los delitos socioeconómicos de consumo, podemos derivar que el concreto bien jurídico protegido en uno de tales delitos, el de publicidad falsa, es el **"interés del grupo colectivo de consumidores en la veracidad de los medios publicitarios, concebido como un aspecto particular del orden global del mercado"**: se trata de una abstracción conceptual (el interés en la veracidad publicitaria) elevada a la categoría de bien jurídico supraindividual institucionalizado, de modo que su lesión equivale a la puesta en peligro del patrimonio individual y asimismo de la libertad de disposición económica de todos y cada uno de los consumidores<sup>573</sup>, definiéndose esta

---

<sup>572</sup> En este sentido hay que entender la afirmación de algunos autores de que estamos aquí ante un "bien jurídico colectivo", es decir, se trata de un bien jurídico perteneciente a un "colectivo" o "agrupación de individuos", teniendo presente que tal "colectivo" no es la comunidad social en general sino el conjunto de los consumidores; quienes usan la expresión "bien jurídico colectivo" son VALLE MUÑIZ, J.M., en *Comentarios al Nuevo Código Penal* (Quintero Olivares, G., dir.), cit., pág. 1299; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. PE*, cit., pág. 484; SÁNCHEZ GARCÍA, I., *El nuevo delito publicitario (art. 282 del Código Penal)*, cit., marg. 562; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito publicitario en el nuevo Código Penal*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 256, 25-7-1996, pág. 3.

<sup>573</sup> Cf. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 92-93; del mismo, *Comentarios al Código Penal de 1995* (Vives Antón, T.S., coord.), Vol. II, cit., pág. 1370.

Existen otras opiniones doctrinales que establecen el bien jurídico protegido en la veracidad publicitaria como fórmula que asegura la protección de la libertad de disposición económica de los consumidores, si bien no aluden a la existencia aquí defendida de una categoría de bienes inmateriales espiritualizados con referente individual; tales autores son VALLE MUÑIZ, J.M., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit., pág. 1299, quien habla del "derecho de los consumidores y usuarios a recibir una información veraz de los productos y servicios ofertados en el mercado" (igualmente, DE VICENTE MARTÍNEZ, R.,



última como "la libertad que consiste en que una persona que participa en el mercado pueda decidirse con entera libertad en favor o en contra de un trato"<sup>574</sup>.

La necesidad de articular esta protección anticipada se debe a las especiales características de la actividad publicitaria y a su importancia en el mercado actual a la hora de fomentar la contratación de bienes y servicios. En efecto, se trata del instrumento fundamental para dar a conocer a todo el público las innumerables ofertas que concurren al mercado y para fomentar su contratación. Nos encontramos entonces con que los consumidores, a la hora de tomar la decisión de adquirir un producto o servicio, se guiarán casi exclusivamente por la información suministrada en las ofertas o la publicidad que a ellos se hace llegar.

---

*Infracciones y sanciones en materia de consumo*, cit., pág. 55), que opera como "mecanismo de garantía de la libertad de disposición económica de los consumidores"; y GONZÁLEZ RUS, J.J., *Compendio de Derecho penal español (Parte especial)* (Cobo del Rosal, M., dir.), cit., pág. 512, que se refiere al "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". Hablan sin más de la libertad de disposición económica como bien jurídico protegido MUÑAGORRI LAGUÍA, I., *La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa*, Comares, Granada 1998, pág. 73; y HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., *El delito publicitario*, en AP 1997-2, marg. 1107-1108. Por último, CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito publicitario en el nuevo Código Penal*, cit., pág. 3, considera objeto inmediato de protección "el derecho de los consumidores a recibir una información veraz en la actividad publicitaria, tutelando penalmente la libertad de su capacidad de decisión en la adquisición de bienes o servicios", afirmando posteriormente que se trata de un bien jurídico de carácter supraindividual; en este mismo sentido, BAJO, M. / BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, cit., pág. 544-545; y también MORENO Y BRAVO, E., *El delito de publicidad falsa*, Bosch, Barcelona 2001, pág. 36 y 46-47.

Asimismo está relacionado con esta conceptualización del bien jurídico lo que manifiesta CUERDA RIEZU, A., *Contribución a la polémica sobre el delito publicitario*, en EC 1995, nº 35, pág. 75, según el cual este precepto tutela la veracidad de la publicidad o de las ofertas, pero teniendo en cuenta que sólo entrarán en su ámbito de protección las inveracidades que puedan perjudicar a los consumidores. Declara adherirse también a esta conceptualización del bien jurídico BARONA VILAR, S., *Tutela civil y penal de la publicidad*, cit., pág. 642.

<sup>574</sup> Cfr. LAMPE, E.J., *La protección jurídico-penal de la competencia económica en el Anteproyecto de Código Penal español de 1983*, cit., pág. 384. Como pone de relieve GALLEGO SOLER, J.I., *Patrimonio y perjuicio patrimonial en Derecho penal. Aproximación sistemática a los delitos contra intereses patrimoniales*, Tesis doctoral, Universitat de Barcelona 2001, pág. 217-218, la libertad de disposición económica está íntimamente relacionada con el concepto de patrimonio, y se podría definir, siguiendo a Vogel, como la "relación entre el titular patrimonial y los elementos que integran el patrimonio" (ibidem).

Por otro lado, no sólo cabe hablar de la *relevancia de la publicidad en el mercado como medio de información*, que ha sustituido en numerosos casos a la tradicional toma de contacto entre compradores y vendedores, siendo estos últimos los que de palabra daban a conocer el producto o servicio ofrecidos<sup>575</sup>. También es importante aquí tener en cuenta el amplio campo en el que se desarrolla la publicidad: su difusión de cara al público en general supone una indeterminación del sin duda cuantioso número de personas que va a juzgar un producto o servicio según lo que manifiesta la publicidad, lo cual equivale a una idéntica *indeterminación de la frontera de peligro para el patrimonio de los consumidores* cuando éstos efectúan una disposición económica influenciada por un mensaje publicitario falso<sup>576</sup>.

Sólo bajo el entendimiento del bien jurídico aquí propuesto se puede aceptar que se está protegiendo el mencionado interés de los consumidores en la veracidad de los medios publicitarios. La opción de definir a este bien jurídico con total autonomía no puede ser aceptada, puesto que se estaría considerando merecedor de protección penal el simple mantenimiento de la veracidad en los mensajes publicitarios<sup>577</sup>. Se

---

<sup>575</sup> Vid. lo dicho sobre esta cuestión supra, Primera parte, Capítulo segundo, epígrafe II.3.c).

<sup>576</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*. PE, cit., pág. 93. Se trata, como dice SÁNCHEZ GARCÍA, I., *El nuevo delito publicitario*, cit., marg. 562, de "la amplia capacidad difusiva de la ofensa inherente a la propia naturaleza de la actividad publicitaria"; o también, como dice GÓMEZ RIVERO, M.C., *Hacia una nueva interpretación del delito publicitario*, en La Ley 1997-4, pág. 1232-1233, al dar a conocer al público las ofertas en el mercado por medio de la publicidad "aumenta no sólo el círculo de sus potenciales adquirentes, sino las posibilidades reales de su adquisición, propiciando así en última instancia el incremento del riesgo inherente al ofrecimiento en el mercado de dichos bienes y servicios". Así, si bien con razón afirma CUGAT MAURI, M., *La protección de intereses colectivos: el caso del delito publicitario*, en El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz (Quintero Olivares / Morales Prats, coord.), cit., pág. 1180, que el ámbito de protección del art. 282 es diferente del ámbito de tutela de delitos como la estafa (que protege el patrimonio individual), esto no lleva necesariamente a concluir, como hace la autora, que el delito de publicidad falsa no se diferencia de la estafa porque supone un distinto grado de afectación al bien jurídico individual patrimonial. Como aquí se ha dicho, va a ser este diverso nivel de afectación el que otorga una dimensión diferente a las conductas publicitarias falsas, y consecuentemente da lugar a la configuración del art. 282 como protector de un bien jurídico supraindividual espiritualizado con referente individual.

<sup>577</sup> En esta línea se expresan CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal. Parte especial* (Vives Antón, T.S y otros), Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pág. 524, al afirmar sin

trata de una circunstancia que por sí misma no tiene entidad suficiente como para constituir un bien jurídico-penal autónomo; evidentemente, la existencia de una publicidad veraz resulta sumamente importante en el mercado, pero sólo podrá defenderse a través de sanciones penales cuando implique un ataque intolerable a bienes jurídicos fundamentales del individuo. Por este motivo, afirma con razón Gómez Rivero que resulta "poco acorde con el carácter mínimo de la intervención penal recurrir al Derecho penal para garantizar que el consumidor tenga un conocimiento exacto del producto o servicio anunciado"<sup>578</sup>.

La publicidad falsa se incrimina por consistir en un "desvalor instrumental de cara a la lesión o puesta en peligro de otros bienes jurídicos tutelados en otros tipos penales o, si se quiere, como una modalidad agravada de su comisión"; no hay que olvidar que los medios publicitarios tienen como finalidad difundir lo más ampliamente posible un mensaje sobre un producto o servicio, con lo cual se hace muy extenso el círculo de posibles adquirentes, cuyo patrimonio podría verse perjudicado por el producto o servicio<sup>579</sup>. Por ello, *no cabe criminalizar la mera difusión de publicidad falsa, sino únicamente cuando supone una especial puesta en*

---

más que el bien jurídico protegido en este precepto es el "derecho a la información veraz sobre los productos en competencia en el mercado", lo cual viene a constituir el presupuesto garantizador de la libre formación de la voluntad de los consumidores a la hora de adquirir bienes o servicios; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Compendio de Derecho penal (Parte especial)* (Bajo Fernández, M., dir.), cit., pág. 542, quien define el bien jurídico como el "derecho a la información veraz sobre productos y servicios que se ofertan en el mercado"; MORENO CÁNOVES / RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, cit., pág. 162-163, quienes hablan del "derecho de los consumidores y usuarios a una información veraz sobre los productos o servicios ofertados en el mercado": estos autores aceptan también que se está protegiendo la libertad de disposición económica de los consumidores, pero concluyen que el presupuesto de esta libertad, lo que constituye el bien jurídico directamente protegido, es la veracidad de los mensajes publicitarios.

<sup>578</sup> Cfr. GÓMEZ RIVERO, M.C., *Hacia una nueva interpretación del delito publicitario*, cit., pág. 1232.

<sup>579</sup> Vid. GÓMEZ RIVERO, *ibidem*. Con esta configuración del bien jurídico, esta autora delimita el tipo integrando en él cualquier publicidad engañosa que induzca al consumidor a adquirir un producto o servicio lesivo no sólo para su patrimonio sino también para su salud. Por otro lado, este entendimiento del bien jurídico la lleva a sugerir la incriminación no sólo de la publicidad que sea engañosa, sino también de aquella que es verdadera pero está referida a productos que por sí pueden lesionar la salud de los consumidores (vid. nota 17 de la autora citada).

*peligro del patrimonio y la libertad de disposición económica del colectivo de consumidores*; incluso la propia redacción del precepto confirma esta interpretación, puesto que se restringe el círculo de conductas típicas a aquellas que "puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores".

Concluyendo, cabe hacer referencia a *otras definiciones doctrinales del bien jurídico protegido* en el art. 282 que se apartan sustancialmente de la teoría aquí expuesta, y que por lo tanto no son compatibles. Así, en primer lugar, algún autor ha definido al bien aquí tutelado como "el buen funcionamiento del mercado sustentado en los principios de libertad y lealtad en la competencia"<sup>580</sup>. Por otra parte, algunos autores se han limitado a afirmar con carácter general que en el art. 282 resultan tutelados los derechos o intereses de los consumidores, sin proceder a una mayor definición de los contornos del bien jurídico protegido<sup>581</sup>.

Por último, tenemos también la interpretación de Mapelli<sup>582</sup>: este autor entiende, a la vista de que el art. 282 exige que la publicidad sea apta para causar un perjuicio patrimonial, que no se protege exactamente la libertad de disposición de los consumidores sino estrictamente su patrimonio; como apoyo a su tesis, Mapelli pone como ejemplo el caso de que un consumidor adquiriera un producto sabiendo que la publicidad es falsa: en tal supuesto dice este autor que podría haber perjuicio económico, pero que evidentemente no existe menoscabo de la libertad de disposición económica, ya que el consumidor ha decidido sin ser víctima de ningún engaño. Sin embargo, considero que debe tenerse siempre presente que el art. 282 del

---

<sup>580</sup> Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, L. / DE LA CUESTA RUTE, J. M., *El delito publicitario*, en *Autocontrol de la Publicidad* 1998, nº 26, pág. 18.

<sup>581</sup> Cfr. SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid 1999, pág. 461; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. PE*, cit., pág. 484; SÁNCHEZ GARCÍA, I., *El nuevo delito publicitario*, cit., marg. 562 (esta autora especifica que aquí se incluirían los intereses tanto de carácter económico como de naturaleza personal, es decir, los intereses sobre el propio patrimonio o sobre la salud individual, vid. infra...); vid. también CARRASCO ANDRINO, M.M., *La publicidad engañosa y el Derecho penal (una aproximación al tipo del artículo 282 del CP)*, *Revista General de Derecho*, Valencia 2000, pág. 85-86, quien sitúa directamente al objeto de protección en los intereses individuales del consumidor.

<sup>582</sup> Vid. MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito de publicidad fraudulenta*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pág. 49-51.

CP parte de una óptica socioeconómica, como instrumento de protección de los intereses económicos de los consumidores; así, aunque obviamente pueda existir un cierto número de consumidores que a pesar de la falsedad publicitaria no son víctimas de una afectación de su libertad de disposición económica (como ocurre en el ejemplo propuesto por Mapelli), esto no impide reconocer la idoneidad objetiva de un mensaje publicitario falso para influir fraudulentamente en la libertad de decisión de todo el colectivo de consumidores y, consecuentemente, para causar a éstos perjuicios económicos.

Concluye finalmente Mapelli que el art. 282 del CP, "tras la aparente protección de los consumidores castigando los peligros de causarles perjuicio, se dirige a asegurar que la publicidad respetará unas reglas de juego deontológico que se concretan en la exclusión de la burda mentira para que aquélla siga cumpliendo con garantías la función que tiene encomendada de fenomenal instrumento de fomento del consumo, la producción y la riqueza". El autor llega a esta conclusión al constatar que sólo se protege al consumidor frente a actuaciones falsarias en el ámbito de la publicidad que podrían ocasionar una pérdida de credibilidad y consiguiente eficacia de la misma, dañando así el normal funcionamiento del libre mercado; por el contrario, el consumidor no halla igual grado de protección (ni en el ámbito penal ni en el extrapenal) frente a otros comportamientos publicitarios que asimismo dañan sus intereses, como por ejemplo la publicidad subliminal o incluso la excesiva intromisión de los mensajes publicitarios en el ámbito de intimidad del consumidor. De todos modos, como asimismo afirma este autor, gran parte de los abusos publicitarios en el seno de una sociedad consumista merecerían otra preocupación y otras soluciones que van más allá de la esfera penal. Por lo tanto, situándonos en el ámbito del Texto punitivo, parece acertado escoger uno de los comportamientos más graves en el campo de la publicidad, que pone en peligro el patrimonio y la libertad de disposición económica del colectivo de consumidores: esto es lo que se pretende con el art. 282 del CP, al margen de que, como se verá a lo largo de este trabajo, los presupuestos de su tipificación no resulten totalmente acertados.

## 2. Técnica de tipificación: tipo de aptitud o peligro hipotético

Como se ha venido diciendo, el indeterminado número de personas que puede sufrir las consecuencias de la acción típica, el hecho de que pueda llegar a ponerse en peligro una gran cantidad de patrimonios individuales, justifica el adelantamiento de las barreras de protección penal a través de la técnica de los delitos de peligro abstracto<sup>583</sup>.

Concretamente, se configura en el art. 282 del CP un **delito de aptitud**<sup>584</sup>: se tipifica una determinada conducta como peligrosa (emitir mensajes publicitarios objetivamente falsos), pero se exige a mayores un requisito de aptitud (posibilidad de que tales mensajes causen un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores). Por lo tanto, no se integra en el tipo la simple emisión de publicidad falsa, sino que es necesario constatar en cada caso concreto que ha habido un contacto entre la publicidad y el consumidor, de tal modo que ha sido posible que el consumidor se viera influido por el mensaje y como consecuencia perjudicado económicamente.

### 3. ¿Inclusión de la salud en el ámbito de protección del art. 282 del CP? Propuesta de un específico tipo penal que incrimine la publicidad falsa y apta para lesionar la salud.

Una cuestión que cabe debatir aquí es si el art. 282 del CP abarca no sólo la publicidad falsa que pueda perjudicar económicamente a los consumidores, sino

---

<sup>583</sup> Vid. supra Primera parte, Capítulo segundo, epígrafe II.4.

<sup>584</sup> Cf. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., en *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., pág. 1373; vid. también DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Protección penal de los consumidores*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi* 2001, nº 86, pág. 62.

también aquella que pueda causar un daño a su salud. Si bien existen opiniones enfrentadas al respecto, ante la ubicación sistemática del precepto no nos queda más remedio que rechazar la opción de incluir en el tipo la publicidad apta para causar un perjuicio a la salud personal. Efectivamente, hay que recordar que el art. 282 del CP se encuentra en el Título XIII del Texto punitivo, titulado "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico"; por lo tanto, todos los tipos penales que se hallan bajo tal rúbrica se caracterizan por ser infracciones de carácter económico<sup>585</sup>.

Este argumento sistemático ya de por sí evidente se refuerza si consultamos el Capítulo III del Título XVII del CP, rubricado "Delitos contra la salud pública". Aquí encontramos el art. 362.1.3º, que sanciona la publicidad de medicamentos alterados o simulados que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; y el art. 363.1 y 4, donde se castiga a quien ofrezca en el mercado productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos legalmente previstos, y a quien comercie con productos cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud. Por lo tanto, se puede apreciar que el legislador ha optado por regular separadamente la publicidad, según a qué bien jurídico afecte el producto o servicio anunciados: o la salud personal o el patrimonio individual<sup>586</sup>.

Quizás por esta razón no coinciden los presupuestos de tipificación, como se puede desprender de una simple lectura de los preceptos mencionados: así, en el art. 282 del CP se exige que la publicidad sea falsa y que suponga un hipotético peligro de producir menoscabos en el patrimonio individual de los consumidores; por otro lado, en los art. 362 y 363 no se llega a exigir que la publicidad sea falsa, sino únicamente que verse sobre medicamentos o alimentos perjudiciales para el consumo humano y que no se mencione su carácter dañino, de modo que el legislador ya considera que su difusión publicitaria y consiguiente acercamiento al público supone un grave riesgo de adquisición masiva de estos productos perjudiciales para la salud.

---

<sup>585</sup> Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*. PE, cit., pág. 94; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Curso de Derecho penal español*. PE (Cobo del Rosal, M., dir.), Tomo I, cit., pág. 806. En contra, CARRASCO ANDRINO, M.M., *La publicidad engañosa y el Derecho penal*, cit., pág. 113.

<sup>586</sup> Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*. PE, cit., pág. 94-95; SÁNCHEZ GARCÍA, I., *El nuevo delito publicitario*, cit., marg. 564.

A pesar de la evidencia de la ubicación sistemática del art. 282 del CP, algunos autores defienden la posibilidad de incluir en este tipo penal la **publicidad falsa que pueda causar un perjuicio grave y manifiesto a la salud de los consumidores.**

Así, cabe citar a Carrasco Andrino y Gómez Rivero, que defienden la inclusión en el precepto de este último tipo de publicidad, porque consideran que tales supuestos son los más graves objetivamente y los más alarmantes para la seguridad del consumidor<sup>587</sup>; también Queralt Jiménez se muestra a favor de esta opción apoyándose en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: ya que el art. 2.1 de esta Ley reconoce como derechos básicos de los consumidores tanto sus intereses económicos como su salud y seguridad, este autor interpreta que no sólo pertenece al ámbito típico del art. 282 del CP el perjuicio de carácter económico, sino también el que incide en la salud personal<sup>588</sup>. Incluso hay autores como Torío que proponen "de lege ferenda" que el delito de publicidad falsa se circunscriba únicamente a aquellas actividades publicitarias que puedan causar un perjuicio a la salud, considerando que se debería abandonar la configuración de este precepto como protector de los intereses económicos de los consumidores<sup>589</sup>.

---

<sup>587</sup> Cfr. CARRASCO ANDRINO, M.M., *La publicidad engañosa y el Derecho penal*, cit., pág. 112; GÓMEZ RIVERO, M.C., *Hacia una nueva interpretación del delito publicitario*, cit., pág. 1234.

<sup>588</sup> Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal Español. Parte especial*, Bosch, Barcelona 1996, pág. 600-601.

También a favor de incluir la salud en el ámbito de protección del precepto: CUGAT MAURI, M., *La protección de intereses colectivos: el caso del delito publicitario*, cit., pág. 1172-1173; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, cit., pág. 55; MUÑAGORRI LAGUÍA, I., *La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa*, cit., pág. 104; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Compendio de Derecho penal (PE)*, cit., pág. 544; MARCHENA GÓMEZ, M., en *Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)* (Serrano Butragueño, coord.), Comares, Granada 1998, pág. 1377; DE JORGE MESAS, L.F., *La oferta, promoción y publicidad engañosa*, en EC 1998, nº 44, pág. 110. También aceptan tal posibilidad RODRÍGUEZ RAMOS / DE LA CUESTA RUTE, *El delito publicitario*, cit., pág. 19, partiendo de su conceptualización del bien jurídico protegido como el buen funcionamiento general del mercado.

<sup>589</sup> Cfr. TORÍO LÓPEZ, A., *Reflexión sobre la protección penal de los consumidores*, cit., pág. 160. Aunque sin llegar a excluir la protección de los intereses económicos de los



El punto de partida de estos últimos autores, centrado en que los perjuicios a la salud son objetivamente más graves y más alarmantes para el consumidor, es indiscutiblemente cierto, y es precisamente el que ha guiado la actuación del legislador cuando ha establecido penas más graves para la emisión de publicidad que versa sobre medicamentos, alimentos e incluso cualquier otro tipo de productos dañinos para la salud (arts. 362-363) que para la difusión de publicidad falsa que pueda causar un perjuicio patrimonial (art. 282). Por ello, no sería adecuado incluir en el precepto con penalidad más benigna (el art. 282) los supuestos de publicidad atentatoria tanto contra el patrimonio como contra la salud; sería la solución más adecuada en los casos en que una publicidad atentase contra ambos bienes jurídicos, apreciar un concurso de delitos entre el art. 282 y la concreta infracción penal contra la salud pública<sup>590</sup>.

**El problema que se podría plantear es dónde incluir los supuestos de publicidad de un bien o servicio que suponga un peligro para la salud cuando no cumpla los requisitos exigidos en el concreto tipo contra la salud pública: en el caso de los medicamentos, haber sido alterados y privados de su eficacia terapéutica (art. 362); en el caso de los alimentos, haber sido alterados u omitidos los requisitos legales sobre caducidad o composición (art. 363.1); y para el caso de cualquier otro producto, que su uso no se halle autorizado o sea perjudicial para la salud (art. 363.4)<sup>591</sup>.**

---

consumidores, CUERDA RIEZU, A., *Contribución a la polémica sobre el delito publicitario*, cit., pág. 75, pone en primera línea la protección de la salud de los mismos; este autor afirma que "aunque pudiera pensarse que se está haciendo referencia a los posibles perjuicios que recayesen sólo sobre intereses personales de los consumidores (vida, salud, seguridad), no creo que el tipo haya querido excluir otros posibles perjuicios sobre intereses no estrictamente personales"; evidentemente, no cabe siquiera plantearse si los intereses patrimoniales son objeto de protección en este precepto, puesto que de la redacción y la ubicación del tipo se desprende claramente que son estos intereses los que sin duda alguna pretende proteger el legislador, centrándose el debate doctrinal sobre la conveniencia o no de dar cabida en la norma a la tutela de la salud de los consumidores.

<sup>590</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 95.

<sup>591</sup> CARRASCO ANDRINO (op. cit., pág. 114-115) incluye en el art. 282 del CP todos estos supuestos de publicidad atentatoria contra la salud que no tienen cabida en los tipos

Como se puede apreciar, los problemas que se plantean para castigar la publicidad de bienes y servicios que puedan suponer un daño para la salud son básicamente dos: la restricción del objeto material y la limitación de las conductas típicas en los delitos contra la salud pública.

En primer lugar, la *restricción del objeto material* en los arts. 362.1.3º y 363 del CP únicamente a medicamentos y productos alimentarios impide el castigo de la publicidad de otros productos que asimismo son especialmente idóneos para causar daños en la salud de los consumidores, como por ejemplo productos de higiene, cosméticos y juguetes, etc. La única vía que en principio se presenta para colmar esta laguna es la del art. 363.4 del CP, cuyo objeto material se define como "productos" sin más<sup>592</sup>; sin embargo, esta elogiada amplitud del objeto material se ve contrarrestada por otra exigencia típica: el precepto en cuestión exige que se trate de *productos cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud*. Ya cierta doctrina ha criticado que el Texto punitivo exija la infracción de la normativa referida al uso del producto, cuando en la práctica apenas existen disposiciones reguladoras del empleo de un producto mientras que hay profusión de normas sobre su producción o comercialización<sup>593</sup>.

Por todo ello, y siguiendo con el precepto tomado como ejemplo, para sancionar la publicidad de un bien que en determinadas condiciones puede suponer un peligro para la salud, quizás sería conveniente que en los delitos contra la salud pública se castigase la introducción de productos en el mercado sin respetar las disposiciones específicas sobre su producción o comercialización, normativa esta en la cual estarían reguladas las cautelas necesarias para evitar que el ofrecimiento de un

---

contra la salud pública: cuando el mensaje publicitario se refiere a medicamentos no alterados; cuando, tratándose de publicidad de productos alimentarios, no se han infringido los requisitos sobre caducidad o composición de los mismos; y, por último, los casos de publicidad sobre otros productos que no sean alimentarios ni medicamentos pero pueden incidir negativamente en la salud personal, como por ejemplo cosméticos o productos de higiene.

<sup>592</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, R., en *Comentarios al Nuevo CP*, cit., pág. 1701.

<sup>593</sup> Vid. GARCÍA ALBERO, op. cit., pág. 1701-1702. Vid. también supra Primera parte, Capítulo primero, epígrafe II.3.b).

bien al público entrañase el peligro de causar daños en la salud de sus adquirentes.

El análisis del *art. 363.4 del CP* nos conecta con la segunda limitación que se acusa en estos delitos contra la salud pública: *la exigencia de requisitos realmente estrictos en la formulación de la conducta típica*. Además de la limitación de este ap. 4 del art. 363, encontramos otras semejantes en el ap. 1 del mismo precepto y en el *art. 362.1.3º*.

En esta última disposición sólo resulta sancionada la publicidad de los medicamentos referidos en el nº 1º del ap. 1 de dicho artículo, es decir, los medicamentos que hayan sufrido una alteración en su cantidad, dosis o composición genuina, privándoseles así total o parcialmente de su eficacia terapéutica. Aquí de nuevo vuelve a carecer de sentido la redacción típica, ya que si realmente se pretende salvaguardar la salud de los consumidores, no se entiende por qué se restringe el objeto material del delito a los medicamentos alterados, puesto que igualmente perjudiciales pueden ser, por ejemplo, las medicinas deterioradas o caducadas o las imitaciones de medicamentos realizadas sin los controles necesarios; en la misma dirección se sitúa la crítica al requisito típico de que la alteración ha de conllevar una pérdida parcial o total de la eficacia terapéutica, puesto que también resultaría enormemente peligrosa para la salud una alteración que no disminuya la eficacia del medicamento (o incluso la mejore) pero aumente su toxicidad, de tal modo que se le estaría privando de su seguridad<sup>594</sup>.

En cuanto al *art. 363.1*, cabe decir que sólo castiga a quien ofrezca en el mercado productos alimentarios con omisión o alteración de lo establecido en las normas sobre caducidad o composición, obviando de este modo la peligrosidad derivada de las ofertas o publicidad de tales productos cuando se han infringido, por ejemplo, disposiciones de carácter sanitario o normativa referida a transporte y conservación<sup>595</sup>.

---

<sup>594</sup> Vid. estas críticas en GARCÍA ALBERO, cit., pág. 1692.

<sup>595</sup> Vid. GARCÍA ALBERO, cit., pág. 1698. Crítica también esta limitación típica BOIX REIG, J., *Derecho penal. PE*, (Vives Antón y otros), cit., pág. 679; DOVAL PAIS, A., *La regulación de los delitos de fraude alimentario nocivo en el Proyecto de Ley Orgánica del*

Teniendo presentes todas estas limitaciones que se acaban de exponer, surge la duda de dónde integrar supuestos como los siguientes: publicidad de pastillas tranquilizantes con efectividad terapéutica pero que, frente a lo asegurado en el mensaje publicitario, crean situación de dependencia; anuncios de aparatos de gimnasia cuya utilización provoca desviaciones de columna; mensajes publicitarios sobre juguetes de los que se indica verazmente sus cualidades y funcionamiento, pero que pueden ser lesivos para la salud porque en su composición incluyen un material tóxico<sup>596</sup>; anuncio de una sustancia cosmética en el que se oculte la posibilidad de contraer enfermedades por su uso<sup>597</sup>; publicidad de medicamentos o alimentos que no advierta que éstos pueden resultar nocivos si se consumen en combinación con otros o si los consumen personas con determinados problemas de salud; publicidad de productos alimenticios, terapéuticos o medicamentos en la que se afirma que es inocuo su consumo en grandes cantidades cuando en realidad esto puede ser perjudicial para determinadas personas; etc.

Estamos aquí ante unos supuestos que podrían ser subsumibles en el art. 282 del CP siempre que las alegaciones publicitarias difundidas fuesen objetivamente “falsas”, y asimismo se constatare su aptitud para perjudicar económicamente a los consumidores. Sin embargo, sólo se estaría sancionando de este modo la afectación a los intereses patrimoniales, no abarcándose mediante la aplicación de este precepto el completo desvalor de la conducta, puesto que permanece impune el peligro para la salud al no poder integrar tales supuestos de hecho en ningún tipo contra la salud pública.

En resumen, las mencionadas limitaciones presentes en la redacción típica de los delitos contra la salud pública suponen un gran obstáculo para proteger a los

---

*Código Penal de 1992*, cit., pág. 160; PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., pág. 253-255.

<sup>596</sup> Vid. estos tres ejemplos en GÓMEZ RIVERO, M.C., *Hacia una nueva interpretación...*, cit., pág. 1234, notas 17 y 27.

<sup>597</sup> Ejemplo citado por DE JORGE MESAS, L.F., *La oferta, promoción y publicidad engañosa*, cit., pág. 110, que el autor incluye en el ámbito típico del art. 282 del CP al considerar que con este precepto también se protege la vida o salud del consumidor.

consumidores ante la publicidad de productos que pueden causar daños en su salud. Como se ha visto, se producen bastantes lagunas punitivas al hacer depender la dañosidad de un producto de la infracción de normativa referente a su composición, uso, caducidad y otros extremos semejantes. La opción por la técnica de las normas penales en blanco no sólo plantea la objeción de que finalmente acaban siendo las autoridades administrativas las que determinan el carácter delictivo de un comportamiento<sup>598</sup>, sino que además, y refiriéndonos concretamente a esta categoría delictiva, surge la dificultad de determinar qué disposiciones normativas regulan aspectos suficientemente relevantes de un producto, de tal modo que su infracción suponga que el producto en cuestión puede resultar peligroso para la salud. Esta problemática surge porque no se produce un riesgo para la salud con la infracción de cualquier normativa; e incluso dentro de una misma disposición podemos encontrar preceptos de distinta relevancia, de modo que sólo la violación de algunos va a suponer un peligro para la salud.

Por lo tanto, *si lo que se pretende es proteger la salud de los consumidores frente a productos susceptibles de ser un peligro para la misma, lo más lógico y eficaz es hacer depender la sanción penal de la aptitud lesiva de tales productos*, la cual vendrá determinada por las características intrínsecas de los mismos. En esta línea se encuentra el *art. 363.2 del CP*, que castiga a quienes fabriquen o vendan bebidas o comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud. Este precepto no sitúa el desvalor de la conducta en la infracción de normas extrapenales, sino que se centra directamente en la "nocividad" del producto, esto es, en su aptitud para causar un daño a la salud<sup>599</sup>. El empleo de esta técnica resulta realmente

---

<sup>598</sup> Así lo ponen de relieve HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, cit., pág. 58-59, precisamente en relación con los delitos contra la salud pública.

<sup>599</sup> Identifican la nocividad con la idoneidad para lesionar la salud: HASSEMER, W., / MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, cit., pág. 59, 68 y 77; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., en *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos* (Paredes Castañón / Rodríguez Montañés), cit., pág. 197-198; GARCÍA ALBERO, R., *La tutela penal y administrativa de la salud de los consumidores en materia alimentaria. Consideraciones críticas en torno a su articulación jurídica*, cit., pág. 120. Por su parte, PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor*, cit., pág. 107, considera que nocivo no es sólo lo que presenta potencialidad de

acertado ya que, centrándonos en la comprobación de la nocividad del producto mismo, se evita la dificultosa elección de la normativa cuya violación puede ocasionar la peligrosidad del producto, y simultáneamente se evita la sanción de conductas infractoras de determinada normativa que por cualquier motivo no llegan a convertir el producto en un peligro para la salud<sup>600</sup>.

Así, concretando más, sería deseable configurar en el ámbito de los delitos contra la salud pública un tipo de aptitud en el mismo estilo del art. 282 del CP, con la variación de que la idoneidad lesiva de la actividad publicitaria falsa vendría referida en este caso a la salud de los consumidores<sup>601</sup>; se configuraría así

---

causar un perjuicio (la idoneidad lesiva), sino también aquello que realmente perjudica.

<sup>600</sup> Cfr. HASSEMER / MUÑOZ CONDE, op. cit., pág. 65-66. Como señalan estos autores, la utilización de normas penales en blanco puede suponer un "cheque en blanco" a la Administración, que al dictar las normas reglamentarias pertinentes tiene casi por completo en sus manos la determinación de la conducta delictiva. Según se ha dicho, así no sólo se corre el riesgo de incriminar conductas no lo suficientemente graves como para merecer sanción penal, sino que además, como han puesto de relieve algunos autores, a veces se llegaría a otorgar protección penal a ciertas prescripciones administrativas establecidas más por razones comerciales que de salud pública: cfr. HASSEMER / MUÑOZ CONDE, cit., pág. 66-67; CORCOY BIDASOLO, M., *Responsabilidad penal derivada del producto. En particular, la regulación legal en el Código penal español: delitos de peligro*, en Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto (Mir Puig, S. / Luzón Peña, D.M., coord.), Bosch, Barcelona 1996, pág. 256-257. Vid. también DOVAL PAIS, A., *La regulación de los delitos de fraude alimentario nocivo...*, cit., pág. 149, quien contempla con recelo el empleo de esta técnica debido a la creciente y cambiante multitud de normas administrativas en materia de consumo.

Vid. en cambio favorable al empleo de las normas penales en blanco en esta categoría delictiva RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Fraudes alimentarios nocivos*, cit., pág. 812-813. Por su parte, GARCÍA ALBERO, R., *La tutela penal y administrativa de la salud de los consumidores en materia alimentaria*, cit., pág. 971-972, se muestra también a favor del empleo de esta técnica pero siempre que se tengan en cuenta determinadas garantías: que el contenido fundamental de la conducta ilícita se determine en la ley penal, y que se evite la remisión a disposiciones que sitúen la esencia de la infracción administrativa en la propia noción de peligro, de modo que así no encontraremos una definición taxativa de la conducta ilícita ni en las normas penales ni en las administrativas. Tampoco se muestra en contra de utilizar leyes penales en blanco PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor*, cit., pág. 239-241, porque considera que en estos delitos contra la salud pública la remisión a normas extrapenales constituye un mero presupuesto de la infracción penal, que debe completarse con la constatación de una efectiva puesta en peligro de la salud.

<sup>601</sup> Es de resaltar que ya hace años se reclamaba la tipificación de una infracción de publicidad engañosa en el ámbito de los alimentos: vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y

un tipo penal que captase el desvalor de la conducta tanto en relación con la salud de los consumidores como con referencia a sus intereses patrimoniales, previendo además, ante las dos dimensiones del injusto, una pena mayor que la prevista en el art. 282 del CP.

Con referencia a esta posible solución del problema aquí tratado debe hacerse notar que, en el Congreso internacional referido a las "Propuestas de armonización del Derecho penal económico en la Unión Europea" (Freiburg i.Br., Alemania, 13-14 octubre 2000), se ha presentado una *propuesta de eurodelito referido a la protección penal de los consumidores frente a determinadas conductas que tienen como objeto los productos alimenticios*. Se trata de una proposición expuesta por G. Dannecker<sup>602</sup>, constituida por distintas disposiciones que se pueden dividir en dos grupos diferenciados: las que tienen como fin proteger la salud del consumidor, y las que pretenden asegurar únicamente que la información sobre productos alimenticios dirigida a los consumidores esté libre de todo engaño<sup>603</sup>.

En relación con el primer grupo, que es el que aquí nos interesa porque se trata de regulaciones destinadas a proteger la salud, se puede afirmar que las conductas incriminadas giran en torno a la comercialización de productos alimenticios "nocivos", sin acudir al requisito de vulneración de normas extrapenales; además, acertadamente no se va a restringir el objeto material a los productos

---

UBIETO, E., *Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho penal*, en RFDUC 1979, nº 57, pág. 91 y ss; LORENZO SALGADO, J.M., *Delitos contra la salud pública*, en Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la PANCP, cit., pág. 972-973.

<sup>602</sup> Este autor había presentado ya una propuesta en la misma línea, si bien con algunas variaciones, en el V Seminario sobre la Unificación del Derecho penal de la Unión Europea, celebrado en Palma de Mallorca los días 28-29 de febrero de 2000.

<sup>603</sup> Por una parte, encontramos en este bloque el art. 28 de la propuesta, que castiga la puesta en circulación de productos alimenticios que, o no son aptos para el consumo, o han sido fabricados o se comercializan vulnerando determinadas normas extrapenales, o bien son presentados de forma que engañan a los consumidores sobre determinados aspectos especificados en el propio precepto. Por otra parte, en el art. 29 se sanciona la difusión de publicidad en la que se atribuya a productos alimenticios falsas propiedades curativas.

alimenticios, sino que se extiende al agua potable, cosméticos y bienes de consumo en general<sup>604</sup>.

Pues bien, lo que se propone en este trabajo es incriminar la **publicidad falsa relativa a cualquier producto o incluso servicio nocivos** (como se desprende de la propuesta de Dannecker), sin efectuar remisiones a normas extrapenales, consistiendo tal nocividad, como se ha dicho antes, en la idoneidad para causar un daño a la salud (en el sentido del art. 363.2 del CP español y del mencionado euro-delito). Así, siendo la "nocividad" un elemento de aptitud, se llegaría a la misma construcción que en el art. 282 del CP: la exigencia de este requisito típico obligaría al Juez no sólo a establecer un juicio impersonal de pronóstico sobre el peligro general de la sustancia nociva, sino que debería realizar un segundo juicio "ex post" sobre la posibilidad del resultado de peligro, verificando si en el caso concreto ha sido posible un contacto entre el producto nocivo y la salud de los consumidores, a consecuencia del cual hubiera podido producirse un peligro efectivo para la salud de los miembros del citado colectivo<sup>605</sup>.

---

<sup>604</sup> Se trata del art. 27 del proyecto de cuerpo normativo de "euro-delitos", que establece lo siguiente:

"1. Quien fabrique, ponga en circulación o comercie con agua potable, productos alimenticios, cosméticos o bienes de consumo, que según su uso prescrito o previsible sean idóneos para poner en peligro la salud del consumidor, será castigado con...

2. También será castigado quien ponga en circulación o mezcle agua potable o productos alimenticios con alimentos perjudiciales para la salud.

3. También será castigado quien fabrique, ponga en circulación o comercie con bienes que puedan confundirse con productos alimenticios, cuando a consecuencia de tal confusión se cause un peligro para la salud [...]"

<sup>605</sup> Vid. esta caracterización del término "nocividad" en MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. PE*, cit., pág. 616, quien afirma que "la nocividad y en general el carácter perjudicial para la salud es un factor eminentemente relativo que hay que ajustar a una realidad concreta", tratándose del "riesgo potencial que determinados productos, a determinadas dosis o cantidades, llevan aparejado normalmente para la salud de las personas". En el mismo sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pág. 311-312, reconoce que "esta exigencia de nocividad o aptitud lesiva es un elemento normativo típico, de carácter relativo, necesitado de una valoración concreta en cada caso". Habla también del carácter relativo del concepto de nocividad, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho penal*, cit., pág. 110; PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor*, cit., pág. 119; CORCOY BIDASOLO, M., *Responsabilidad penal derivada del producto*, cit., pág. 259-260;



En cuanto a los criterios que se deben tomar en consideración en cada caso concreto para juzgar la nocividad de un producto, la doctrina ha propuesto tener en cuenta las condiciones generales de uso o consumo del producto, lo cual incluye la dosis habitual razonable, su modo de uso normal y el círculo de sujetos a los que se destina. Partiendo de estos parámetros, se puede concluir que los casos más frecuentes de publicidad falsa apta para causar perjuicios a la salud consistirán en la falsedad u ocultamiento de información relativa a dosis máximas tolerables (que es de especial relevancia en los casos de consumo continuado de productos que, en dosis normales no presentan una nocividad relevante), efectos secundarios, consecuencias derivadas del mal uso del producto y más supuestos imaginables en la misma línea<sup>606</sup>.

#### **4. Justificación político-criminal de la tipificación penal de la publicidad falsa idónea para perjudicar económicamente a los consumidores**

En definitiva, la configuración del bien jurídico protegido aquí defendida, junto con el empleo de la técnica de los delitos de aptitud, resulta la forma más acertada de respetar los principios rectores del Derecho penal a la hora de crear nuevas figuras delictivas como la de publicidad falsa. Lo importante es, en resumen, justificar que no se está recurriendo al Derecho penal para tutelar determinados intereses sin suficiente entidad, sino que simplemente se está protegiendo un bien jurídico tradicional y fundamental (el patrimonio del individuo y su libertad de disposición económica), necesitado de esta anticipación en su tutela debido a las

---

HASSEMER / MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, cit., pág. 79.

<sup>606</sup> Vid. DOVAL PAIS, A., *La regulación de los delitos de fraude alimentario nocivo...*, cit., nº 28, pág. 153; PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor*, cit., pág. 118.

peculiares características de las formas de ataque al mismo<sup>607</sup>. De todos modos, es conveniente detenerse en una cuestión que ha sido debatida repetidas veces en la doctrina: determinar si no es ya suficiente acudir a las sanciones administrativas o a las normas de Derecho privado para reprimir las conductas publicitarias ilícitas que atentan contra el patrimonio de los consumidores.

En el Capítulo dedicado a la justificación de la intervención penal en este tipo de conductas que ponen en peligro los intereses económicos de los consumidores, ya se han puesto de manifiesto diversos argumentos que son aplicables a este caso concreto (la publicidad falsa) para justificar la **insuficiencia de las normas civiles, mercantiles o administrativas** frente a las conductas que suponen una grave puesta en peligro de un amplio e indeterminable número de patrimonios individuales<sup>608</sup>.

Aquí basta con recordar ahora que, si se examinan los mecanismos extrapenales previstos para luchar contra la publicidad engañosa, nos encontramos, por un lado, con la posibilidad de aplicar sanciones administrativas a quienes incumplan normativa específica reguladora de la publicidad de bienes y servicios (arts. 3 y 8 LGP, art. 34 LGDCU); por otro lado, en cuanto a las acciones concedidas por estas leyes ante las actuaciones engañosas en el ámbito publicitario, se puede afirmar con carácter general que se centran en conseguir la cesación o la rectificación de la publicidad (art. 25 y ss. LGP, art. 18 y ss. LCD), existiendo también la posibilidad de que los sujetos que han sufrido un perjuicio efectivo (por ejemplo, un consumidor individual) puedan solicitar el resarcimiento de los daños causados (art. 33 LGP, art. 18 LCD).

Por lo general, *las acciones de cesación y rectificación sólo serán ejercitadas por los oferentes en el mercado que se ven perjudicados por la publicidad engañosa*

---

<sup>607</sup> Así lo dice expresamente en la doctrina alemana HERNÁNDEZ, H., *Strafrechtlicher Vermögensschutz vor irreführender Werbung*, cit., pág. 150-154, al afirmar que en este delito se protege el patrimonio individual frente a nuevas modalidades de ataque al mismo. Asevera este autor que la publicidad, al ser un instrumento de fomento masivo de ventas, pone en peligro el patrimonio de un amplio número de personas, por lo cual resulta necesario adelantar la protección penal sin esperar a la individualización de los perjuicios económicos.

<sup>608</sup> Vid. supra Primera parte, Capítulo segundo, epígrafe II.3.d).

difundida por un competidor. Por el contrario, es raro que sea un consumidor quien ejercite tales acciones: en efecto, si el consumidor concreto se da cuenta del engaño en la publicidad, previsiblemente se limitará simplemente a no adquirir el bien o servicio ofertados, sin molestarse en pedir la cesación de la publicidad; por el contrario, si no llega a percibir el engaño y adquiere el producto o servicio ofertados, en tal caso para él no tendrá ya utilidad personal la solicitud de la supresión o rectificación del mensaje publicitario. En este último caso lo más normal será que se dirija a los Tribunales únicamente para restablecer su equilibrio económico que se ha visto perjudicado, sin pretender ir más allá solicitando la cesación o rectificación de la publicidad que lo ha engañado<sup>609</sup>.

Evidentemente, las reclamaciones indemnizatorias son aptas para proteger y resarcir los daños a los consumidores. Pero aquí volvemos al problema de que muchos consumidores van a ser perjudicados, y de lo que se trata es de que *en los supuestos más graves de publicidad engañosa, hay que prevenir en vez de esperar a múltiples reparaciones*<sup>610</sup>. Por lo tanto, en estos últimos supuestos no van a ser adecuadas las comentadas normas extrapenales protectoras frente a la publicidad ilícita: en efecto, como dice algún autor con respecto a la LGP, las acciones que cabe ejercitar al amparo de esta Ley están pensadas principalmente para conflictos "inter

---

<sup>609</sup> Cfr. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., *El delito publicitario*, cit., marg. 1102, nota 35. En el mismo sentido, también afirman FELIU REY, M.I. / BENDITO CAÑIZARES, M.T., *Consideraciones acerca de la publicidad engañosa*, en AC 1989, pág. 3629, que realmente son los competidores prácticamente los únicos que ejercitan las acciones de cesación o rectificación de la publicidad ilícita; de todos modos, la sustanciación de estos procesos resulta beneficiosa para el consumidor porque la resolución de los mismos puede constituir un presupuesto probatorio en las reclamaciones de daños y perjuicios efectuadas por los consumidores. Efectivamente, resultará mucho más sencillo reclamar los daños económicos sufridos como consecuencia de la celebración de un contrato motivado por una publicidad ilícita, si existe un proceso anterior en el que ha quedado probada la ilicitud de tal publicidad.

<sup>610</sup> Hacen hincapié en la insuficiencia del Derecho civil para desempeñar esta función preventiva, mostrándose por lo tanto a favor de la tipificación del delito de publicidad falsa: HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., *El delito publicitario*, cit., marg. 1098-1100; TAMARIT SUMALLA, J.M., *La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria: problemas fundamentales*, cit., pág. 327; DE JESÚS SÁNCHEZ, M.G., *La publicidad engañosa como figura típica objeto de criminalización*, en PJ 1989, nº IX especial, pág. 313.

privatos" con ocasión de la publicidad, en los que la publicidad ilícita supone una lesión de derechos subjetivos o intereses legítimos de carácter privado; en otras palabras, se contempla la vertiente privada y fundamentalmente patrimonial de la publicidad ilícita<sup>611</sup>.

Además, como argumento de apoyo de esta fuerza preventiva del Derecho penal cabe destacar que, en la época en que se estaba gestando el Código Penal de 1995, un grupo de empresas anunciantes en el mercado constituyó la Asociación de Autocontrol de la Publicidad, en el seno de la cual se configuró un Jurado como órgano de autocontrol publicitario vinculante para las empresas asociadas. El resurgimiento de este sistema de autocontrol en el ámbito de la publicidad (que estaba previsto en el antiguo Estatuto de la Publicidad de 1964, antecedente de la actual LGP, donde se contemplaban dos órganos de autocontrol: la Junta Central de Publicidad y el Jurado de Publicidad) confirma, por lo tanto, que el nuevo art. 282 del CP posee efectivamente fuerza intimidatoria y preventiva, pues ha llevado a los anunciantes a crear un sistema de control disciplinado por ellos mismos, lo cual finalmente puede redundar en la disminución de los mensajes publicitarios fraudulentos<sup>612</sup>.

---

<sup>611</sup> Cfr. REBOLLO PUIG, M., *Autotutela administrativa y cesación de la publicidad ilícita*, en EC 1995, nº 33, pág. 13. Es cierto que a la acción de cesación que, según el art. 18 de la LCD, se puede ejercitar para hacer cesar una publicidad de carácter engañoso, se le ha reconocido también eficacia preventiva, puesto que no es presupuesto imprescindible de esta acción que se haya producido un acto de competencia desleal, sino que basta con la posibilidad de que tal acto vaya a producirse, con el peligro potencial que esto conlleva (no olvidando, por supuesto, constatar el peligro de que tal acto vaya a ser objeto de repetición en el futuro o que vaya a causar sus efectos de forma ininterrumpida); vid. BACHARACH DE VALERA, S., *La acción de cesación para la represión de la competencia desleal*, Tecnos, Madrid 1993, pág. 84-85 y 114-115. Sin embargo, como ya se ha manifestado anteriormente, este tipo de acciones serán ejercitadas habitualmente no por los consumidores sino por los competidores en el mercado, quienes por lo demás se limitarán a actuar cuando vean puestas en peligro o lesionadas sus posiciones como competidores.

<sup>612</sup> Así lo ponen de relieve MORENO CÁNOVES / RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, cit., pág. 160; y CARRASCO ANDRINO, M.M., *La publicidad engañosa...*, cit., pág. 42-43; vid. también BARONA VILAR, S., *Tutela civil y penal de la publicidad*, cit., pág. 163-164. Vid. sobre el Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad supra Capítulo primero, A)V.

El art. 282 del CP desempeña esta función de adelantamiento en la protección de los intereses económicos de todo el colectivo de consumidores, que pueden ponerse en peligro debido a la difusión de una publicidad de ilicitud especialmente grave. Como será objeto de análisis posteriormente, el principio de intervención mínima del Derecho penal pretende respetarse mediante la formulación típica del art. 282, que trata de restringir la intervención de esta rama del ordenamiento jurídico a los supuestos más graves e intolerables de publicidad: se exige el requisito de "falsedad" del mensaje junto con su aptitud para causar un "perjuicio grave y manifiesto" a los consumidores.

En relación con estas cuestiones político-criminales, debe mencionarse aquí una de las críticas que más reiteradamente se ha hecho al delito de publicidad falsa: parte de la doctrina considera que las conductas sancionadas en este tipo penal no son más que actos preparatorios o tentativas de estafa que no merecen una tipificación autónoma<sup>613</sup>.

En esta línea, algunos autores afirman que, siendo las conductas de emisión de publicidad falsa auténticos actos preparatorios o tentativas de estafa, el Derecho penal no debería intervenir hasta que efectivamente se hubiese producido una estafa, es decir, hasta que un determinado consumidor efectuase una disposición patrimonial engañado por la publicidad y como consecuencia sufriese un perjuicio económico. Por lo tanto, estos autores proponen que la sanción de las conductas de publicidad falsa se realice únicamente en el ámbito administrativo<sup>614</sup>. Por último, cabe

---

<sup>613</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. PE*, cit., pág. 484-485; del mismo, *La ideología de los delitos contra el orden socio-económico...*, cit., pág. 125-126; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socioeconómico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código penal*, cit., pág. 469.

<sup>614</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, *ibidem*; TORÍO LÓPEZ, A., *Reflexión sobre la protección penal de los consumidores*, cit., pág. 160.

VALLE MUÑIZ, J.M., *Comentarios al Nuevo CP*, cit., pág. 1298-1300, muestra su escepticismo ante la tipificación penal de las conductas de publicidad falsa, considerando la posibilidad de sancionarlas con otros medios menos lesivos; igualmente SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal. PE*, cit., pág. 461.

RODRÍGUEZ RAMOS / DE LA CUESTA RUTE, *El delito publicitario*, cit., pág. 22-23, invocan el principio de intervención mínima del Derecho penal para rechazar la

mencionar también la opinión de algún autor de que este precepto plantea tales deficiencias en su redacción que parece que surge más bien con una función simbólica, sin pretender realmente castigar conductas realmente intolerables en el ámbito de la publicidad<sup>615</sup>.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina se muestra a favor de la criminalización de la publicidad falsa, considerando que no se trata de tentativa ni de actos preparatorios de estafa<sup>616</sup>. Efectivamente, no estamos ante actuaciones que suponen un mero intento o simples preparativos de lesión del patrimonio, sino que se trata de incriminar conductas que suponen ya de por sí un peligro intolerable para un número muy elevado e indeterminable de patrimonios, circunstancia que, como ya se ha venido diciendo, justifica la intervención del Derecho penal. Se puede ver

---

criminalización de estas conductas; afirman que la legislación administrativa sobre publicidad es ya suficientemente completa para proteger a los consumidores, y para los casos en que se ocasione una lesión grave y efectiva de bienes jurídicos, ya existen en el Código Penal tipos como la estafa o los delitos contra la salud pública.

Por su parte, SÁNCHEZ GARCÍA, I., *El nuevo delito publicitario*, cit., marg. 562-563, afirma que estas conductas constituyen el estadio previo a una estafa en masa, con lo cual considera suficiente su sanción en el ámbito del Derecho administrativo, o acudir a la figura del delito masa o a determinadas agravantes de la estafa si finalmente ha llegado a cometerse este último delito a través de la publicidad. Únicamente admite la construcción de un tipo penal de tales características si su formulación típica se restringe, principalmente los contornos de su objeto material: vid. infra... (ap. objeto material)

<sup>615</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, A., *Contribución a la polémica sobre el delito publicitario*, cit., pág. 79; de acuerdo con él MUÑOZ CONDE, op. cit., pág. 485. También MUÑAGORRI LAGUÍA, I., *La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa*, cit., pág. 82, pone en duda la necesidad y eficacia de este precepto, considerando que tal adelantamiento de las barreras de intervención penal supone una vulneración del principio de intervención mínima de las normas penales.

<sup>616</sup> Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 93; también finalmente se inclina por el mantenimiento de este precepto CUERDA RIEZU, op. cit., pág. 76.

Cabe citar a otros autores aún no mencionados que también se muestran a favor de la criminalización de estas conductas: ABANTO VÁSQUEZ, M.A., *Derecho penal económico. Parte especial*, cit., pág. 139-142; MORENO CÁNOVES / RUIZ MARCO, op. cit., pág. 160; TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*, cit., pág. 185-186; RUIZ VADILLO, E., *La reforma penal y la delincuencia económica. Especial referencia a la protección del consumidor*, en *Reformas penales del mundo de hoy* (Beristain Ipiña, ed.), Instituto Vasco de Criminología 1984, pág. 41; BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal*, cit., pág. 22-23.

entonces que no es aconsejable limitarse a establecer sanciones administrativas para reprimir las conductas descritas, puesto que suponen un riesgo intolerable de producción de múltiples daños patrimoniales; lo que deja en especial indefensión a los consumidores es la dimensión supraindividual del posible perjuicio<sup>617</sup>.

Así, la gravedad de esta conducta es lo que justifica el recurso al Derecho penal, a las sanciones más severas dentro del ordenamiento jurídico, las cuales, debido a esta misma severidad, son impuestas respetando un mayor número de garantías que el resto de las sanciones no penales<sup>618</sup>. En cambio, considerar que estas conductas, evidentemente graves, pueden ser sancionadas sólo a través del Derecho administrativo, puede llevar a conceder un poder desorbitado a la Administración, la cual impondrá una sanción sin duda severa desprovista de las garantías propias del Derecho penal, teniendo en cuenta además, como han manifestado diversos autores, que las sanciones administrativas son escasamente intimidatorias, con lo cual no se produce la necesaria función de prevenir la existencia de innumerables daños patrimoniales<sup>619</sup>.

Como argumento de apoyo a la configuración del delito de publicidad falsa, cabe insistir aquí en el hecho de que **la mayoría de los países de nuestro entorno cuenta desde hace tiempo en su legislación con infracciones y sanciones penales en el ámbito de la publicidad**. Si bien los fundamentos de estas normas extranjeras ya han sido analizados anteriormente<sup>620</sup>, cabe reiterar aquí por su importancia las opiniones de la doctrina alemana, en la que se puede hallar un acuerdo generalizado a favor de la criminalización de las conductas más graves en el ámbito de la publicidad,

---

<sup>617</sup> Cfr. GÓMEZ RIVERO, op. cit., pág. 1231; también ABANTO VÁSQUEZ, op. cit., pág. 141-142.

<sup>618</sup> Vid. lo dicho supra Primera parte, Capítulo segundo, epígrafe II.3.d).

<sup>619</sup> Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, op. cit., marg. 1098-1099; CUERDA RIEZU, op. cit., pág. 76; TAMARIT SUMALLA, J.M., *Problemas fundamentales de la tutela de los intereses...*, cit., pág. 327; DE JESÚS SÁNCHEZ, M.G., *La publicidad engañosa como figura típica objeto de criminalización*, cit., pág. 313.

<sup>620</sup> Vid. supra Capítulo primero, C).

si bien se presenta también ese consenso a la hora de afirmar que la concreta redacción del delito publicitario alemán dificulta enormemente la efectiva aplicación práctica de este precepto<sup>621</sup>.

La doctrina alemana defiende la sanción penal de las actuaciones más intolerables en el campo de la publicidad partiendo asimismo de la naturaleza del fenómeno publicitario: se trata de un instrumento de fomento masivo de ventas, de puesta en contacto entre el productor y el consumidor<sup>622</sup>, de tal modo que la difusión de una falsedad o engaño publicitario pone en peligro el patrimonio de un gran círculo de personas; debido a que con esta actuación masiva no se busca el perjuicio de uno o varios individuos concretos, no se puede esperar a la individualización de los daños causados, que además con toda probabilidad no podrá llegar a determinarse con certeza<sup>623</sup>. De este modo, se configura el delito de publicidad engañosa con la finalidad de tutelar en primer término los intereses económicos de los consumidores<sup>624</sup>, si bien algunos autores consideran que se protege cumulativamente

---

<sup>621</sup> Vid. supra Capítulo primero, C)I.1.

<sup>622</sup> La publicidad constituye básicamente el único medio o al menos el más influyente y masivo para que los productores den a conocer sus ofertas a los consumidores demandantes, por ello, se afirma que merecen sanción penal los mensajes publicitarios dirigidos a engañar o perjudicar económicamente a los potenciales adquirentes de un bien o servicio; cfr. OTTO, H., *Die Reform des strafrechtlichen Schutzes gegen irreführende Werbung*, cit., pág. 278. En este sentido vid. también TIEDEMANN, K., *Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?*, Gutachten C zum 49. Deutschen Juristentag, C.H. Beck, München 1972, C 48, que resalta sobre todo la necesidad de una infracción penal en el ámbito de la publicidad ante las dificultades de probar el dolo específico del delito de estafa, puesto que en el caso del engaño publicitario, como se ha dicho, no se pretende el perjuicio de uno o varios sujetos concretos y determinados, sino que se trata de actuaciones dirigidas a causar un daño patrimonial que puede sufrir un número muy amplio e indeterminable de sujetos.

<sup>623</sup> Cfr. HERNÁNDEZ, H., *Strafrechtlicher Vermögensschutz vor irreführender Werbung*, cit., pág. 152-154; KLUG, U., *Zur Strafbarkeit irreführender Werbeangaben*, cit., pág. 276. Vid. más indicaciones bibliográficas supra Capítulo primero, C)I.1.

<sup>624</sup> Cfr. HERNÁNDEZ, op. cit., pág. 47-48; BAUMBACH / HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, cit., Rn. 1; PFEIFFER, G., *Strafbare Werbung*, cit., pág. 208; HORN, K., *Strafbare Werbung. Erscheinungsformen...*, cit., pág. 58; GREBING, G., *Strafrecht und unlauterer Wettbewerb - zur Reform des 4 UWG*, cit., pág. 85.



la competencia en el mercado considerada como una institución<sup>625</sup> o, según otros, los intereses de los competidores en el mercado junto con los intereses de los consumidores<sup>626</sup>. Existe, no obstante, alguna doctrina que no considera adecuada la intervención del Derecho penal en el ámbito de la publicidad, considerando preferible la articulación de organismos de autocontrol de la publicidad o limitándose a la sanción de los abusos cometidos en el seno de la misma mediante normas de naturaleza no penal<sup>627</sup>.

Como conclusión, conviene tener muy presente que, aun justificando el recurso al Derecho penal contra la publicidad falsa, hay que proceder con sumo cuidado a la hora de redactar el precepto concreto, respetando siempre el principio de taxatividad de modo que no se configure la conducta típica de forma excesivamente abierta y difusa, ampliando innecesariamente el campo de intervención penal<sup>628</sup>. Las

---

<sup>625</sup> Cfr. FUHRMANN, *Strafrechtliche Nebengesetze*, cit., Rn. 2; OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 4.

Existe algún autor que matiza que el bien jurídico directamente protegido es la institución de la competencia en el mercado, lo cual produce como efecto reflejo que resulten tutelados también los intereses de los demandantes y oferentes de bienes y servicios; cfr. GRIBKOWSKY, G., *Strafbare Werbung*, cit., pág. 38.

<sup>626</sup> Cfr. BAUMBACH / HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, cit., Rn. 1; KÖHLER / PIPER, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, cit., Rn. 2; LAMPE, E.J., *Unlautere Werbung*, cit., pág. 1; TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, cit., pág. 35; *Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, cit., pág. 89. También mantienen la misma opinión los autores del Proyecto alternativo de Código Penal alemán, concretamente en relación con su art. 177, donde se recoge el delito de publicidad falsa; vid. LAMPE, E.J. Y OTROS, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, cit., pág. 39.

HERNÁNDEZ, op. cit., pág. 47-48, admite que si bien se protegen en primer término los intereses de los consumidores, mediatamente van a resultar tutelados los intereses de los competidores. También habla de una protección mediata de los competidores y de la competencia leal HORN, op. cit., pág. 58. Mencionan también a los competidores PFEIFFER, G., *Strafbare Werbung*, cit., pág. 209; VON GAMM, O.F., *Wettbewerbsrecht*, cit., cap. 38, Rn. 1.

Manifiesta una opinión divergente KLUG, op. cit., pág. 227, quien afirma que es el competidor el que resulta protegido en primer lugar, antes que el consumidor.

<sup>627</sup> Cfr. GREBING, G., *Strafrecht und unlauterer Wettbewerb*, cit., pág. 90-91; KRIEGER, A. / TILMANN, W., *Zur Kritik an der UWG-Novelle*, cit., pág. 17.

<sup>628</sup> Diversos autores han hecho especial hincapié en que la actual redacción del art. 282 del

posibles críticas que se pueden efectuar al legislador en este sentido se irán viendo al analizar uno por uno los distintos elementos típicos, proponiendo a su vez la adopción de otras soluciones.

## II. SUJETO PASIVO DEL DELITO

El sujeto pasivo del delito de publicidad falsa es de carácter **difuso**, está constituido por el grupo colectivo de consumidores, que es el titular del bien jurídico protegido<sup>629</sup>. Se habla del carácter "difuso" del sujeto pasivo de este delito<sup>630</sup> porque está constituido por un grupo amplio e indeterminado de sujetos, los consumidores, pero que no llega a abarcar a la sociedad en general, puesto que los intereses de los consumidores, como demandantes de bienes o servicios, se contraponen a los intereses de otro grupo social: los empresarios que ofrecen tales productos o servicios en el mercado. Por esta razón no se puede afirmar que el sujeto pasivo en este delito está constituido por la comunidad en general<sup>631</sup>.

---

CP no respeta el principio de taxatividad, configurándose una figura delictiva que delimita un marco demasiado amplio para la intervención del Derecho penal; cfr. MARTÍNEZ-BUÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 95; MUÑAGORRI LAGUÍA, op. cit., pág. 118.

<sup>629</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 96; del mismo, *Comentarios al CP de 1995*, cit., pág. 1370; CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal. PE* (Vives Antón y otros), cit., pág. 524; RODRÍGUEZ RAMOS / DE LA CUESTA RUTE, *El delito publicitario*, cit., pág. 18; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Curso de Derecho penal español. PE*, cit., pág. 807.

<sup>630</sup> Vid. también supra Primera parte, Capítulo segundo, epígrafe I.1.

<sup>631</sup> Tal y como hace QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. PE*, cit., pág. 599.

La definición general de consumidor en nuestro ordenamiento jurídico la encontramos en el art. 1.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios, en los siguientes términos: "Son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden". En cambio, "no tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros" (art. 1.3).

La esencia de la noción de consumidor en la LGDCU es la condición de "*destinatario final*" de los bienes o servicios, es decir, sólo se puede considerar consumidor a quien adquiere tales 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 terceros<sup>632</sup>. Es necesario precisar aquí que, aunque

---

<sup>632</sup> Vid. FERNÁNDEZ GIMENO, J.P., *Derecho de consumo* (Reyes López, M.J., coord.), cit., pág. 99-100; BOTANA GARCÍA, G., en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores* (Botana García, G. / Ruiz Muñoz, M., coord.), cit., pág. 34-35; GÓMEZ CALERO, J., *Los derechos de los consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid 1994, pág. 43-44; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, cit., pág. 29 y ss. Debe destacarse, como hace este último autor, que 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 pero que no llegue a suponer una nueva introducción en el mercado del bien o servicio adquiridos. Resumiendo, y como dice PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, cit., pág. 160-163, la noción de "destinatario final" de bienes o servicios significa que el adquirente de los mismos los destina a la satisfacción de necesidades particulares, en cuanto ajenas al desarrollo de una actividad empresarial o profesional en el mercado; vid. también ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, cit., pág. 159.

Es importante destacar que las normas autonómicas de protección de los consumidores también resaltan como nota definitoria del concepto de consumidor la necesidad de un "uso personal, familiar o doméstico"; por ejemplo, esto se advierte en el Estatuto Galego do Consumidor e Usuario (Lei 28-12-1984), que en su art. 2 dispone que son consumidores y usuarios a los efectos de esa Ley, todas las personas físicas o jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten de bienes muebles, inmuebles o semovientes, medios, productos o servicios y actividades, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada,

para definir al consumidor se hace referencia a todo aquel que "adquiere", utiliza o disfruta bienes o servicios, no debemos identificar la sola presencia del verbo "adquirir" con la necesidad de que el consumidor ha de ser obligatoriamente un comprador. Tal interpretación restrictiva no es correcta, sino que deben incluirse en la noción de consumo todo tipo de contratos que persigan la satisfacción de necesidades privadas: arrendamientos, seguros, operaciones bancarias, contratos de transporte, etc<sup>633</sup>.

También puede ocurrir 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. En este caso, tal como dispone el art. 1.3 citado, dicho adquirente no tiene la condición de consumidor (éste sería el caso, por ejemplo, de quien adquiere maquinaria o materias primas en el desarrollo de una actividad empresarial o profesional)<sup>634</sup>.

---

individual o colectiva, de quien los produce o interviene en su comercialización, siempre que su destino final sea para su uso personal, familiar o colectivo.

<sup>633</sup> Vid. GÓMEZ CALERO, J., *Los derechos de los consumidores y usuarios*, cit., pág. 42-43; GONZÁLEZ RUS, J.J., en *Los intereses económicos de los consumidores*, cit., pág. 55. En este mismo sentido, afirma BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, op. cit., pág. 37, que "se incluyen en la noción legal tanto el denominado consumidor en sentido jurídico -quienes adquieren- como el consumidor en sentido material -quienes utilizan o disfrutan-". La diferencia básica entre estas dos clases de consumidor es el tipo de derechos y garantías concedidos a cada uno de ellos; así, por ejemplo, los derechos vinculados a la realización del contrato de adquisición de un bien o servicio sólo podrán ser ejercitados por el adquirente (consumidor en sentido jurídico), mientras que los relativos a la protección de la salud y seguridad serán ejercitables por quien usa el bien o servicio (consumidor en sentido material, que puede coincidir o no con el consumidor jurídico); vid. BOTANA GARCÍA, G., *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, cit., pág. 33 y 38.

<sup>634</sup> Cfr. FERNÁNDEZ GIMENO, op. cit., pág. 100-101; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, op. cit., pág. 30-32. Como afirma este autor, se trata de excluir del concepto de consumidor a todo aquel que adquiera o utilice bienes o servicios en el marco de una actividad empresarial, no sólo de naturaleza industrial o comercial, sino incluso agrícola o ganadera, equiparando también a la actuación empresarial la actividad de los profesionales (vid. también PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, cit., pág. 197). Vid. en este mismo autor, pág. 198-202, una extensa casuística jurisprudencial sobre la aplicación de la noción de consumidor por los Tribunales.

Hay que resaltar además que la conceptualización de consumidor como "destinatario final" es la más extendida en el Derecho comparado<sup>635</sup> y en la Jurisprudencia comunitaria<sup>636</sup>, y la que se recoge en una de las más tempranas definiciones legales de "consumidor": la ofrecida por la Carta de Protección del consumidor del Consejo de Europa (Resolución nº 543, de 17 de mayo de 1973), considerando consumidor a "una persona física o jurídica a la que se proporcionan géneros y servicios para su uso privado".

Sin embargo, cabe destacar que en la legislación comparada no se menciona expresamente al "consumidor" como sujeto pasivo en el delito de publicidad falsa. En principio, este silencio parece no resultar problemático en ordenamientos como el francés, puesto que resulta obvio que el delito de publicidad engañosa, al incluirse en el Code de la consommation, está destinado a proteger a los consumidores. De todos modos, aun partiendo de esta base, el verdadero problema se halla en la necesidad de establecer qué sujetos pueden recibir la consideración de consumidores; a este respecto, no encontramos un acuerdo total en la doctrina francesa. Por una parte,

---

<sup>635</sup> Vid. una panorámica general de la noción de consumidor en Derecho comparado en BOTANA GARCÍA, G., *Noción de consumidor en el Derecho comparado*, en EC 1990, nº 18, pág. 51 y ss.

<sup>636</sup> Vid. por todas la sentencia del TJCE de 3 de julio de 1997, en el asunto C-269/95: Benincasa y Dentalkit, S.R.L., comentada por RODRÍGUEZ BENOT, A., *Delimitación de la noción de consumidor en la contratación mercantil internacional a los fines de la determinación del órgano judicial competente según el Convenio de Bruselas de 1968*, en La Ley 1997, D-343. Esta sentencia, recogiendo Jurisprudencia reiterada del TJCE, afirma en sus puntos 15 a 17 que sólo merece la denominación de consumidor el destinatario final de un bien o servicio, que lo utiliza para satisfacer sus necesidades privadas, ajenas a cualquier actividad comercial o profesional. Se hace hincapié, además, en que la cualidad de consumidor depende siempre de la posición del sujeto en cada contrato considerado aisladamente, de modo que una misma persona puede ser considerada consumidor en unas circunstancias determinadas y perder tal condición en otra situación diferente; como dice BOTANA GARCÍA, G., *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, cit., pág. 33, el consumidor "no es un status objetivo permanente, sino que dicha calificación le es atribuida a quien actúa de determinada manera y con relación exclusivamente a esa actuación". Vid. también sobre la noción de consumidor en el ámbito comunitario LANDY, L., *Le consommateur européen: une notion élatée*, en Vers un Code européen de la consommation. Actes et débats de Colloque Lyon 12-13 décembre 1997 (AAVV), Bruylant, Bruxelles 1998, pág. 60-63.

algún autor se decanta por un concepto de consumidor semejante al que aquí se ha expuesto, centrado en su carácter de destinatario final; así, por ejemplo, Calais-Auloy define a los consumidores como las "personas físicas o jurídicas de Derecho privado que adquieren o que utilizan bienes o servicios para un uso no profesional"<sup>637</sup>. Sin embargo, a pesar de esta ubicación sistemática y de los contornos que presenta la noción de consumidor, se ha afirmado por la doctrina y por la jurisprudencia, con referencia específica al delito de publicidad engañosa, que con este precepto se protegen tanto consumidores como profesionales<sup>638</sup>.

En Alemania se ha considerado como sujeto pasivo de este delito no sólo al consumidor o destinatario final, sino también al comerciante individual o al pequeño empresario; se afirma que éstos podrían sufrir un gran perjuicio en sus intereses económicos y de este modo resultan más merecedores de protección que un adinerado destinatario final que adquiere productos de lujo<sup>639</sup>. Se ha afirmado, por otra parte, que quienes resultan merecedores de tutela y deben constituirse como sujetos pasivos de este delito son en líneas generales todas aquellas personas carentes de formación especializada y que pueden ser fácilmente engañadas por un mensaje publicitario falso. El ejemplo paradigmático de este último tipo de sujetos es el consumidor final no especializado<sup>640</sup>; de todos modos, también se ha afirmado que el pequeño comerciante o el empresario individual podrían hallarse en una indefensión

---

<sup>637</sup> Cfr. CALAIS-AULOY / STEINMETZ, *Droit de la consommation*, cit., marg. 3-6; FOURGOUX / MIHAÏLOV / JEANNIN, *Principes et pratique du Droit de la consommation*, cit., C3-C4.

<sup>638</sup> Cfr. WALTER, T., *Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland*, cit., pág. 373; CALAIS-AULOY / STEINMETZ, op. cit., marg. 129; GREFFE, P. / GREFFE, F., *La publicité et la loi*, cit., marg. 731. Vid. también el *Code de la consommation*, cit., art. L. 121-1, pág. 24, citando Jurisprudencia de esta opinión.

<sup>639</sup> Cfr. GRIBKOWSKY, G., *Strafbare Werbung*, cit., pág. 110; KLUG, U., *Zur Strafbarkeit irreführender Werbeangaben*, cit., pág. 297; LAMPE, E.J., *Ist es für einen wirksamen Verbraucherschutz...*, cit., pág. 2.

<sup>640</sup> Cfr. ALBRECHT, U., *Zur geplanten Reform des 4 UWG*, en WRP 1976, nº 5, pág. 278.

semejante frente a una publicidad falsa proveniente de una poderosa y experta empresa mayorista<sup>641</sup>.

La alternativa que se nos presenta aquí, por lo tanto, es la de qué perfil otorgar al “consumidor” a efectos del art. 282 del CP: o restringirlo estrictamente al consumidor final, en el sentido de la LGDCU, o dar cabida también a los empresarios y profesionales en determinados casos, tal y como dice la doctrina alemana.

La doctrina penal que se ha manifestado expresamente sobre esta cuestión se ha decantado por la definición del “consumidor” del art. 282 como “destinatario final”, tomando como punto de referencia la Ley de Consumidores y Usuarios<sup>642</sup>. Por otra parte, existe alguna concepción peculiar: así, Muñagorri considera que el concepto de consumidor en el art. 282 del CP ha de ser aún más restringido que la noción establecida en la LGDCU, centrándose principalmente en que el Derecho penal no puede proteger sin más, como hacen las normas mercantiles, al conjunto total de los consumidores considerados como posibles adquirentes de bienes y servicios. Así, este autor afirma que el sujeto pasivo de este delito 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”<sup>643</sup>.

De todos modos, aunque ciertamente las conductas subsumibles en el tipo penal sólo acabarán siendo aquellas que efectivamente sean aptas para causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, esto no fundamenta la restricción del sujeto pasivo del delito. Como se ha venido diciendo a lo largo de este trabajo, lo

---

<sup>641</sup> Vid. *Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, 1975, cit., pág. 99-100; LAMPE, E.J., *Ist es für einen wirksamen Verbraucherschutz...*, cit., pág. 28.

<sup>642</sup> Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA, I., *El nuevo delito publicitario*, cit., marg. 565; MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito de publicidad fraudulenta*, cit., pág. 59; BAJO, M. / BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, cit., pág. 546.

<sup>643</sup> Cfr. MUÑAGORRI LAGUÍA, I., *La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa*, cit., pág. 5 y 92.

que fundamenta la tipificación de estas conductas, adelantando la barrera de protección penal a un estadio previo a la producción de efectivos perjuicios, es la indeterminación de la frontera de peligro para el colectivo global de los consumidores, la imposibilidad de delimitar "a priori" el número de los posibles afectados por una conducta de publicidad falsa. Por este motivo la posibilidad de producción de un perjuicio debe ser entendida desde una óptica socioeconómica, es decir, como un perjuicio global que daña los intereses colectivos difusos de todos los consumidores, sin tener en cuenta la cuantía concreta (y generalmente no cuantificable) del daño individual; así, es razonable afirmar que el sujeto pasivo del delito está constituido por los consumidores en general, puesto que cualquiera de ellos puede verse perjudicado ante la emisión de un mensaje publicitario dirigido al público en general<sup>644</sup>.

Ante este dilema, aquí se propone emplear como criterios de delimitación del sujeto pasivo los fundamentos que justifican la intervención penal para sancionar determinadas conductas de publicidad falsa. Conviene hacer ahora hincapié en que la necesidad de tutela penal de los consumidores tiene su explicación en el hecho de que éstos se encuentran en una real situación de inferioridad frente a los oferentes de bienes o servicios, caracterizándose principalmente tal indefensión por la gran abundancia y complejidad de las ofertas existentes en el mercado y por el déficit de información de los potenciales adquirentes<sup>645</sup>.

---

<sup>644</sup> En un sentido semejante se pronunciaba LAMPE, quien rechazaba cualquier forma de limitación "a priori" del sujeto pasivo en el delito alemán de publicidad engañosa (vid. LAMPE, E.J., *In welcher Weise soll der neben den zivil- und verwaltungsrechtlichen Massnahmen...*, cit., pág. 6-11). Según este autor, los criterios legales para delimitar qué sujetos son merecedores de tutela presentan demasiadas dificultades de concreción; por lo tanto, serán los Tribunales quienes deberán resolver esta cuestión en cada caso concreto, limitando el círculo de sujetos protegibles con ayuda de determinados "correctivos" presentes en la redacción típica. Así, en Derecho alemán Lampe propone tener en cuenta la exigencia típica de que la publicidad sea "engañosa", de modo que un determinado mensaje puede no merecer el calificativo de engañoso si va dirigido a un público especialmente experto en la materia; en Derecho español, como se ha afirmado, es la "aptitud para causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores" lo que permite restringir la aplicación del precepto a aquellos supuestos que verdaderamente suponen un peligro para los intereses económicos de los consumidores, y que realmente los hace merecedores de protección.

<sup>645</sup> Vid. PAGADOR LÓPEZ, op. cit., pág. 193-194; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., en *Estudios jurídicos...*, cit., pág. 130. Además, como señala el primer autor



Si es éste el fundamento que justifica la configuración de una prohibición penal de la publicidad falsa, no hay inconveniente alguno en extender el ámbito de protección de la norma, tal y como defiende la doctrina alemana, a los empresarios o profesionales que se hallan de hecho 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 mercado. Por lo tanto, como conclusión, puede proponerse la configuración de un “concepto fáctico” de consumidor, es decir, atender al marco concreto en que se difunde la publicidad para determinar si los sujetos a los que va dirigido el mensaje se encuentran en una verdadera situación de indefensión; será precisamente el hecho de hallarse en tal estado lo que permitirá calificar a un potencial adquirente como “consumidor”<sup>646</sup>.

Puede resultar útil recordar de nuevo que, en principio, la doctrina civilista excluye de plano a los empresarios y profesionales del concepto de consumidor de la LGDCU, centrando la esencia de este término en la cualidad de “destinatario final”; sin embargo, es importante tener en cuenta que, según la doctrina especialista en la materia<sup>647</sup>, la definición de consumidor que ofrece la LGDCU no es de carácter absoluto, es decir, no puede considerarse aplicable con carácter general a toda la legislación española (como dice su art. 1.2, se define consumidor “a los efectos de esta Ley”); existen además leyes específicas que ofrecen su propia definición de consumidor para aplicarla a la materia que regulan (v.gr. la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia). Incluso, algún autor ha propuesto que en algunos supuestos

---

citado, la atención a los pequeños empresarios que por la reducida envergadura de su empresa pueden resultar merecedores de especial protección, podría suscitar la cuestión de que, aplicando el mismo rasero, se retirase la tutela a los consumidores con un alto nivel de conocimiento o con elevados ingresos económicos (vid. PAGADOR LÓPEZ, nota 231). Vid. también en contra de la asimilación de pequeños empresarios y consumidores, por la gran inseguridad jurídica de examinar caso a caso, BOTANA GARCÍA, G., *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, cit., pág. 36.

<sup>646</sup> Acepta la inclusión de los profesionales y empresarios en el sujeto pasivo del art. 282 CARRASCO ANDRINO, op. cit., pág. 91-92.

<sup>647</sup> Vid. FERNÁNDEZ GIMENO, op. cit., pág. 95; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Estudios jurídicos...*, op. cit., pág. 43; y BOTANA GARCÍA, G., *Noción...*, pág. 61.

especiales se equipare el pequeño empresario al consumidor<sup>648</sup>, tal y como acontece en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que en su art. 2 extiende su ámbito de protección no sólo a los consumidores sino también a los profesionales.

Por lo tanto, si la definición de la LGDCU no es vinculante para la legislación mercantil, con más razón puede rechazarse el empleo de este concepto extrapenal de “consumidor” en el ordenamiento penal. Como ya se ha dicho, en el Derecho penal habrá que partir del fundamento que justifica la tipificación de una conducta en un precepto concreto, del bien jurídico que se pretende tutelar, para delimitar los sujetos abarcados por el ámbito de protección de la norma. Así, tal y como se ha explicado, la situación de indefensión de los intereses económicos de los receptores de la publicidad va a ser la esencia del concepto “consumidor” en el art. 282 del CP, sin que exista inconveniente para incluir en él, en ciertos casos, a los empresarios y profesionales.

Por último, también cabe mencionar aquí algunas críticas vertidas por autores civilistas en relación con la posibilidad de asimilar el pequeño empresario al consumidor, lo cual, como se ha visto, ocurre en algunas leyes mercantiles (LCGC) y es defendido por autores como Bercovitz. Así, en contra de esta equiparación se ha manifestado que los empresarios poseen una organización y una experiencia como contratantes de las que carecen los consumidores finales<sup>649</sup>; además, se ha manifestado que la concesión de tutela a los pequeños empresarios como si fuesen consumidores originaría una gran inseguridad jurídica, porque habría que examinar caso a caso si el empresario concreto realmente necesita tal protección<sup>650</sup>. Por otra parte también se ha dicho que, al considerar que los pequeños empresarios son merecedores de especial protección debido básicamente a la reducida envergadura de su empresa, se podría suscitar la cuestión de que, aplicando el mismo rasero, se

---

<sup>648</sup> Según propone BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Estudios jurídicos...*, cit., pág. 130.

<sup>649</sup> Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, op. cit., pág. 160, nota 115.

<sup>650</sup> Cfr. BOTANA GARCÍA, G., *Curso...*, cit., pág. 36.

retirase la tutela a los consumidores con un alto nivel de conocimiento o con elevados ingresos económicos<sup>651</sup>.

De todos modos, las críticas mencionadas no se pueden trasladar al ámbito penal y constituirse en obstáculo para defender la inclusión de los empresarios y profesionales en el tipo del art. 282 del CP. Precisamente el examen detallado de cada caso concreto por parte del juez va a constituir un importante elemento garantista, puesto que se impediría así la sanción de conductas que no son aptas para lesionar ningún interés patrimonial o, viceversa, se evitaría dejar impunes actuaciones que sí presentan tal aptitud. Por otra parte, sin duda merece ser considerado el hecho de que unos consumidores finales con conocimientos específicos o con ingresos muy elevados quizás no resultan merecedores de tutela. De todos modos, ante esta cuestión cabe recordar lo dicho anteriormente con referencia a la delimitación del concepto de consumidor efectuada por Muñagorri: en principio no hay por qué restringir de forma estricta el sujeto pasivo del delito; las concretas características que éste presente, en relación con las demás circunstancias concretas del caso, son las que habrá que tener en cuenta para determinar si la difusión de la publicidad falsa cumple otro requisito típico: la “aptitud para causar un perjuicio económico”.

### III. TIPO OBJETIVO

#### 1. El presupuesto del tipo: la actividad publicitaria

##### a) *El concepto de publicidad*

---

<sup>651</sup> Cfr. PAGADOR LÓPEZ, op. cit., pág. 193, nota 231.

El art. 282 del CP especifica que la conducta típica ha de llevarse a cabo en el ámbito de las "ofertas o publicidad" de productos o servicios; por lo tanto, resulta necesario partir de una definición previa de estos dos conceptos.

La noción de publicidad ya ha sido ofrecida en un Capítulo anterior<sup>652</sup>, acudiendo evidentemente a la Ley General de Publicidad, cuyo art. 2 define como actividad publicitaria "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".

Se trata de un concepto de carácter económico-mercantil, puesto que la esencia de tal definición está constituida por la existencia de una promoción directa o indirecta a la contratación de bienes o servicios.

Cualquier tipo de comunicación es considerada de naturaleza publicitaria siempre que persiga tal finalidad; por lo tanto, es indiferente que se manifieste a través de los medios de difusión o que se trate de comunicaciones que acompañen físicamente al producto o servicio cuando es presentado en el mercado, incluso podrían integrarse en este concepto amplio de publicidad las incitaciones a la contratación presentes en el propio etiquetado<sup>653</sup> del bien ofrecido<sup>654</sup>.

---

<sup>652</sup> Vid. supra Capítulo primero, A)I.

<sup>653</sup> El etiquetado consiste en rasgos generales en la información consignada en los propios productos una vez lanzados al mercado. En esta línea se mueven las diversas definiciones de "etiquetado" que encontramos en la legislación positiva. A título de ejemplo podemos citar el art. 3 del R.D. 212/1992, de 6 de marzo, por el que se aprueba la Norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios, que considera etiquetado a efectos de esa misma norma "las menciones, indicaciones, marcas de fábrica o comerciales, dibujos o signos relacionados con un producto alimenticio que figuren en cualquier envase, documento, rótulo, etiqueta, faja o collarín que acompañen o se refieran a dicho producto alimenticio"; el art. 1 del R.D. 2236/1993, de 17 de diciembre, por el que se regula el etiquetado y el prospecto de los medicamentos de uso humano, refiriéndose a "las afirmaciones que constan en el embalaje exterior o en el acondicionamiento primario"; y el art. 5 del R.D. 1468/1988, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de etiquetado, presentación y publicidad de los productos industriales destinados a su venta directa a los consumidores y usuarios, que define etiquetado como "toda información escrita, impresa o gráfica relativa a un producto industrial", y etiqueta como "toda leyenda, impreso, estampado, litografiado, marcado, grabado en relieve, huecograbado, adherido o sujeto al

Algún autor, no obstante, se ha manifestado en contra de incluir en la noción de publicidad las manifestaciones presentes en el etiquetado<sup>655</sup>, partiendo de que el contenido de la actividad publicitaria implica una actuación consistente en hacer llegar un mensaje al conocimiento de una gran masa de personas, a la generalidad, y que por lo tanto no constituye publicidad la información consignada en el propio producto en su presentación inmediata en el mercado. Sin embargo, no cabe negar que el mensaje contenido en el etiquetado también alcanza a la generalidad, puesto que un producto, una vez introducido en el mercado y expuesto para su venta, resulta accesible a todo el público sin restricción alguna. En cierto modo, este supuesto no se diferencia en gran medida de un cartel publicitario colocado, por ejemplo, en la pared de un establecimiento comercial, puesto que se trata en ambos casos de mensajes accesibles a cualquiera que pase por delante y les preste un mínimo de atención. Además, como se ha manifestado en la doctrina francesa, normalmente el etiquetado va a usarse para dialogar sin intermediario con los consumidores, utilizándolo con fines publicitarios, ya que generalmente la decisión del consumidor se concreta en el

---

envase o sobre el propio producto industrial".

<sup>654</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*. PE, cit., pág. 96; MAPELLI CAFFARENA, op. cit., pág. 80-81; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Compendio de Derecho penal*. PE, cit., pág. 543; VALLE MUÑIZ, op. cit., pág. 1300; CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal*. PE, cit., pág. 525; MUÑAGORRI LAGUÍA, op. cit., pág. 105; CARTAGENA PASTOR, F., *Publicidad ilícita y delito de publicidad engañosa*, cit., pág. 110; SÁNCHEZ GARCÍA, op. cit., marg. 565.

Vid. esta misma opinión en el ámbito del Derecho alemán en HERNÁNDEZ, H., *Strafrechtlicher Vermögensschutz vor irreführender Werbung*, cit., pág. 10; BAUMBACH / HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, cit., Rn. 3; FUHRMANN, *Strafrechtliche Nebengesetze*, cit., Rn. 57. Vid. también al respecto la sentencia del BayObLG München de 25-11-1971.

Vid. también con respecto al Derecho francés, citando abundante Jurisprudencia (puede destacarse, por ejemplo, la sentencia de la Cour de Cassation crim. de 3-9-1992: vid. sobre ella ROBERT / VERON, *Le Droit pénal des affaires en 350 décisions*, cit., pág. 88, nº 106), *Code de la consommation*, cit., art. 121-1, pág. 24; JEANDIDIER, W., *Droit pénal des affaires*, cit., marg. 405; CALAIS-AULOY / STEINMETZ, *Droit de la consommation*, cit., marg. 129; FABRE, R., *Droit de la publicité et de la promotion des ventes*, cit., marg. 47 y ss; GREFFE, P. / GREFFE, F., *La publicité et la loi*, cit., marg. 709; DELMAS-MARTY, M., *Droit pénal des affaires*, cit., Tomo 2, pág. 446; PRADEL, J., *Droit pénal économique*, cit., pág. 58; MAYER, D., *Droit pénal de la publicité*, cit., pág. 77.

<sup>655</sup> Cfr. TAMARIT SUMALLA, J.M., *La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria*, cit., pág. 341-343.

último momento y puede ser diferente a la decisión tomada tras recibir la publicidad divulgada por otros medios de comunicación<sup>656</sup>.

Asimismo, y manteniéndonos siempre en la línea del mencionado ámbito económico-mercantil, cabría considerar publicidad no sólo las comunicaciones tendentes a lograr la venta de un bien o servicio, sino incluso las **ofertas de compra** formuladas en el desarrollo de una actividad comercial; piénsese, en este sentido, en los establecimientos dedicados a la compra y venta de cualquier tipo de objetos usados o de antigüedades<sup>657</sup>.

b) *Significado del término "ofertas" y tratamiento de la oferta individual. Especial referencia a la publicidad no comercial*

Además de lo que comúnmente se entiende por mensajes publicitarios, es decir, los difundidos a través de medios de comunicación hablados o escritos o mediante los típicos carteles, folletos o vallas publicitarias, cabría definir también como publicidad a efectos de la LGP la oferta comercial, regulada en el Título I, Capítulo II, de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista. Según se deduce de este Capítulo, la oferta comercial consiste en la exposición y venta de mercancías al comprador por parte del vendedor, en un ofrecimiento público de venta (vid. arts. 8 y 9 de la Ley de Comercio Minorista); en el mismo sentido, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua define "oferta" como "presentación de mercancías en solicitud de venta" (acepción 4ª)<sup>658</sup>.

---

<sup>656</sup> Cfr. FOURGOUX / MIHAILOV / JEANNIN, *Principes et pratique du Droit de la consommation*, cit., N2-N3, quienes realizan tales afirmaciones si bien anteriormente han excluido al etiquetado del concepto de publicidad (F6).

<sup>657</sup> Así lo afirman en la doctrina alemana BAUMBACH / HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, cit., Rn. 3; VON GAMM, O.F., *Wettbewerbsrecht*, cit., cap. 38, Rn. 5.

<sup>658</sup> Incluye expresamente la "oferta pública" en el concepto de publicidad BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, en Estudios jurídicos..., cit., pág. 181.

Se ha debatido si, tanto la oferta comercial u oferta pública de venta regulada en la

Este amplio concepto de publicidad que maneja nuestra legislación hace en cierto modo superfluo el empleo del término "ofertas" en el art. 282 del CP: si, como se ha dicho, cualquier oferta en el mercado e incluso el etiquetado entran dentro de la extensa noción de publicidad, no resulta estrictamente necesaria la mención específica de las ofertas de productos y servicios<sup>659</sup>.

Consecuentemente con lo dicho hasta ahora, hay que rechazar las opiniones doctrinales que parten de un significado más restringido del término "ofertas" incluido en el art. 282 del CP, identificándolo con las llamadas "ventas de promoción o en oferta", que el art. 27 de la LOCM define como aquellas no contempladas en otros Capítulos de la Ley y 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"<sup>660</sup>.

---

LOCM, como la publicidad en general, pueden llegar a constituir una auténtica oferta de contrato, que vinculará al propio oferente frente a quien manifieste su aceptación. Para ello, será necesario que la oferta comercial o la publicidad contengan todos los elementos del contrato proyectado; en caso contrario, sólo habrá propiamente una "invitatio ad offerendum", es decir, una invitación a contratar; vid. PARRA LUCÁN, M.A., *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista* (Bercovitz Rodríguez-Cano, R. / Leguina Villa, J., coord.), Tecnos, Madrid 1997, pág. 138-140; DÍAZ ALABART, S., *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica Complementaria* (Piñar Mañas, J.L. / Beltrán Sánchez, E., dir.), cit., pág. 90-91; PASQUAU LIAÑO, M., *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, cit., pág. 155-156. De todos modos, puede reconocerse con carácter general una importante eficacia vinculante a cualquier clase de oferta pública de venta o mensaje publicitario, no sólo porque podría considerarse como una auténtica oferta de contrato aun faltándole algún requisito susceptible de completarse con posterioridad (vid. PARRA LUCÁN, cit., pág. 141-142), sino porque, aun tratándose simplemente de una invitación a contratar, una mera actividad publicitaria, podría exigirse el cumplimiento de todo lo ofrecido a través del mecanismo de la "integración publicitaria del contrato" (vid. DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, cit., Vol. II, pág. 72-73; PASQUAU LIAÑO, M., cit., pág. 161-164).

<sup>659</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 97; del mismo, *Comentarios al CP de 1995*, cit., pág. 1370-1371.

<sup>660</sup> Efectuando esta interpretación, HERNÁNDEZ PLASENCIA, op. cit., marg. 1105, excluye del ámbito típico los mensajes falsos incluidos en el etiquetado de un producto, a no ser que éste se encuentre en promoción u oferta en el sentido del art. 27 de la LOCM; en la misma línea, vid. GONZÁLEZ RUS, J.J., *Curso de Derecho penal español*, cit., pág. 807; y BAJO / BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, cit., pág.

Sin embargo, la redacción típica del art. 282 no indica específicamente que el término "ofertas" sea sinónimo de las ventas en "promoción" reguladas en el art. 27 de la LOCM, y que por lo tanto haya que efectuar una interpretación restrictiva de tal concepto, eliminando del ámbito típico las falsedades que pueden hallarse en todo etiquetado o en un ofrecimiento de productos o servicios que carezca de contenido promocional. Parece más lógico, en cambio, interpretar el vocablo "ofertas" en la misma línea que el otro presupuesto típico, la "publicidad", otorgándole un significado amplio que englobe cualquier ofrecimiento público de bienes o servicios. Como dice Mapelli<sup>661</sup>, la interpretación defendida por los autores antes citados parece deberse a que el lenguaje comercial usual identifica generalmente la palabra "ofertas" con las ventas en promoción o rebajas, pero no existe a mayores ningún fundamento legal que justifique esta interpretación restrictiva.

Curiosamente, la referencia a las "ofertas" plantea una problemática distinta: determinar si el art. 282 del CP se aplicaría en el caso de una oferta individual, es decir, una incitación a contratar dirigida a un solo sujeto, que por su carácter aislado no se integra en el concepto de publicidad. Ante todo, no se puede pasar por alto el significado preciso del término "ofertas" en el tráfico mercantil que, como se desprendía de la Ley de Comercio Minorista y del Diccionario de la Real Academia, se centra en la exposición y ofrecimiento al público de bienes y servicios con el objeto de conseguir su venta. Por esta razón, no cabe considerar oferta comercial el ofrecimiento de un bien o servicio a un único individuo, puesto que esta actuación aislada no se integra en el tráfico de mercancías dentro del mercado. Así, este ofrecimiento a una sola persona no se integrará ni en el concepto de "oferta comercial" ni en el más amplio de "publicidad" ya que, como

---

549. Efectúa asimismo esta interpretación restringida del término "ofertas" CARRASCO ANDRINO, op. cit., pág. 101-102, si bien acepta que dada la amplitud de la definición de "publicidad", cabría incluir en este concepto los datos contenidos en el envase o etiquetado.

<sup>661</sup> Cfr. MAPELLI CAFFARENA, op. cit., pág. 80.



afirma Fernández Novoa, "el rasgo distintivo de la publicidad estriba en que las comunicaciones informativas y las manifestaciones persuasivas de la empresa no se dirigen a un concreto comprador potencial, sino a la gran masa de los consumidores"<sup>662</sup>.

En relación con este asunto puede mencionarse aquí el Auto de la AP de Burgos de 20-4-1999, que desestima un recurso de apelación contra el Auto de sobreseimiento libre dictado por el Juzgado de instrucción nº 7 de Burgos el 22-9-1998. Entre otras cuestiones, el Auto de la AP se refiere, en su Fundamento Jurídico 2º, a la imposibilidad de apreciar el delito del artículo 282 del CP en el caso enjuiciado, dado que las declaraciones que la demandante catalogaba como falsas en realidad eran veraces. Lo que interesa señalar aquí es que, al margen de que no se verificara la falsedad, en realidad ni siquiera se estaba realizando una actividad publicitaria, ya que los datos presuntamente inveraces se hallaban en el clausulado de las condiciones generales de contratación de un seguro médico. Por ello en este caso sólo podrían llegar a verificarse uno o varios delitos de estafa, en relación con cada cliente individual que contrata con la aseguradora; únicamente cabría considerar la posibilidad de apreciar el delito de publicidad falsa si la empresa difundiese publicidad en la que se insertaran declaraciones contenidas en sus cláusulas de contratación.

Así, en resumen, la interpretación del vocablo "ofertas" únicamente en el sentido de "oferta comercial" permite desechar como presupuesto del tipo del art. 282 la realización de una oferta a un único individuo. Se trata de una interpretación de este concepto acorde con la definición estrictamente comercial que la LGP ofrece de la actividad publicitaria, excluyendo de su ámbito la **publicidad realizada con otros fines, como la de carácter político, electoral, institucional, etc**<sup>663</sup>. Estas últimas

---

<sup>662</sup> Cfr. FERNÁNDEZ NOVOA, C., *La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias*, cit., pág. 17; vid. también OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, J.J., *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, cit., pág. 108-109. Vid. en contra, considerando publicidad las conversaciones personales entre vendedor y futuro comprador, LEMA DEVESA, C., *La publicidad desleal: modalidades y problemas*, cit., pág. 6136.

<sup>663</sup> Vid. supra Capítulo primero, A)I, y también TATO PLAZA, A., *La publicidad ilícita en la jurisprudencia y en la doctrina del Jurado de la Publicidad*, cit., pág. 16-17; LEMA DEVESA / FERNÁNDEZ NOVOA / GÓMEZ SEGADÉ / BOTANA AGRA / AREÁN

especies de publicidad (u ofertas) en principio también deben considerarse excluidas del ámbito penal, puesto que el art. 282 se dirige a tutelar el patrimonio y/o la libertad de disposición económica de los consumidores, y es la publicidad comercial (que promueve la contratación de bienes y servicios) la que presenta aptitud para poner en peligro los mismos<sup>664</sup>.

Sin embargo, partiendo asimismo de este ámbito de protección del precepto (los intereses económicos de los consumidores), no debería plantear ningún problema sancionar las conductas típicas realizadas en el marco de una publicidad u oferta en principio no comercial, siempre que de alguna forma se pongan en peligro la libertad de disposición económica y/o el patrimonio de los consumidores porque se está promocionando indirectamente concretos productos o servicios.

Es cierto que este supuesto no parece presentarse con mucha frecuencia; no obstante cabría pensar, por ejemplo, en una publicidad institucional que, si en principio es divulgada con una finalidad meramente informativa y por tanto desinteresada, acaba promocionando la adquisición de ciertos bienes o servicios. Así, por ejemplo, podemos encontrar publicidad institucional que fomente la inversión

---

LALÍN, *Líneas básicas de la futura Ley General de la Publicidad*, en *Publitécnia* 1984, nº 63, pág. 7. PINO ABAD, M., *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley de Publicidad de 1988*, cit., pág. 25, considera desacertado utilizar en estos casos el término publicidad y emplea la palabra "propaganda", a la cual define como la difusión de ideas políticas, sociales, filosóficas o religiosas que no persigue un fin económico, sino la adhesión de los destinatarios a esas mismas ideas.

También manifiestan expresamente el carácter comercial y lucrativo de la publicidad JEANDIDIER, W., *Droit pénal des affaires*, cit., Rn. 405; CALAIS-AULOY / STEINMETZ, *Droit de la consommation*, cit., marg. 125; RENUCCI, J.F., *Droit pénal économique*, cit., pág. 121; FUSI / TESTA / COTTAFARI, *La pubblicità ingannevole*, cit., pág. 91; DIVIER, P.F., *Le mensonge en publicité*, cit., pág. 107. Vid. en cambio, de opinión contraria, GREFFE, P. / GREFFE, F., *La publicité et la loi*, cit., marg. 730.

En España se manifestó a favor de incluir aquí también la publicidad política o religiosa CUERDA RIEZU, op. cit., pág. 76.

<sup>664</sup> Este es el parecer general existente en la doctrina, que se desprende de la remisión que ésta hace al art. 2 de la LGP para definir el concepto de publicidad; vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 96. Se manifiestan de forma expresa y clara a favor de limitar el término "publicidad" en el art. 282 única y exclusivamente a la publicidad comercial: CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 96; RODRÍGUEZ RAMOS, / DE LA CUESTA RUTE, cit., pág. 16; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal Español*, cit., pág. 599.

(por ejemplo en Letras del Tesoro o en Deuda pública) presentándola más rentable que el mero ahorro; o también publicidad institucional de carácter sanitario que hable de la conveniencia para la dieta o para la salud en general de un determinado alimento o elemento nutritivo que sólo se comercialice por una determinada empresa; etc.: en estos casos estaríamos ante una publicidad no comercial pero que presenta aptitud para influir en las decisiones económicas de los consumidores y consecuentemente para causar un perjuicio en sus patrimonios. Además, no debe pasarse por alto que esta finalidad comercial no sólo puede presentarse en publicidad proveniente de las Administraciones públicas, sino también en otros supuestos de publicidad que en principio se presenta meramente informativa, y que procede de cualquier otro organismo, como por ejemplo folletos de Asociaciones de consumidores o tests de mercaderías<sup>665</sup>.

De todos modos, si las hipótesis mencionadas ya no pueden considerarse muy frecuentes en teoría, serán todavía más difíciles de constatar en la práctica dada la actual redacción del tipo, que limita el sujeto activo de la conducta a los fabricantes o comerciantes de bienes o servicios<sup>666</sup>; por lo tanto, resulta bastante difícil de imaginar supuestos de publicidad típica según el art. 282 realizados fuera del ámbito de la publicidad u ofertas comerciales<sup>667</sup>.

---

<sup>665</sup> Se pronunciaba en este último sentido en la doctrina alemana ALBRECHT, U., *Zur geplanten Reform des 4 UWG*, cit., pág. 278 y 281.

Debe puntualizarse que sólo en casos similares a los ejemplos propuestos puede afirmarse que la publicidad institucional está promocionando indirectamente un bien o servicio, sin que se pueda mantener esta misma posición cuando simplemente se fomenta un producto o un servicio en general, sin inclinarse por una marca o un oferente concretos. Por esta razón se ha criticado la sentencia de la Audiencia Nacional de 21-2-1993, que sancionaba como publicidad comercial engañosa una campaña de publicidad institucional emitida por el Ministerio de Asuntos Sociales: vid. una crítica a la misma en TATO PLAZA, A., *La publicidad de productos anticonceptivos: el caso "póntelo, pónselo"*, cit., pág. 901 y ss; y en el Voto particular a dicha sentencia.

<sup>666</sup> Sobre las críticas que merece esta configuración del sujeto activo, vid. infra epígrafe III.5.

<sup>667</sup> En el ordenamiento alemán, el delito de publicidad falsa también se sitúa en el ámbito de la publicidad comercial (no olvidemos que se encuentra tipificado en la Ley de Competencia Desleal); incluso en diferentes propuestas de reforma del precepto se preveía la mención específica de la finalidad comercial o competencial en el mercado que debía poseer la publicidad para integrarse en el tipo. Sin embargo, algún autor rechaza la exigencia de esta

También se llega a la misma conclusión de rechazar la inclusión en el tipo de la oferta individual, teniendo en cuenta el carácter supraindividual del bien jurídico protegido, junto con la naturaleza difusa de un sujeto pasivo imposible de cuantificar (los consumidores). La tipificación de estas conductas responde al deseo de evitar la producción de perjuicios en el patrimonio de los consumidores; se adelanta la barrera de protección penal porque se trata de actuaciones llevadas a cabo en un ámbito, el mercado, donde son múltiples e incuantificables los sujetos que podrían sufrir un menoscabo patrimonial. Siendo éste el ámbito de protección de la norma, resulta claro que no tiene sentido incluir en el art. 282 la oferta a un único individuo, porque no se está produciendo un ataque colectivo al patrimonio y/o libertad de disposición de todo el conjunto de los consumidores, circunstancia que justifica la incriminación de determinadas conductas realizadas en el marco de la publicidad.

De todos modos, algunos autores aceptan la inclusión en el precepto de la oferta individual, pero siempre que cumpla unos requisitos especiales; así, podría considerarse "oferta" subsumible en el art. 282 del CP aquel *ofrecimiento individual que se realiza sucesivamente a distintas personas manteniendo sus mismas características siempre que se repita*<sup>668</sup>. En realidad, este tipo de oferta se integra en el art. 282 porque en esencia constituye una auténtica oferta colectiva, puesto que llega a conocimiento de múltiples personas, si bien de forma sucesiva en lugar de simultánea, como ocurre en los casos arquetípicos de publicidad u oferta comercial.

---

finalidad competencial, admitiendo la inclusión en el tipo de cualquier actividad publicitaria aunque no persiga competir por la venta de bienes o servicios frente a otros oferentes en el mercado; vid. LAMPE, E.J., *Ist es für einen wirksamen Verbraucherschutz...*, cit., pág. 5; vid. también *Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, 1975, cit., pág. 101. Incluso se ha llegado a admitir en la doctrina alemana que el concepto de "publicidad" ha de determinarse según la interpretación del público, de tal modo que un informe de carácter objetivo puede ser considerado un mensaje publicitario (y, consecuentemente, ser sancionado según el art. 4 de la UWG), si el público interpreta que tal informe constituye una actividad publicitaria; vid. ZAW, *Werbewirtschaft gegen unangemessene Verschärfung des Werbe-Strafrechts*, cit., pág. 298. Sin embargo, esta última propuesta resulta criticable porque, aunque pudiera admitirse la incriminación de la publicidad no comercial, no puede llegarse al extremo de considerar publicidad algo que no lo es por la simple razón de que el público así lo interpreta.

<sup>668</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 97.

Debe tenerse presente, además, que este supuesto resulta sumamente frecuente en la práctica: se trata del clásico caso de los vendedores a domicilio (que pueden irrumpir en la vivienda a través de visitas personales, llamadas telefónicas o incluso televisión interactiva)<sup>669</sup>, cuyas ofertas se dirigen en principio a un solo sujeto, pero serán repetidas a todas y cada una de las personas que visiten. Se trata en general de la denominada “publicidad directa”, caracterizada por constituir un diálogo o contacto personal entre el oferente y el potencial comprador, ya que el primero no se dirige a la masa anónima de consumidores, sino a cada consumidor en concreto y de manera individualizada: puede afirmarse que los supuestos más comunes en que se produce esta forma de publicidad son las visitas a domicilio, la publicidad oral realizada abordando al consumidor en la vía pública o en medios de transporte, y la publicidad realizada por teléfono<sup>670</sup> y por fax<sup>671</sup>.

Se ha afirmado, con razón, que en estas situaciones el ofrecimiento resulta mucho más persuasivo que la publicidad difundida en los medios de comunicación, puesto que se establece un contacto personal más o menos duradero que presenta una mayor fuerza de convicción, sobre todo teniendo en cuenta que en muchos casos los receptores del mensaje son personas bastante crédulas o poco experimentadas (v. gr.

---

<sup>669</sup> Cfr. MAPELLI CAFFARENA, op. cit., pág. 79. cfr. TATO PLAZA, A., *Publicidad directa y competencia desleal*, en RJC 1994, n° 3, pág. 11; vid. también CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 97-98.

<sup>670</sup> Merece ser citada aquí la sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 29-9-1999, que condenó como autor de un delito continuado de estafa al dirigente de una sociedad dedicada a la captación de fondos de inversores particulares para operar en los mercados internacionales de opciones y futuros; tal sociedad, además de no estar habilitada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, se apropiaba de gran parte de las sumas de dinero cedidas por los particulares para operar en el mercado de futuros y opciones. Podría admitirse que las actuaciones de esta sociedad son constitutivas asimismo de un delito de publicidad falsa ya que, para atraer a las futuras víctimas, el Departamento de Captación de Clientes o Telemarketing llamaba por teléfono a los potenciales clientes para darles a conocer las oportunidades de inversión y, acto seguido, inducirles rápidamente a emitir una orden de compra (vid. Hechos probados 3° y 4° en la sentencia).

<sup>671</sup> Ofrece esta catalogación, basada en las previsiones del Derecho alemán, TATO PLAZA, op. cit., pág. 23 y ss.

personas ancianas)<sup>672</sup> o simplemente el factor sorpresa (la irrupción en el domicilio sin previo aviso) supone un obstáculo para que el potencial adquirente desarrolle una serena reflexión sobre el ofrecimiento efectuado<sup>673</sup>.

Por lo tanto, no se puede afirmar sin más que la oferta individual puede constituir un presupuesto del tipo del art. 282 del CP<sup>674</sup>, sino que es necesario que se trate de un ofrecimiento repetido a un número amplio e indeterminado de personas, manteniendo siempre unas determinadas características que permitan afirmar que se está transmitiendo el mismo mensaje a cada sujeto individual. Siguiendo a la doctrina alemana, que ha tratado pormenorizadamente este tema, se puede afirmar que basta con que el producto o servicio anunciado se presente a los consumidores mediante *mensajes no necesariamente idénticos de forma pero sí con igual significado*<sup>675</sup>.

---

<sup>672</sup> Cfr. KLUG, U., *Zur Strafbarkeit irreführender Werbeangaben*, cit., pág. 218. También a favor de incluir estos supuestos en el art. 4 de la UWG, TIEDEMANN, K., *Stand, Entwicklung und Reform des Wettbewerbsstrafrecht*, cit., pág. 43; del mismo, *Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?*, cit., pág. C62.

<sup>673</sup> Este mismo argumento es el que justifica la protección del consumidor individual ante los contratos celebrados en su propio domicilio, otorgada en la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre protección de los consumidores en los casos de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; vid. por todos VERGEZ, M., *Configuración y régimen jurídico de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles*, cit., pág. 4021-4023.

<sup>674</sup> Tal y como hacen MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. PE*, cit., pág. 485; CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho Penal. PE*, cit., pág. 525.

<sup>675</sup> Cfr. BAUMBACH / HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, cit., Rn. 5; WALTER, T., *Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland*, cit., pág. 374; PFEIFFER, G., *Strafbare Werbung*, cit., pág. 212; FUHRMANN, *Strafrechtliche Nebengesetze*, cit., Rn. 58; RAUBE, R., *Strafrechtliche Probleme der progressiven Kundenwerbung unter besonderer Berücksichtigung von Kettenbrief*, cit., pág. 124-125; OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 87; HORN, K., *Strafbare Werbung. Erscheinungsformen...*, cit., pág. 50; VON GAMM, O.F., *Wettbewerbsrecht*, cit., Rn. 6; ENDRISS, R., *Strafbare Werbung beim Vertrieb von Zeitschriften*, cit., pág. 92; GRIBKOWSKY, G., *Strafbare Werbung*, cit., pág. 40; GREBING, G., *Strafrecht und unlauterer Wettbewerb*, cit., pág. 85-86; TIEDEMANN, K., *Wettbewerb und Strafrecht*, C.F. Müller, Karlsruhe 1976, pág. 37-38; LAMPE, E.J., *Ist es für einen wirksamen Verbraucherschutz...*, cit., pág. 22. Manteniendo esta interpretación, puede citarse la sentencia del BGH de 15-12-1971.

En este mismo sentido vid. SÁNCHEZ GARCÍA, I., *El nuevo delito publicitario*, cit., marg. 566, afirmando que estas ofertas individuales repetidas han de mantener el mismo contenido material, idéntico sentido, pero sin que sea necesario reproducir la misma

Algún autor ha exigido a mayores que tales ofrecimientos a personas individuales han de pertenecer a un plan publicitario preconcebido que pretenda la difusión del mensaje a través de su repetición a múltiples sujetos<sup>676</sup>; sin embargo, es ya la repetición de un mismo ofrecimiento a distintos individuos lo que permite afirmar objetivamente que nos encontramos ante una verdadera oferta comercial, sin que sea necesario exigir la constatación de un elemento subjetivo como es la configuración de un plan previo.

Como variante de este supuesto de oferta individual repetida sucesivamente a diferentes individuos, la doctrina alemana también considera el caso de un *mensaje publicitario u oferta de un bien o servicio que, a pesar de comunicarse únicamente a un círculo muy reducido de personas o a un solo individuo, es emitido con el objeto de alcanzar una determinada divulgación*. Como ejemplo paradigmático, se podría citar la hipótesis de un empresario que efectúa una comunicación a uno o varios de sus representantes: a primera vista parece que se trata de una declaración a una sola persona, pero debe tenerse en cuenta que el representante divulgará el mensaje recibido entre los múltiples clientes del empresario, de modo que alcanzará una expansión difícil de determinar.

En este supuesto, aunque el propio sujeto que en un principio ha emitido la oferta no la va a repetir a más individuos, podrá considerarse que está efectuando una

---

formulación verbal del mensaje; vid. también MORENO Y BRAVO, E., *El delito de publicidad falsa*, cit., pág. 112-113; CARRASCO ANDRINO, M.M., *La publicidad engañosa y el Derecho penal*, cit., pág. 98-99. Como afirma esta última autora, este es el criterio que servirá para deslindar una oferta individual sin valor publicitario (que generalmente constituye ya un trato precontractual) y una comunicación publicitaria realizada en sucesivos actos.

<sup>676</sup> Cfr. HERNÁNDEZ, H., *Strafrechtlicher Vermögensschutz vor irreführender Werbung*, cit., pág. 180. De todos modos, este autor manifiesta sus recelos ante la efectiva integración en el tipo de estos supuestos de publicidad u oferta no dirigidos a un público amplio; por ello, propone incluso no integrarlos en el tipo penal general de publicidad engañosa y crear un precepto especial que recoja las especificidades de estas conductas; vid. pág. 267-268. También KLUG, U., *Zur Strafbarkeit...*, cit., pág. 293, exige que las ofertas individuales se emitan con intención de ser repetidas, porque sin la presencia de esta intención el autor considera que se trata de una conducta sancionable únicamente mediante normas extrapenales. Sin embargo, a pesar de incluir en la norma penal estas ofertas individuales, pone de relieve la problemática de delimitación entre estos supuestos y la estafa.

auténtica oferta comercial porque ha emitido el ofrecimiento con el objeto de alcanzar una determinada divulgación, la cual se hará efectiva gracias a su repetición sucesiva a través del representante. Afirma incluso la doctrina alemana que, para poder hablar de oferta comercial en estos casos, basta que el sujeto emisor cuente con la posibilidad de la expansión de su mensaje, aunque efectivamente esto no llegue a ocurrir<sup>677</sup>; se trata de una interpretación acorde con la mantenida por los autores alemanes con respecto a la consumación del delito: consideran consumado el tipo cuando las manifestaciones publicitarias (falsas e idóneas para inducir a engaño) se hacen accesibles al público, siendo suficiente que exista la posibilidad de que una sola persona conozca el mensaje publicitario<sup>678</sup>.

Sin embargo, esta última interpretación sostenida por la doctrina alemana no puede ser trasladada al Derecho español. No podemos olvidar que el art. 282 del CP español exige, además de la falsedad del mensaje publicitario, que este último sea “idóneo para perjudicar económicamente a los consumidores”, es decir, debe constatarse la posibilidad de un contacto entre la publicidad y los patrimonios de los integrantes del colectivo de consumidores, a consecuencia del cual pueda producirse un peligro para estos últimos. Por lo tanto, con la mera comunicación del mensaje por parte del empresario a su representante, no se verificaría el delito de publicidad falsa, ni siquiera cuando el representante hubiera hablado ya con unos cuantos clientes: en los casos mencionados no se constata la aptitud para perjudicar económicamente al colectivo de consumidores ya que, en el primer caso, ningún consumidor ha tenido conocimiento del mensaje y, en el segundo caso, sólo unos pocos sujetos se habrían enterado de tal oferta y no podrá hablarse de una afectación de los intereses económicos del colectivo de consumidores.

---

<sup>677</sup> Cfr. BAUMBACH / HEFERMEHL, cit., Rn. 4-5; FUHRMANN, cit., Rn. 58; OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 86; MEYER, K. / MÖHRENSCHLAGER, M., *Möglichkeiten des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, en *Wirtschaft und Verwaltung* 1982, nº 1, pág. 25; HORN, K., *Strafbare Werbung*, cit., pág. 50; *Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, cit., pág. 96; LAMPE, E.J., *In welcher Weise soll der neben den zivil- und verwaltungs- rechtlichen Massnahmen...*, cit., pág. 12 y 29.

<sup>678</sup> Vid. por todos OTTO, H., op. cit., Rn. 110.



En conclusión, en todos los supuestos comentados de oferta individual, de lo que se trata es de comprobar que el mensaje, aun no siendo difundido al público en general, ha sido efectivamente accesible a un número considerable e indeterminable de sujetos<sup>679</sup>, porque esta indefinición de la frontera de peligro para los intereses económicos de un amplio grupo de consumidores es lo que justifica la sanción penal de las falsedades en el ámbito publicitario<sup>680</sup>. Así, para incluir una oferta individual en el art. 282 del CP, lo que habrá que comprobar es que gradualmente ha llegado a conocimiento de un amplio número de sujetos, bien sea debido a su repetición sucesiva a cada individuo en particular, o bien porque el ofrecimiento ha sido hecho a una única persona que efectivamente va a proceder a su difusión.

*c) Estudio de otras formas de publicidad ilícita no criminalizadas: publicidad subliminal y publicidad vulneradora de derechos constitucionales*

Una vez definido el concepto de publicidad, cabe referirse aquí a qué formas de publicidad ilícita han sido objeto de sanción penal. Como se desprende de la redacción típica del art. 282 del CP, únicamente se han criminalizado los supuestos de falsedad en la emisión de mensajes publicitarios, dejando al margen otros ilícitos publicitarios sancionados en las normas extrapenales. Parte de estas exclusiones ha sido criticada por alguna doctrina penalista, que ha llamado la atención sobre la

---

<sup>679</sup> Vid. en estos mismos términos ALBRECHT, U., *Zur geplanten Reform des 4 UWG*, cit., pág. 277; LAMPE, E.J., *Ist es für einen wirksamen Verbraucherschutz...*, cit., pág. 23.

<sup>680</sup> Se ha planteado en la doctrina alemana la objeción de que la inclusión de los supuestos de oferta individual en el delito de publicidad falsa puede conducir a problemas de delimitación con la estafa; vid. KLUG, op. cit., pág. 290-291. Sin embargo, tal objeción se derrumbaría siempre que las ofertas individuales cumplan los requisitos que se han expuesto para sancionarla penalmente en el ámbito de la publicidad, puesto que más que de oferta individual se podría hablar de oferta colectiva, como ya se ha dicho con anterioridad; y se producirá entonces la mencionada indeterminación de la frontera de peligro para los intereses económicos de un amplio grupo de consumidores, que es lo que justifica la sanción penal de este tipo de conductas.

conveniencia de incriminar otros tipos de publicidad ilícita, concretamente la publicidad subliminal (art. 7 de la LGP) y la publicidad vulneradora de valores y derechos constitucionales (art. 3 de la LGP).

### c.1. La publicidad subliminal

Han sido varios los autores que han propuesto la criminalización de la publicidad subliminal fundamentándose en el alto desvalor de la misma, ya que, tal y como se define en el art. 7 de la LGP, consiste en el empleo de "técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas", de tal modo que la publicidad actúa sobre el público sin que éste la perciba conscientemente<sup>681</sup>. Con razón se ha señalado que este tipo de publicidad supone un atentado contra la libertad y dignidad de la persona, puesto que se está actuando sobre el subconsciente del público sin que éste lo perciba, determinando su conducta mediante procedimientos que escapan al control de la razón<sup>682</sup>.

En vista de la imposibilidad de integrar la publicidad subliminal en el delito de publicidad falsa, y teniendo en cuenta que tal técnica publicitaria no constituye estrictamente una ofensa a los intereses económicos de los consumidores, sino un

---

<sup>681</sup> Vid. a favor de la criminalización de este tipo de publicidad: MARCHENA GÓMEZ, M., *Código Penal de 1995*, cit., pág. 1376; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español*, cit., pág. 600; CUERDA RIEZU, op. cit., pág. 77; TAMARIT SUMALLA, J.M., *La tutela penal de los intereses de los consumidores...*, cit., pág. 344-345; vid. también ABANTO VÁSQUEZ, M.A., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 151. Por su parte, CARRASCO ANDRINO, op. cit., pág. 86-87, afirma que la publicidad subliminal incide de manera intolerable sobre la libertad de disposición económica de los consumidores, ya que sus especiales características anulan la facultad de elección del consumidor.

<sup>682</sup> Cfr. LEMA DEVESA, C., *La publicidad desleal: modalidades y problemas*, cit., pág. 6149. Se puede afirmar, con FERRÉS, J., *Televisión subliminal. Socialización mediante comunicaciones inadvertidas*, Paidós, Barcelona 1996, pág. 16, que en sentido amplio se considera subliminal cualquier estímulo que no es percibido de forma consciente, por el motivo que sea: porque ha sido enmascarado o camuflado por el emisor, porque es captado desde una actitud de gran excitación emotiva por parte del receptor, por desconocimiento de los códigos expresivos por parte del propio receptor, porque se produce una saturación de informaciones o porque las comunicaciones son indirectas y se captan de manera inadvertida.

ataque contra la libertad individual, se ha planteado la posibilidad de sancionarla en el ámbito de los delitos contra los intereses generales de la persona, concretamente en el tipo de coacciones (art. 172 del CP)<sup>683</sup>.

Sin embargo, esta posibilidad no es factible ya desde un primer momento por una razón fundamental: la concreta redacción típica del art. 172 del CP. Lo que impide integrar la publicidad subliminal en el tipo de coacciones es el hecho de que este delito exige el empleo de "violencia", y en este concepto no se integran las técnicas de inducción en la mente, que son las que caracterizan a la publicidad subliminal<sup>684</sup>.

Por lo tanto, parece que la solución a esta laguna punitiva podría situarse, en principio, en la inclusión expresa en el art. 172 de las técnicas de inducción en la mente como forma de violencia. Sin embargo, no acaban aquí los obstáculos para integrar la publicidad subliminal en el tipo de coacciones, puesto que la definición del *bien jurídico protegido* en el art. 172 del CP no parece dar cabida en el ámbito de protección de la norma a estas conductas de actuación subrepticia en la mente de la persona.

En primer lugar, hay que tener presente que el tipo de coacciones protege la libertad de ejecución de la voluntad, y no la libertad de formación de la voluntad, que es lo que realmente se ve afectado por la publicidad subliminal. De todos modos, existe un sector doctrinal que considera que el tipo de coacciones no sólo protege la libertad de ejecución de la voluntad que se manifiesta en la realización de un acto

---

<sup>683</sup> Cfr. MUÑAGORRI LAGUÍA, op. cit., pág. 127-128; CUERDA RIEZU, cit., pág. 77; TAMARIT SUMALLA, cit., pág. 345. Cabe citar asimismo en la doctrina alemana a TIEDEMANN, K., *Wettbewerb und Strafrecht*, cit., pág. 39, quien considera también que la forma más adecuada de proteger a los consumidores ante la publicidad subliminal es a través del tipo de coacciones. Efectivamente, con razón afirma un especialista en comunicación audiovisual, FERRÉS, J., *Televisión subliminal. Socialización mediante comunicaciones inadvertidas*, cit., pág. 18, constituye una verdadera coacción psicológica, una limitación de la libertad, incidir sobre la voluntad mediante la inducción o canalización inadvertida de los deseos del consumidor.

<sup>684</sup> Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Comentarios al Código Penal. Parte especial (Títulos I a VI y faltas correspondientes)*, cit., pág. 826, y bibliografía allí citada. Como señala este autor, existe un sector doctrinal que se muestra a favor de incluir estas técnicas subliminales en el delito de coacciones aunque no se pueda hablar propiamente de violencia, ya que de otro modo se producirían lagunas inaceptables; vid. nota 39.

externo, sino también la libertad de "ejecutar la decisión de poner en marcha un proceso deliberador que dará lugar a una decisión de hacer o no hacer externo"<sup>685</sup>. Bajo este entendimiento del bien jurídico protegido, sí cabría integrar a la publicidad subliminal en el tipo de coacciones, puesto que constituye un atentado contra la libertad de decidir la puesta en marcha de un proceso deliberador: el receptor de la publicidad no decide libremente emprender una reflexión acerca de la adquisición del bien o servicio anunciados, sino que resulta atraído por la posibilidad de efectuar dicha adquisición sin darse cuenta de que ha sido inducido a ella por métodos que han actuado sobre su subconsciente.

Así, en conclusión, *sólo cabría considerar la publicidad subliminal como una coacción si se contemplaran expresamente en el tipo las técnicas propias de esta modalidad publicitaria*<sup>686</sup> y, además, *se partiera del amplio entendimiento del bien jurídico protegido en el tipo de coacciones, tal y como se ha expuesto*<sup>687</sup>.

## c.2. La publicidad vulneradora de derechos constitucionales

<sup>685</sup> Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 817, con mención detallada de los sectores doctrinales a favor y en contra de esta interpretación. Como posición intermedia, destaca la opinión de TORÍO LÓPEZ, A., *La estructura típica del delito de coacción*, en ADPCP 1977, Fasc.I, quien considera como bien jurídico protegido en el delito de coacciones la libertad de acción, la actuación de la voluntad (pág. 33), pero admite la existencia de una tentativa de coacciones en el momento en que se ataque el proceso de libre decisión (pág. 31).

<sup>686</sup> En cambio, merece resaltarse que la doctrina alemana no encuentra obstáculos para incardinar la publicidad subliminal en el tipo de coacciones, ya que considera violencia la influencia en el subconsciente mediante estímulos no percibibles; cfr. TIEDEMANN, K., *Wettbewerb und Strafrecht*, cit., pág. 39-40; LAMPE, E.J., *Ist es für einen wirksamen Verbraucherschutz...*, cit., pág. 36-37.

<sup>687</sup> Se muestra especialmente receloso ante esta posibilidad de dotar de amplios contornos al bien jurídico aquí protegido MUÑAGORRI LAGUÍA, cit., pág. 126-127, quien, partiendo de la mencionada posición intermedia de Torio (considerar el ataque a la decisión de poner en marcha un proceso deliberador como una tentativa de coacciones), advierte sobre los peligros de un excesivo adelantamiento de la intervención penal, dificultades probatorias e inseguridad jurídica. Sin embargo, como manifiesta DÍEZ RIPOLLÉS, cit., pág. 817, nada impide entender que la obstaculización de la voluntad de iniciar un proceso deliberador constituye una auténtica coacción, porque efectivamente se está impidiendo ejecutar un acto, con la única particularidad de que este acto no es externo sino de naturaleza psíquica.

Además de la publicidad subliminal, diversos autores se han pronunciado a favor de la criminalización de la publicidad vulneradora de derechos y valores constitucionales; se argumenta que esta última resulta mucho más nociva y socialmente más reprochable que la publicidad falsa, haciendo hincapié sobre todo en que supone una lesión efectiva de la dignidad y otros derechos de la persona constitucionalmente reconocidos<sup>688</sup>. Resulta evidente que tal tipo de publicidad no podría incluirse en el art. 282 del CP, puesto que no atenta en forma alguna contra los intereses económicos de los consumidores, sino contra la libertad y los derechos fundamentales de las personas; por lo tanto, lo que habría que debatir es si sería conveniente tipificar esta modalidad publicitaria como un delito autónomo, es decir, incriminar esta forma de vulnerar los derechos y valores constitucionales sin que la lesión afecte a sujetos individualizados, sino a un grupo determinado dentro de la sociedad (v.gr. la infancia, la mujer o los extranjeros)<sup>689</sup>.

A la hora de plantearse la necesidad de incriminar esta modalidad publicitaria, es necesario examinar si la vulneración de los derechos y valores constitucionales efectuada a través de la publicidad no se encuentra ya tipificada en otros preceptos del Código Penal, y si tal tipificación es adecuada. Así, es conveniente acudir al Título XXI del CP, donde se recogen los delitos contra la Constitución, y concretamente a su Capítulo IV, que tipifica los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas.

En primer lugar, nos encontramos ya con el **art. 510 del CP**, donde resultan castigadas las lesiones del derecho constitucional a la igualdad y a no ser objeto de

---

<sup>688</sup> Cfr. MARCHENA GÓMEZ, M., *Código Penal de 1995*, cit., pág. 1376; HERNÁNDEZ PLASENCIA, op. cit., marg. 1101.

<sup>689</sup> Como afirma HERNÁNDEZ PLASENCIA, cit., marg. 1102, nota 33, ante esta modalidad publicitaria no serían aplicables los delitos contra la integridad moral (art. 173-176 del CP), puesto que "el sujeto pasivo del delito publicitario no es una persona determinada, sino la generalidad", o al menos, el sujeto pasivo en este tipo de publicidad estaría constituido por el colectivo cuyos derechos fundamentales resulten vulnerados (v.gr. la juventud, las mujeres, etc.).

**discriminación**<sup>690</sup> (art. 14 de la Constitución), puesto que se castiga la provocación "a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía" (art. 510, párrafo 1 del CP), sancionándose además en el párrafo 2 del precepto la difusión de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones relativas a los extremos enumerados ya en el primer párrafo<sup>691</sup>. En segundo lugar, puede citarse el **art. 525 del CP**, que sanciona en su párrafo 1 el escarnio público de los dogmas de una confesión religiosa y la vejación de quienes la practiquen, y en su párrafo 2 castiga el escarnio de los que no profesan religión alguna<sup>692</sup>.

La crítica que ha efectuado la doctrina a la tipificación de estas conductas, y que puede aplicarse asimismo a la propuesta de penalización de la publicidad vulneradora de valores y derechos constitucionales, es que el Derecho penal no es el instrumento idóneo para impedir la formación y provocación de actitudes

---

<sup>690</sup> Cfr. LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al "delito de provocación" del artículo 510 del Código Penal*, Universidad del País Vasco 1999, pág. 218; PORTILLA CONTRERAS, G., en *Curso de Derecho penal español* (Cobo del Rosal, M., dir.), cit., Tomo II, pág. 686; BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el Derecho penal*, Comares, Granada 1998, pág. 76. Considera LAURENZO COPELLO, P., *Marco de protección jurídicopenal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia*, en *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, CGPJ, Madrid 1996, pág. 237, que aquí también se protege el "modelo de convivencia plural y multicultural del que parte nuestra Constitución". Vid. en LANDA GOROSTIZA, op. cit., pág. 346 y ss, una propuesta de redefinición del bien jurídico como "condiciones de seguridad existencial de grupos o colectivos especialmente vulnerables", conjuntamente con una proposición de reformulación de los elementos típicos, de tal modo que se garantice la intervención del Derecho penal ante actuaciones realmente graves y que tengan una auténtica dañosidad social.

<sup>691</sup> Resulta claro que estas conductas lesivas de los citados derechos constitucionales han de realizarse con publicidad: en el párrafo 1 del art. 510 se está castigando una conducta de provocación, que viene definida con carácter general en el art. 18 del Texto punitivo como la incitación directa "por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito"; por su parte, el párrafo 2 del precepto se refiere expresamente a la "difusión" de informaciones injuriosas.

<sup>692</sup> Vid. infra en este mismo apartado.

discriminatorias. Así, se ha dicho que este objetivo se consigue básicamente a través de la educación y socialización en formas tolerantes de convivencia, siempre que esto vaya necesariamente unido a la eliminación de las discriminaciones legales efectivas por las que se recortan los derechos de determinados grupos humanos (v.gr. los extranjeros)<sup>693</sup>. En este ámbito, el Derecho penal no puede actuar de forma certera, puesto que, tal y como se desprende de la redacción del art. 510 del CP, sólo efectúa un indebido adelantamiento de las barreras de protección, sancionando conductas que sólo suponen un riesgo indeterminado para los bienes jurídicos de los sujetos que pretende proteger<sup>694</sup>.

En primer lugar, ya ha suscitado diversas críticas el hecho de que se sancione penalmente la *incitación al odio*, el cual no deja de ser una simple emoción humana que como tal no es constitutiva de delito<sup>695</sup>. En segundo lugar, se castiga aquí la *provocación a la violencia* que, teniendo en cuenta que sólo puede entenderse como provocación a la comisión de delitos susceptibles de ser ejecutados violentamente<sup>696</sup>, da lugar a las siguientes incongruencias: por un lado, el CP ya tipifica autónomamente la provocación en determinadas categorías de delitos violentos (art.

---

<sup>693</sup> Cfr. PORTILLA CONTRERAS, G., en *Curso de Derecho penal español*, cit., pág. 679-680.

<sup>694</sup> Cfr. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, Valencia 1998, pág. 34. También reconoce el carácter excesivamente amplio de este precepto MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. PE*, cit., pág. 781. Se manifiesta asimismo críticamente, proponiendo una interpretación restrictiva del tipo, BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el Derecho penal*, cit., pág. 92-97.

<sup>695</sup> Cfr. LAURENZO COPELLO, op. cit., pág. 258-260; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, cit., pág. 34; BERNAL DEL CASTILLO, op. cit., pág. 81; TAMARIT SUMALLA, J.M., en *Comentarios al Nuevo CP*, cit., pág. 2154; PORTILLA CONTRERAS, G., en *Curso de Derecho penal español*, cit., pág. 688; LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia*, cit., pág. 226-227.

<sup>696</sup> Cfr. BERNAL DEL CASTILLO, cit., pág. 79-80; PORTILLA CONTRERAS, cit., pág. 687. De opinión contraria, cfr. LAURENZO COPELLO, op. cit., pág. 256-257; LANDA GOROSTIZA, op. cit., pág. 229, para quienes, si bien resulta criticable esta concreta tipificación, no queda más remedio que entender que tal acto violento no necesariamente ha de tener sanción de naturaleza penal.

141 para el homicidio y sus formas, art. 151 para las lesiones, art. 168 para las detenciones ilegales y secuestros, y art. 269 para el robo y la extorsión), lo cual deriva en una falta de proporcionalidad entre las penas aplicables en estos supuestos citados y la severa sanción contenida en el art. 510 del CP<sup>697</sup>; por otra parte, cabe señalar la discordancia valorativa que se produce al sancionar este art. 510 la provocación a cualquier tipo de violencia, mientras que existe otra serie de delitos violentos en el CP, como los daños o las coacciones, en los que no se ha tipificado independientemente la provocación<sup>698</sup>. En tercer lugar, el castigo de la *provocación a la discriminación*, al margen de la ya comentada inidoneidad del CP para evitar este tipo de actitudes, resulta rechazable en su redacción actual porque es objeto de una mayor sanción que las propias actuaciones discriminatorias, reguladas en los arts. 511, 512 y 314 del CP<sup>699</sup>.

Finalmente, con respecto al art. 510.2 del CP se ha señalado que no constituye más que una *injuria agravada por su naturaleza discriminatoria*, de tal modo que se está sancionando severamente un acto discriminatorio asociado con una lesión del honor, sin que entre en juego el peligro o el daño de otros bienes jurídicos más esenciales<sup>700</sup>.

---

<sup>697</sup> Sobre los problemas concursales que aquí se podrían plantear, vid. LAURENZO COPELLO, cit., pág. 256-258.

<sup>698</sup> Vid. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, cit., pág. 34-35. En estos supuestos en que no se tipifica independientemente la provocación a cometer determinados delitos, considera BERNAL DEL CASTILLO, cit., pág. 80, que tampoco se puede castigar tal provocación mediante el art. 510 del CP.

<sup>699</sup> Cfr. LANDA GOROSTIZA, cit., pág. 228; TAMARIT SUMALLA, cit., pág. 2154. Efectivamente, al leer los artículos citados se comprueba que la provocación a la discriminación es castigada con prisión de uno a tres años y multa, mientras que la realización de una discriminación efectiva tiene como pena básica en el art. 511 prisión de seis meses a dos años y multa, en el art. 512 inhabilitación especial de uno a cuatro años, y en el art. 314 (discriminación en el ámbito laboral) prisión de seis meses a dos años o multa.

<sup>700</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. PE*, cit., pág. 781; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, cit., pág. 36. Vid. críticamente en torno a la falta de proporcionalidad penológica entre este delito y el tipo básico de injurias, BERNAL DEL CASTILLO, cit., pág. 91-92; por su parte, LANDA GOROSTIZA, cit., pág. 232, si bien reconoce que efectivamente se trata de una modalidad agravada del delito de injurias, parece reconocer que la dimensión colectiva de tal conducta fundamenta un plus de injusto que ha movido al legislador a efectuar esta tipificación autónoma.



Por último, y con referencia al **art. 525 del CP**, cabe afirmar que a pesar de que está relacionado con el derecho de libertad religiosa (art. 16 de la Constitución)<sup>701</sup>, en realidad el bien jurídico aquí protegido se concreta en los *sentimientos religiosos de los miembros de una confesión religiosa o de las personas que no profesan religión alguna*<sup>702</sup>. Tal circunstancia ha suscitado las críticas de la doctrina, que ha puesto de manifiesto la inconveniencia de configurar tipos penales protectores de meros sentimientos<sup>703</sup>, teniendo en cuenta además que básicamente este delito equivale a una injuria hecha con publicidad<sup>704</sup>.

Refiriéndonos ya a otro derecho fundamental, el **derecho a la intimidad personal** recogido en el art. 18 de la Constitución, cabe afirmar que también encuentra protección en determinados preceptos del Código Penal, concretamente en los **arts. 197 y 199**<sup>705</sup>. Por una parte, el art. 197 del CP castiga en su párrafo 3 la *difusión de datos o imágenes de una persona que han sido obtenidos sin su consentimiento*; por otro lado, el art. 199 del CP castiga la *divulgación de datos que deben permanecer bajo secreto profesional*.

Parece entonces que los más importantes valores y derechos constitucionales resultan ya protegidos frente a su lesión por medio de la publicidad en diversos preceptos que se encuentran diseminados en el Código Penal. Así pues, puede afirmarse que **no existe una laguna punitiva en lo que se refiere a la sanción de la**

---

<sup>701</sup> Cfr. PORTILLA CONTRERAS, cit., pág. 739; MORILLAS CUEVA, L., *Delitos contra la libertad de conciencia y de culto*, en Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la PANCP, cit., Vol. 2, pág. 1357-1358.

<sup>702</sup> Cfr. TAMARIT SUMALLA, cit., pág. 2186; MUÑOZ CONDE, cit., pág. 797; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., *El delito de escarnio de creencias*, en La Ley 1996-5, pág. 1382.

<sup>703</sup> Cfr. TAMARIT SUMALLA, cit., pág. 2179; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., *El delito de escarnio de creencias*, cit., pág. 1381 y ss.

<sup>704</sup> Cfr. PORTILLA CONTRERAS, cit., pág. 739; MUÑOZ CONDE, cit., pág. 797. Pone de relieve no obstante ciertas diferencias entre la conducta del art. 525 y la injuria SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, cit., pág. 1382 y ss.

<sup>705</sup> Vid. por todos MORALES PRATS, F., *Comentarios al Nuevo CP*, cit., pág. 963 y ss.

**publicidad vulneradora de derechos y valores constitucionales**, no olvidando además que el art. 3 de la LGP la considera como un tipo de publicidad ilícita.

## 2. Objeto material

a) *Definición de "productos y servicios". Críticas propuesta de restricción del objeto material del art. 282*

El objeto material del delito, sobre el que recae la acción típica, aparece integrado por los "productos o servicios" anunciados u ofertados. Esta cláusula tan general aparece ya en el Proyecto de Código Penal de 1992, que abandona el anterior criterio de "numerus clausus" en la definición del objeto material.

Habrá que proceder, en primer lugar, a dejar claro lo que se entiende por "productos o servicios". "Producto", según el Diccionario de la Real Academia, equivale a "cosa producida" en el sentido de "cosa o servicio creados con valor económico". En este punto debe aclararse si se incluyen en el objeto material también las materias primas. En un principio la respuesta parece ser negativa si nos fijamos en otro delito contra los consumidores contenido en el art. 281, donde se alude alternativamente a "materias primas o productos de primera necesidad". Sin embargo, si acudimos a la definición de materia prima, obtenemos que ésta es la que "una industria o fabricación necesita para sus labores, aunque provenga, como sucede frecuentemente, de otras operaciones industriales". De aquí se deduce que, siempre que la materia prima sea una cosa creada con valor económico, estará implícita en el término "producto"<sup>706</sup>. En cuanto a la palabra "servicio", aquí significa, según el

---

<sup>706</sup> Cf. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*. PE, cit., pág. 98; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Compendio de Derecho penal (PE)*, cit., pág. 543. Vid. en contra MORENO CÁNOVES / RUIZ MARCO, cit., pág. 172.

Diccionario de la Real Academia, "prestación humana que satisface alguna necesidad del hombre que no consiste en la producción de bienes materiales".

Esta configuración del objeto material en el art. 282 del CP es susceptible de una doble crítica. Por un lado, no se respeta el principio de taxatividad, puesto que los términos típicos no son lo suficientemente precisos y terminantes, sino más bien una expresión genérica que permite a los Tribunales aplicar el tipo a cualquier declaración publicitaria falsa, aunque recaiga sobre características insignificantes de los productos o servicios<sup>707</sup>. En relación con lo anterior se podría formular una segunda crítica: el olvido del principio de intervención mínima del Derecho penal, ya que si la falta de taxatividad permite castigar conductas de poca entidad lesiva, entonces el Derecho penal estaría actuando en ámbitos donde sería suficiente la aplicación de medidas protectoras más benignas, propias del Derecho civil o del Derecho administrativo.

Algunos autores<sup>708</sup> efectúan una interpretación según la cual las alegaciones típicas han de recaer sobre **aspectos esenciales de los productos o servicios**, solución esta que, si bien tal y como se ha dicho antes resulta deseable, no encuentra un apoyo explícito en el texto legal, ya que el art. 282 del CP menciona genéricamente "productos o servicios" sin diferenciar entre elementos esenciales y accidentales de los mismos. De todos modos, se debe defender la posibilidad de que los Tribunales efectúen una interpretación restrictiva en el sentido apuntado, en *lógica conexión con el requisito típico de aptitud para causar a los consumidores un perjuicio económico de carácter grave y manifiesto*.

---

<sup>707</sup> Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*. PE, cit., pág. 99. VALLE MUÑIZ, J.M., en *Comentarios al Nuevo CP*, cit., pág. 1300-1301, critica no sólo la falta de taxatividad y concreción del objeto material, sino también de la redacción de la acción típica ("hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas"), que asimismo es considerada como una fórmula abstracta y peligrosamente vaga por RODRÍGUEZ RAMOS / DE LA CUESTA RUTE, op. cit., pág. 17.

<sup>708</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*. PE, cit., pág. 486, RODRÍGUEZ RAMOS, / DE LA CUESTA RUTE, cit., pág. 17 y QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español*, cit., pág. 600.

Efectivamente, no todas las falsedades sobre cualquier elemento de un producto o servicio presentan entidad suficiente para ser aptas para causar un daño económico grave al consumidor<sup>709</sup>; o, desde otro punto de vista, cabe afirmar que no es admisible considerar que un consumidor puede sufrir un perjuicio grave y manifiesto por adquirir un bien o servicio que se aparte mínimamente de sus expectativas iniciales, debido a que el adquirente ha sido víctima de un engaño publicitario sobre un elemento accidental del producto o servicio. En este sentido se manifiesta la doctrina alemana, y también alguna Jurisprudencia<sup>710</sup>, al afirmar que la publicidad ha de recaer sobre circunstancias esenciales que el consumidor tenga en cuenta para decidirse a concluir el contrato de adquisición del bien o servicio<sup>711</sup>. Cabe resaltar que ésta es también la línea que propugna el TJCE, al considerar que infrigen el principio de libertad de circulación de mercancías las disposiciones estatales (aplicadas a productos o servicios de otros Estados

---

<sup>709</sup> Vid. MUÑAGORRI LAGUÍA, op. cit., pág. 104, quien afirma consecuentemente que la redacción típica no concreta los supuestos en los que la publicidad falsa alcanza gravedad bastante como para merecer una sanción penal. Asimismo GONZÁLEZ RUS, J.J., *Curso de Derecho penal español*, cit., pág. 807-808, partiendo de que sólo puede castigarse penalmente la publicidad falsa que presente aptitud para causar un perjuicio grave y manifiesto, concluye que sólo cumplirá dicho requisito y será por lo tanto típica la publicidad que constituya una propuesta concreta y seria sobre las condiciones esenciales de un producto o servicio. Vid. también, proponiendo una interpretación restrictiva referida a sancionar sólo la publicidad falsa que recaiga sobre "características esenciales" de los bienes o servicios, MORENO Y BRAVO, E., *El delito de publicidad falsa*, cit., pág. 116-117; SÁNCHEZ GARCÍA, op. cit., marg. 563; CHOCLÁN MONTALVO, cit., pág. 5.

<sup>710</sup> Vid. la sentencia del BayObLG München de 29-11-1988.

<sup>711</sup> Ésta era la configuración del objeto material que se establecía en el art. 177 del Proyecto Alternativo de Código penal: vid. LAMPE, E.J. Y OTROS, *Alternativ-Entwurf...*, cit., pág. 38; y en la propuesta de reforma del art. 4 de la UWG efectuada por el Gobierno alemán: BR-Drucksache 60/82, pág. 3); vid. GREBING, G., *Strafrecht und unlauterer Wettbewerb*, cit., pág. 89; KRIEGER, A., *Möglichkeiten einer Verstärkung des Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb*, en WRP 1978, pág. 5; ALBRECHT, U., *Zur geplanten Reform des 4 UWG*, cit., pág. 277 y 279; *Tagungsberichte der Sachverständigenkommission*, cit., pág. 95; LAMPE, E.J., *In welcher Weise...*, cit., pág. 17-19; ZAW, *Werbewirtschaft gegen unangemessene Verschärfung des Werbe-Strafrechts*, cit., pág. 300. En una línea semejante, GRIBKOWSKY, G., *Strafbare Werbung*, cit., pág. 96-98, se refiere a aquellas características que en el tráfico comercial son esenciales para la valoración de la oferta.

miembros) sancionadoras de engaños publicitarios que no inciden notablemente en la decisión de compra del consumidor<sup>712</sup>.

Precisamente al definir el objeto material de este delito con referencia al elemento típico de idoneidad lesiva, se deduce lógicamente que no sólo debe efectuarse la mencionada restricción referida a las circunstancias esenciales de cada producto o servicio, sino que en la misma línea sólo se integrarán en el ámbito típico las falsedades relativas a **bienes o servicios importantes para el consumidor**, o en otras palabras, bienes de consumo general. En relación con este punto concreto no se puede realizar una enumeración definitiva de todos aquellos productos o servicios que pueden recibir tal consideración, sino que en cada caso particular habrá que interpretar si la oferta era lo suficientemente relevante para el consumidor como para considerarla apta para producirle un perjuicio económico.

Lo que sí se puede afirmar, como pauta genérica, es que no recibirá la misma consideración una publicidad falsa sobre un bien de lujo y un mensaje falso relativo a un producto de consumo básico o muy frecuente, puesto que no puede constatarse rotundamente en el primer caso la verificación del requisito de aptitud lesiva: la idoneidad para causar un perjuicio económico grave debe determinarse a partir del círculo de potenciales adquirentes, y no parece adecuado extender la protección penal al conjunto de consumidores con unos recursos económicos muy elevados, que son empleados para la adquisición de bienes de lujo.

Si acudimos a las sentencias de la jurisdicción civil dictadas en asuntos de publicidad engañosa, a alguna sentencia penal condenatoria por delito de estafa, y también a las resoluciones del Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad, podremos constatar que en gran número de casos las inveracidades se encuentran en el ámbito de la publicidad de bienes o servicios de consumo básico o de gran relevancia para el consumidor. Así, por ejemplo, encontramos varios casos de engaños publicitarios que versan sobre la vivienda, que es un bien de primera necesidad (por ejemplo, la STS de la Sala Civil de 4-12-1998, la sentencia civil de la AP de Madrid de 27-3-1990, y la sentencia penal en la

---

<sup>712</sup> Vid. SACK, R., *Auswirkungen der Art. 30,36 und 59ff. EG-Vertrag...*, cit., pág. 882 y ss.

misma AP de 7-3-2000), o sobre centros de estudios, que constituyen un servicio de indudable relevancia ya que básicamente los consumidores acuden a ellos con el objeto de conseguir una cualificación necesaria para acceder al mercado de trabajo.

Precisamente con respecto a este último servicio se pueden citar numerosos casos de falsedades publicitarias, en los que se constata un evidente perjuicio para el consumidor. Así, por ejemplo, destacan las sentencias de la AP de Barcelona de 27-3-1992, relativa a la publicidad de un centro de estudios cinematográficos, que luego no poseía las instalaciones adecuadas para realizar el curso ni concedía las becas y descuentos ofrecidos; de la AP de Madrid de 19-5-1994, sobre la oferta publicitaria referida a la posibilidad de realizar el Curso de Orientación Universitaria (COU) en el extranjero, anunciando una convalidación que posteriormente no se efectuaba; y de la AP de Álava de 17-2-2000, sobre mensajes publicitarios que anunciaban una academia no homologada como "centro profesional de estudios". También en este ámbito encontramos la resolución del Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad de 26-11-1996 (asunto Trinity College University), relativa a la falsedad de la oferta publicitaria de un título homologado.

Por lo tanto, en los supuestos en que la publicidad de bienes o servicios como los mencionados sea objetivamente falsa, y se pueda probar su aptitud para perjudicar económicamente al consumidor, resulta justificada la intervención del Derecho penal para sancionar este tipo de conducta caracterizada por un grave desvalor. No debe olvidarse que, aunque la publicidad venga referida a estos productos esenciales, no se verifica automáticamente su aptitud para causar un perjuicio grave al consumidor, sino que deberán examinarse cuidadosamente todas las circunstancias del caso: así por ejemplo, si en la publicidad de viviendas la falsedad se limita únicamente a la construcción de dos pistas de tenis en las zonas comunes, como ocurre en el supuesto enjuiciado en la STS de 7-12-1999, no puede afirmarse que se verifica el requisito de aptitud exigido en el tipo penal, ya que el dato inveraz no se refiere a elementos sustanciales de la vivienda, sino a meros complementos de lujo. En el caso expuesto,

podría verificarse una estafa si se dan todos los requisitos exigidos en el art. 248 del CP; y asimismo está en manos de los perjudicados la posibilidad de solicitar al vendedor el cumplimiento de todos los extremos de su oferta<sup>713</sup>.

Con referencia a la identificación de aquellas cualidades más esenciales de un producto o servicio, sería conveniente que el legislador estableciera, al menos indicativamente (tal y como ocurre en los ordenamientos alemán, portugués e italiano, y en la Directiva sobre publicidad engañosa de 10-9-1984)<sup>714</sup> una enumeración que sirviese como guía al juzgador en la difícil tarea de deslindar lo esencial de lo accidental en cada caso concreto<sup>715</sup>; o mejor aún, que el legislador estableciera, de la misma forma que lo hacía en el PLOCP de 1980 y en la PANCP de 1983 (y como ocurre asimismo en Derecho francés), una lista cerrada y taxativa de aquellas cualidades de evidente relevancia de un bien o servicio, sobre las cuales deben recaer las alegaciones publicitarias falsas<sup>716</sup>.

En contra de efectuar la limitación expuesta se ha manifestado Mapelli<sup>717</sup>, basándose en que con el art. 282 se pretende evitar la causación de perjuicios económicos a los consumidores; según este autor, "el engaño tan sólo nos interesa en su función medial, en su capacidad de producir un error que lleve a los consumidores a adquirir aquello que no hubieran adquirido de conocer verazmente todas sus

---

<sup>713</sup> Vid. también sobre un caso semejante la STS de 8-11-1996.

<sup>714</sup> Vid. supra en el Capítulo primero, apartado C): epígrafe I.1.c.1., epígrafe III.3.d), y epígrafe IV. Vid. sobre la Directiva en el Capítulo primero, apartado A)V.

<sup>715</sup> Resalta esta concreta dificultad MAPELLI CAFFARENA, op. cit., pág. 82, señalando además que en muchos casos la definición de lo que es esencial y lo que no lo es depende del público concreto al que va destinado el producto o servicio. Se manifiesta en el mismo sentido en la doctrina alemana LAMPE, E.J., *Ist es für einen wirksamen Verbraucherschutz...*, cit., pág. 25-26.

<sup>716</sup> Vid. supra Capítulo primero C)II. También cabe destacar la solución defendida por los autores del Proyecto Alternativo de Código Penal alemán, los cuales proponen restringir el objeto material sólo a las circunstancias esenciales de los bienes o servicios, ofreciéndose a continuación en el propio precepto una lista ejemplificativa de tales circunstancias de carácter relevante; vid. LAMPE Y OTROS, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, cit., pág. 41.

<sup>717</sup> Vid. MAPELLI CAFFARENA, cit., pág. 82.

circunstancias por el perjuicio que les pueda ocasionar". Sin embargo, y como se acaba de decir, el tipo determina que el perjuicio que se pueda causar ha de ser grave y manifiesto, de modo que la falsedad sobre aspectos nimios de un producto o servicio no es idónea para llegar a frustrar completamente las expectativas formadas por el consumidor, no pudiéndose entonces afirmar que puede ser víctima de un perjuicio económico de carácter grave y manifiesto.

Uniendo las configuraciones del objeto material contenidas en los Proyectos mencionados con las principales propuestas doctrinales vertidas en aquella época, y adoptando asimismo alguna de las soluciones existentes en el Derecho comparado, restringiríamos el objeto material a determinados extremos esenciales de los bienes o servicios, que serían los siguientes (antes de continuar cabe advertir que, aunque el mensaje falso recaiga sobre las circunstancias esenciales expuestas a continuación, habrá que constatar posteriormente la verificación del elemento de aptitud lesiva):

1.- **Naturaleza:** se puede entender que tal circunstancia está constituida por las características definitorias de un bien o servicio, lo que en cierto modo viene a tratarse de la calidad del mismo, tal y como la define la doctrina alemana. Las declaraciones referidas a la naturaleza de un bien o servicio pueden versar sobre los siguientes extremos:

a) La composición del bien o servicio (elementos tanto naturales como artificiales)<sup>718</sup>. Acudiendo a los Tribunales extranjeros, pueden citarse ejemplificativamente algunas sentencias: así, la del Tribunal de grande instance d'Amiens, de 30-11-1975, que condenaba a quien había anunciado unos zapatos

---

<sup>718</sup> Cfr. FUHRMANN, *Strafrechtliche Nebengesetze*, cit., Rn. 30-31, con múltiples ejemplos (v.gr. el caso, enjuiciado por el OLG Hamburg, de una mermelada que se ofrecía como especialmente compuesta para niños cuando en realidad no se diferenciaba de las demás mermeladas); WALTER, T., *Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland*, cit., pág. 384. Gran parte de estos supuestos son los que se podrían incardinar en el ya comentado art. 516 del Código Penal italiano, que sanciona la introducción en el tráfico comercial (no sólo la emisión de publicidad) de sustancias alimenticias no genuinas como genuinas, es decir, de alimentos que han sufrido una alteración en su composición; vid. supra. y también referencias jurisprudenciales en ALIBRANDI, L. (a cura di), *Il Codice penale commentato per articolo con la giurisprudenza*, cit., pág. 1530-1532; ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al Codice penale. Complemento giurisprudenziale. Appendice 1996-1998*, cit., pág. 247.



destacando que eran de piel auténtica, cuando en realidad estaban fabricados en parte con fibras sintéticas; la sentencia del Tribunal correctionnel de Besançon, de 7-5-1976, que castigaba como autor de un delito de publicidad falsa a un vendedor de joyas que las publicitaba como recubiertas de oro fino mientras que realmente estaban cubiertas por una aleación<sup>719</sup>; o la sentencia de la Cour de cassation crim. de 5-6-1984, que sancionaba la publicidad de mermeladas presentadas como pobres en sodio, poseyendo en realidad más sodio de lo habitual<sup>720</sup>.

En España también podemos encontrar ejemplos de esta clase en la jurisdicción civil: así, la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 58 de Madrid, de 8-7-1996, que sanciona a una empresa por anunciar inverazmente “huevos sin colesterol”; y en las resoluciones del Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad: por ejemplo, la de 24-7-1996 (asunto Campofrío), que considera ilícito anunciar embutidos declarando que tienen menos colesterol que los demás, cuando este extremo no está probado.

b) Efectividad (en el caso de los medicamentos, por ejemplo). Así, puede citarse el típico anuncio publicitario de productos que curan cualquier enfermedad: en casos como éste se ha pronunciado la AP de Valencia en su sentencia de 22-11-1997, y el Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad en su resolución de 11-3-1997 (asunto Telenovedades 2000). Podría cuestionarse si este supuesto constituye una falsedad burda que no es objeto de crédito; no obstante, y como ha resuelto la AP de Castellón en su sentencia de 18-10-2000, habrá que tener en cuenta las condiciones del sujeto pasivo, y precisamente estos anuncios de productos curativos van dirigidos a personas enfermas que, debido a su situación de vulnerabilidad y desesperación, son más proclives a creer este tipo de mensajes.

c) Frescura y pureza (principalmente hablando de alimentos).

d) Protección jurídica de la que disfrutan los bienes o servicios.

e) Cualquier indicación genérica de calidad; así cabe destacar, en relación con la indicación de la calidad de un bien o servicio, el frecuente empleo de

---

<sup>719</sup> Vid. GREFFE, P. / GREFFE, F., *La publicité et la loi*, cit., marg. 765 y 762.

<sup>720</sup> Vid. *Code de la consommation*, cit., art. 121-1, pág. 25.

expresiones como "de calidad", "de lujo", "extra" y semejantes, cuya presencia sólo será admisible para referirse al empleo de materiales o a elementos especialmente buenos, de muy alta calidad<sup>721</sup>.

En suma, las concretas cualidades o propiedades de un bien o servicio son especialmente importantes para el consumidor, ya que inciden directamente sobre sus condiciones de utilización y la determinación de su precio<sup>722</sup>. Así, finalmente, podría citarse otro ejemplo esclarecedor en la Jurisprudencia francesa, que resuelve un caso de publicidad falsa relativa a la naturaleza de un producto: el Tribunal d'Evreux, en sentencia de 26-1-1978, ha condenado al director general de una empresa por haber hecho publicidad de un congelador de 210 litros con indicadores luminosos, cuando en realidad sólo tenía una capacidad de 160 litros y los citados indicadores no servían para avisar en caso de interrupción accidental de funcionamiento del aparato<sup>723</sup>.

2.- **Origen:** se trata de la indicación de la procedencia de un bien o servicio, tanto en sentido geográfico como empresarial; es decir, la persona o sociedad que lo han producido o el lugar del que proviene, e incluso entrarían aquí los supuestos de falsa atribución de título académico por parte de personas que ofrecen servicios profesionales (médicos, profesores, etc.)<sup>724</sup>. Resulta especialmente importante para el consumidor conocer con certeza este dato, ya que funciona como elemento

---

<sup>721</sup> Vid. en FUHRMANN, cit., Rn. 32-35, múltiples ejemplos extraídos de la Jurisprudencia alemana en torno al empleo de estas expresiones; en la Jurisprudencia italiana estas expresiones han sido juzgadas asimismo con severidad, vid. las sentencias citadas por FUSI / TESTA / COTTAFANI, *La pubblicità ingannevole*, cit., pág. 131, nota 22.

<sup>722</sup> Cfr. FUHRMANN, cit., Rn. 30-35; PFEIFFER, G., *Strafbare Werbung*, cit., pág. 213; OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 54-58; GRIBKOWSKY, G., *Strafbare Werbung*, cit., pág. 41..

<sup>723</sup> Vid. GREFFE, P. / GREFFE, F., cit., marg. 759; vid. más sentencias citadas en el *Code de la consommation*, cit., art. 121-1, pág. 25.

<sup>724</sup> Pueden recordarse aquí los siguientes casos ya citados: el de la sentencia de la AP de Álava de 17-2-2000, relativa a una publicidad que presentaba una academia no homologada como "centro profesional de estudios"; y el de la resolución del Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad de 26-11-1996 (asunto Trinity College University), sobre una falsa oferta publicitaria de un título homologado.

diferenciador de las ofertas de una misma clase y asimismo constituye una indicación sobre la calidad de las mismas<sup>725</sup>.

3.- **Modo y fecha de fabricación:** en determinados casos resulta especialmente importante tener una información verdadera sobre el modo y la fecha de producción de un bien o servicio, ya que puede constituir un dato significativo sobre la calidad del mismo; se incardinarían aquí los frecuentes casos en que se afirma falsamente que un producto está fabricado a mano, de forma natural, o es de elaboración propia, cuando ha sido objeto de fabricación artificial o en serie<sup>726</sup>. Lo cierto es que resultan especialmente frecuentes las falsedades sobre el modo de fabricación, afirmándose, sobre todo en el ámbito de los productos alimenticios, que se ha llevado a cabo una elaboración natural sin añadidos artificiales cuando en realidad se están empleando estos últimos<sup>727</sup>.

4.- **Fijación del precio:** se incluyen aquí todos aquellos factores que el consumidor ha de tener en cuenta para valorar si el precio de un bien o servicio se

---

<sup>725</sup> Vid. FUHRMANN, cit., Rn. 36-40; PFEIFFER, cit., pág. 213; OTTO, cit., Rn. 59-60; GRIBKOWSKY, cit., pág. 41; LAMPE, E.J., *Ist es für einen wirksamen Verbraucherschutz...*, cit., pág. 13 y 15. Vid. también en el mismo sentido CORRERA, C., *La difesa del consummatore dalle frodi in commercio II. Le frodi qualitative*, cit., pág. 8 y ss. Vid. una aplicación del delito de publicidad falsa en relación con las indicaciones sobre el origen del producto o servicio en la sentencia de la Cour de Cassation crim. de 22-2-1993 (vid. ROBERT / VÉRON, *Le Droit pénal des affaires en 350 décisions*, cit., pág. 101, nº 125); vid. también las sentencias citadas en FUHRMANN, cit., Rn. 37-38. Puntualiza FUHRMANN, cit., Rn. 39-40, que es fundamentalmente la interpretación del público lo que determina cuándo nos encontramos ante una manifestación indicadora del origen de un producto o servicio, y no la opinión del propio oferente, lo cual puede ocasionar, consecuentemente, que debido a un cambio en la interpretación del público una concreta declaración entendida como indicadora de origen empresarial o geográfico deje de ser considerada como tal. Las falsedades sobre el origen de los bienes o servicios se castigan en Derecho italiano en el ya comentado art. 517 del CP, que sanciona la introducción en el mercado de productos industriales con señas distintivas idóneas para inducir a engaño sobre el origen y también sobre la calidad de los mismos; vid. supra y cfr. decisiones jurisprudenciales en ALIBRANDI, op. cit., pág. 1533 y ss.

<sup>726</sup> Vid. FUHRMANN, cit., Rn. 41; PFEIFFER, cit., pág. 213; OTTO, cit., Rn. 65.

<sup>727</sup> Vid. ejemplos de tales casos en las sentencias del Tribunal de Cahors, de 2-2-1968, de la Cour de Paris, de 17-7-1974 (vid. en GREFFE / GREFFE, cit., marg. 795), y del Tribunal de grande instance de Lille, de 7-11-1997 (vid. *Code de la consommation*, cit., art. 121-1, pág. 26).

adecua a las características del mismo; se trata aquí fundamentalmente de emitir faltando a la verdad afirmaciones como "oferta especial", "oferta del día", etc<sup>728</sup>.

Cabe citar aquí como ejemplo el de la sanción de un vendedor de coches que en su publicidad ofrecía a los compradores la entrega inmediata del coche sin ningún aumento de precio, siempre que la compra se efectuase antes de una fecha concreta; lo que ocurría luego en la realidad es que el coche tardaba en ser entregado y además se exigía un aumento en el precio inicial (sentencia de la Cour de cassation crim. de 14-6-1977)<sup>729</sup>. También se incluiría en este apartado la publicidad que promete cobrar a precio de coste un gran número de artículos, y en realidad no se aplica a todos ellos este precio ventajoso (sentencia de la Cour de cassation crim. de 17-12-1997)<sup>730</sup>. Asimismo, es frecuente el caso que enjuició la sentencia de la AP de Baleares de 11-2-1998: se ofrece un producto con un gran porcentaje de descuento, y realmente su precio es el mismo que presenta ese producto en los demás establecimientos comerciales.

5.- **Cantidad de existencias:** la información correcta sobre esta circunstancia resulta ciertamente relevante, ya que afirmar falsamente que no se poseen apenas existencias puede ser una forma de coaccionar al comprador indeciso, apremiándolo ante la posibilidad de que se agote en breve el artículo ofrecido<sup>731</sup>. Cuestión distinta sería que la publicidad de una empresa afirmase que siempre va a poseer existencias de sus productos, y cuando el consumidor acude a efectuar una compra descubre que

---

<sup>728</sup> Vid. FUHRMANN, cit., Rn. 45; OTTO, cit., Rn. 71-74; GRIBKOWSKY, cit., pág. 42.

En España, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. PE*, cit., pág. 486, considera que los extremos realmente esenciales de un producto o servicio son aquellos datos que pueden falsear el verdadero valor económico de lo anunciado.

<sup>729</sup> Vid. GREFFE / GREFFE, cit., marg. 800.

<sup>730</sup> Vid. el *Code de la consommation*, cit., art. 121-1, pág. 27.

<sup>731</sup> Cfr. OTTO, cit., Rn. 81; LAMPE, E.J., *Ist es für eine wirksamen Verbraucherschutz...*, cit., pág. 21. También la Jurisprudencia francesa aplica el art. 121-1 del *Code de la consommation* a estos supuestos, considerando que se trata de una falsedad sobre la propia existencia del bien o servicio; vid. sentencias citadas en el *Code de la consommation*, cit., art. 121-1, pág. 25.

tal afirmación es falsa (un caso de este estilo fue tratado por el Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad en su resolución de 24-4-1997, asunto Toys "R" Us): en estas hipótesis no se verifica la posibilidad de un perjuicio patrimonial para el consumidor, ya que la inexistencia del bien o servicio determina que no se podrá efectuar ninguna disposición económica.

Siguiendo a Gribkowsky<sup>732</sup>, podría entenderse en principio que un comerciante posee efectivamente unas determinadas existencias cuando las tiene inmediatamente a su disposición, sin necesidad de un previo encargo a un mayorista o a otro comerciante. Por el contrario, no debe apreciarse que hay falsedad sobre las existencias cuando el ofertante no tiene el producto publicitado debido a un retraso del proveedor o se agotaron las reservas antes de lo previsto: se pronuncia en este sentido la sentencia del TSJ de Canarias de 13-1-1999, considerando que no se infringe el art. 4 de la LGP.

6.- **Virtudes:** se refiere este término a las propiedades, efectos o resultados que cabría esperar de los productos o servicios anunciados<sup>733</sup>; podría entonces resultar preferible el término "utilidades" que emplea el art. 121-1 del Code de la consommation francés, y que en la práctica también abarca las "condiciones de uso", los "resultados esperables del uso" y las "propiedades" del bien o servicio, circunstancias estas que el legislador francés, con un gran afán de exhaustividad, también cita expresamente en el precepto mencionado<sup>734</sup>. En este ámbito habrá que deslindar muchas veces una auténtica falsedad de una exageración no creíble por el público, ya que aquí se incardinan los casos de publicidad sobre productos estéticos o adelgazantes que prometen resultados espectaculares<sup>735</sup>.

7.- **Alcance de los compromisos asumidos por el anunciante:** se trata de una mención contenida en el Code de la consommation francés, que abarca circunstancias realmente importantes relacionadas con el bien o servicio en

---

<sup>732</sup> Cfr. GRIBKOWSKY, cit., pág. 44.

<sup>733</sup> Cfr. MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Consideraciones en torno a la creación...*, cit., pág. 85.

<sup>734</sup> Vid. diferentes supuestos en GREFFE / GREFFE, cit., marg. 808 y ss.

<sup>735</sup> Vid. GREFFE / GREFFE, ibidem.

cuestión; así, puede referirse a las garantías del producto, al servicio postventa, a la concesión de crédito por parte del vendedor, o en fin, a cualquier circunstancia relacionada con las obligaciones que asume el anunciante con respecto a la forma de facilitar el producto o servicio anunciados. Este sería el caso, por ejemplo, de un vendedor que se compromete a aceptar la devolución de artículos por él vendidos siempre que se hallen en buen estado, pero, llegado el momento, no quiere recoger ningún objeto que se le devuelve<sup>736</sup>.

En España, algunos autores ya incluyen estos supuestos en la actual redacción del art. 282 del CP, puesto que consideran, con razón, que las declaraciones referidas al productor o comercializador serán típicamente relevantes en la medida en que estén directamente relacionadas con las características de lo que ofrecen en el mercado: por ejemplo, cuestiones relativas al servicio postventa o asunción del compromiso de entregar el producto en el domicilio del comprador<sup>737</sup>.

**8.- Cualidades sustanciales:** se trata aquí de una circunstancia en la que podría tener cabida cualquier otro elemento del bien o servicio que no haya sido expresamente tipificado por el legislador, y que en algún caso concreto pueda resultar realmente esencial para motivar una decisión de compra por parte del consumidor. Cabe citar, como ejemplo, la sentencia del Tribunal correctionnel de Lyon, de 9-6-1975, en la que se castigaba la publicidad de un edificio para viviendas en la que se afirmaba que, en las proximidades del inmueble, existía una amplia zona verde, un supermercado, una parada de bus próxima, etc., cuando ninguna de estas afirmaciones se correspondía con la realidad<sup>738</sup>.

---

<sup>736</sup> Vid. Jurisprudencia en la materia en GREFFE / GREFFE, cit., marg. 812 y ss; también en el *Code de la consommation*, cit., art. 121-1, pág. 28.

<sup>737</sup> Cfr. CARRASCO ANDRINO, op. cit., pág. 103; HERNÁNDEZ PLASENCIA, op. cit., marg. 1112, nota 85; QUERALT JIMÉNEZ, op. cit., pág. 600.

<sup>738</sup> Vid. GREFFE / GREFFE, cit., marg. 769. Vid. más ejemplos de falsedades publicitarias en relación con las cualidades sustanciales y otros elementos de los productos o servicios en la Jurisprudencia francesa citada por JEANDIDIER, W., *Droit pénal des affaires*, cit., Rn. 408-410; y GREFFE / GREFFE, cit., marg. 738 y ss.

Si bien la previsión de esta especie de cláusula general es adecuada, vuelve a plantearse en cierto modo el problema de determinar cuándo una cualidad es esencial en un producto o servicio. Como criterio delimitador, puede aceptarse que la determinación de qué cualidades de un bien o servicio son esenciales sea efectuada desde el punto de vista del "consumidor medio", considerando así que una característica es esencial cuando según un consumidor razonable resulta decisiva para tomar la decisión de adquirir el producto o servicio anunciados<sup>739</sup>.

En la misma línea de la doctrina alemana, se puede afirmar que, al exigir el art. 282 que las alegaciones recaigan sobre productos o servicios, quedan fuera del ámbito típico las declaraciones falsas sobre **circunstancias subjetivas que tengan que ver con el anunciante**; así, no sería punible la falsedad de los motivos subjetivos que alguien alega para convencer al público de que adquiriera el producto ofrecido (v.gr. si el vendedor intenta convencer al comprador fingiendo hallarse en una situación de penuria económica)<sup>740</sup>. Como regla general en esta cuestión, en la doctrina alemana Hernández propone que, para integrar en el art. 4 de la UWG una publicidad que verse sobre la empresa o el empresario, el mensaje publicitario en concreto ha de referirse a la calidad o la actividad de estos últimos en cuanto oferentes de determinados bienes o servicios. La cuestión es excluir del tipo penal toda aquella publicidad que no esté directamente relacionada con el bien o servicio

---

<sup>739</sup> Cfr. WALTER, T., *Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland*, cit., pág. 384 (vid. infra III.3.a) una definición detallada del consumidor medio).

<sup>740</sup> Cfr. BAUMBACH / HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, cit., Rn. 7; WALTER, op. cit., pág. 380; MÜLLER / WABNITZ / JANOVSKEY, *Wirtschaftskriminalität*, cit., pág. 194; FUHRMANN, cit., Rn. 23; KÖHLER / PIPER, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, cit., Rn. 5; ENDRISS, R., *Strafbare Werbung beim Vertrieb von Zeitschriften*, cit., pág. 92-93. Vid. en este sentido la sentencia del BGH de 29-3-1990, comentada por ACHENBACH, H., *Aus der 1989/1990 veröffentlichten Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht*, en NStZ 1991, n° 9, pág. 414, y ENDRISS, R., *Nochmals: Strafbare Werbung beim Vertrieb von Zeitschriften*, en Wistra 1990, n° 9, pág. 336 y ss. Vid. también esta interpretación en las sentencias del BayOBLG München de 9-11-1990 y del BGH de 29-3-1990.

que se pretende anunciar, y que se trata meramente del ejercicio de una actividad de "relaciones públicas" para promocionar a la empresa o al empresario<sup>741</sup>

El art. 4 de la UWG alemana es ciertamente explícito al establecer que la publicidad ha de ir referida a las "circunstancias comerciales" de los bienes o servicios, esto es, que ha de recaer sobre los elementos que los caracterizan como objeto de comercio, o ha de aludir a **extremos relacionados con la propia actividad de compra y venta aunque no sean de carácter tangible** (v.gr. afirmar falsamente que los beneficios de la venta van destinados a personas necesitadas)<sup>742</sup>. No obstante, debe recordarse especialmente en relación con esta última circunstancia que se deberá constatar la aptitud del mensaje para lesionar el patrimonio de los consumidores: así, por ejemplo, se verificará el delito del art. 282 del CP cuando una falsa afirmación relativa al cumplimiento de fines sociales se utiliza como excusa para subir excesivamente el precio del producto, en relación con los demás artículos de la misma categoría.

Pasando a otra cuestión, cabe mencionar aquí la tesis de Mapelli de que no es necesario que la alegación falsa recaiga sobre productos o servicios pertenecientes al que realiza o manda realizar la publicidad. Según ese autor, sería admisible la

---

<sup>741</sup> Vid. HERNÁNDEZ, H., *Strafrechtlicher Vermögensschutz vor irreführender Werbung*, cit., pág. 172. Como afirma GRIBKOWSKY, op. cit., pág. 40-41, se excluyen del tipo las declaraciones de naturaleza puramente privada u oficial.

Vid. al respecto en Derecho español HERNÁNDEZ PLASENCIA, op. cit., marg. 1104; CARRASCO ANDRINO, op. cit., pág. 122; MORENO Y BRAVO, op. cit., pág. 117.

<sup>742</sup> Vid. HERNÁNDEZ, cit., pág. 165; ENDRISS, R., *Nochmals: Strafbare Werbung beim Vertrieb von Zeitschriften*, cit., pág. 337; OTTO, cit., Rn. 47. Vid. en este sentido las sentencias del BGH de 7-2-1953, y del BayObLG München de 29-11-1989; vid. en cambio de opinión contraria la sentencia del OLG Köln de 23-1-1979 y la del BGH de 29-3-1990 (sobre el mismo asunto que la citada sentencia del BayObLG), las cuales exigen una constatación efectiva de que los objetivos caritativos son realizados específicamente con las ganancias obtenidas de las ventas del concreto bien o servicio anunciados, no siendo suficiente que tales actividades benéficas se realicen con las ganancias generales de la empresa.

Vid. en contra de esta posibilidad, negando la tipicidad de las declaraciones publicitarias que versen sobre estos extremos, GRIBKOWSKY, cit., pág. 73; en la doctrina española, HERNÁNDEZ PLASENCIA, cit., marg. 1104; MORENO Y BRAVO, cit., pág. 117.



emisión de mensajes publicitarios falsos relativos a bienes o servicios de los competidores, ya que considera que el art. 282 sólo requiere que las ofertas o publicidad provengan de los fabricantes o comerciantes, pero esta misma procedencia no es exigible a los bienes o servicios<sup>743</sup>. Sin embargo, y como se verá más adelante<sup>744</sup>, la pertenencia del bien o servicio al anunciante se deduce de la propia redacción típica, ya que si el texto legal hace referencia a las ofertas y publicidad que emiten los mismos fabricantes o comerciantes, no parece que pueda entenderse que los bienes o servicios objeto de la publicidad no pertenecen a los sujetos citados.

Sin embargo, los supuestos que sí cabría integrar en el art. 282 del CP, y que además se darán frecuentemente en la práctica, son aquellos en los que la publicidad se refiere a ofertas de los competidores para contraponerlas a la oferta propia. Generalmente se tratará aquí de los casos en que un anunciante atribuye a sus bienes o servicios una posición preeminente dentro del mercado, es decir, efectúa una **publicidad de tono excluyente**<sup>745</sup>. Si nos encontramos ante una manifestación de este tipo que no se corresponde con la realidad, es decir, objetivamente falsa, habrá que constatar si presenta aptitud para lesionar el patrimonio de los consumidores. Sin duda alguna los competidores en el mercado sufrirán en cualquier caso las consecuencias negativas de este tipo de publicidad, ya que un anunciante está reconociendo inverazmente la superioridad de sus bienes o servicios sobre las ofertas del mismo sector del mercado.

---

<sup>743</sup> Cfr. MAPELLI CAFFARENA, cit., pág. 69. En este mismo sentido se manifiesta FUHRMANN, cit., Rn. 23, quien afirma que no es necesario que las declaraciones publicitarias realizadas por un sujeto versen exclusivamente sobre su propia actividad, sino que también se integrarían en el tipo las manifestaciones sobre la actividad de un tercero e incluso sobre la rama a la que pertenece la propia actividad; por el contrario, HERNÁNDEZ, cit., pág. 165, mantiene una opinión más restrictiva a este respecto al afirmar que el art. 4 de la UWG sólo se refiere a las manifestaciones publicitarias que efectúa un sujeto sobre su propia actividad o sobre la actividad de un tercero cuando éste le ha encargado realizar tal publicidad.

<sup>744</sup> Vid. infra epígrafe 5.

<sup>745</sup> Vid. sobre esta clase de publicidad LEMA DEVESA, C., *La publicidad de tono excluyente*, cit., pág. 422 y ss.

Sin embargo, como se ha dicho, para integrar esta conducta en el art. 282 del CP es necesario constatar la posibilidad de causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores. Por lo tanto, habría que aplicar a estos casos las pautas que permiten dar contenido concreto al elemento de aptitud<sup>746</sup>; entre todas ellas, puede hacerse aquí hincapié, por ejemplo, en el precio del producto situado en posición de superioridad: si se le atribuye un precio desmesurado por una calidad y características especiales que en realidad no posee, sin duda puede afirmarse que esta publicidad es idónea para causar un daño económico a los consumidores, ya que podrían adquirir por un menor precio un producto de naturaleza y propiedades idénticas a las que posee el bien anunciado inverazmente. Asimismo, también se constataría el elemento de idoneidad lesiva en aquellos casos en que, aun no elevándose el precio con respecto a los demás productos del sector, el bien objeto de la publicidad excluyente posee una calidad deficiente o una eficacia muy limitada<sup>747</sup>.

Puede señalarse también aquí que se puede admitir la existencia de publicidad falsa cuando la alegación recae sobre un obsequio facilitado con la compra de un determinado producto<sup>748</sup>. En este ámbito de la publicidad de productos con obsequio, será bastante frecuente constatar la falsa afirmación de que se está ofreciendo un segundo producto gratis cuando en realidad su coste va incluido en el precio del bien que realmente se vende. Este tema ha sido tocado por diversa doctrina francesa<sup>749</sup>: así, según estos autores, no se verifica aquí el delito del art. 121-1 del Code de la Consommation porque realmente no se produce un engaño, ya que el consumidor está realmente informado sobre los objetos que compra y el precio que paga por

---

<sup>746</sup> Vid. infra epígrafe 4.

<sup>747</sup> Vid. entre las sentencias de la jurisdicción civil sobre publicidad de tono excluyente, por ejemplo, la de la AP de Alicante de 13-3-1994, o la de la AP de Badajoz de 24-1-1997.

<sup>748</sup> Cfr. MAPELLI CAFFARENA, cit., pág. 82. Vid. en igual sentido la Jurisprudencia francesa, tal y como afirman GREFFE / GREFFE, cit, marg. 743; vid. también con respecto al Derecho francés WALTER, cit., pág. 369 y 379.

<sup>749</sup> Vid. así WALTER, cit., pág. 389; JEANDIDIER, cit., pág. 406 (citando Jurisprudencia en este sentido).

ellos. Esta teoría puede aceptarse sin problemas con respecto al art. 282 del CP ya que, si en principio es indudable que se está emitiendo una alegación publicitaria objetivamente falsa, resulta cuestionable que esa falsedad sea idónea para causar un perjuicio económico, puesto que, como se ha dicho, el consumidor conoce perfectamente las contraprestaciones que va a recibir a cambio de la cantidad de dinero que se le pide.

Por otra parte, cuando un anunciante emite un mensaje publicitario en el que ofrece un regalo sin necesidad de efectuar ninguna compra (lo cual ocurre frecuentemente, sin duda como forma de darse a conocer o promocionarse en el mercado), aunque alguna de sus declaraciones sea falsa no se verificará el delito del art. 282 del CP, ya que no se cumple el requisito de idoneidad lesiva. Efectivamente, al no requerirse ningún desembolso por parte del consumidor, no hay posibilidad de causar un daño económico<sup>750</sup>.

Por último, no surge ningún inconveniente para incluir en el tipo aquella publicidad sobre **productos o servicios inexistentes**, que en ningún momento llegarán a introducirse en el mercado<sup>751</sup>. Efectivamente, el art. 282 no requiere la existencia de los bienes o servicios anunciados, y realmente se puede afirmar que hay una publicidad falsa cuando nunca se va a vender aquello que se anuncia: se trataría sin lugar a dudas de una auténtica discordancia objetiva entre lo publicitado (un

---

<sup>750</sup> La ilicitud de esta conducta podría afirmarse desde una perspectiva no penal; vid. tratando uno de estos supuestos la resolución del Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad de 16-3-2000 (asunto Telefónica Publicidad e Información).

<sup>751</sup> Cfr. MAPELLI CAFFARENA, cit., pág. 81, nota 84. Cfr. también en el mismo sentido WALTER, cit., pág. 381. Por el contrario, la doctrina y la Jurisprudencia alemanas excluyen del tipo del art. 4 de la UWG a quien anuncia un producto o servicio que no quiere o no puede facilitar; se exige la intención de efectiva entrega del bien o servicio, si bien en forma diversa a la presentada en la publicidad: cfr. BAUMBACH / HEFERMEHL, cit., Rn. 9a; FUHRMANN, cit., Rn. 63; OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 98; RICHTER, H., *Strafbare Werbung beim Vertrieb von Kapitalanlagen*, cit., pág. 118. Vid. también adoptando este criterio la sentencia del BayObLG München de 29-11-1988 (vid. esta sentencia en ACHENBACH, H., *Aus der 1989/1990 veröffentlichten Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht*, cit., pág. 414); en estos casos, según la sentencia del BGH de 26-10-1977, no sería aplicable el art. 4 de la UWG, sino que se trataría solamente de un delito de estafa.

producto o servicio) y la realidad (en la que no se puede encontrar lo que el anunciante ha dado a conocer al público).

Ahora bien, de nuevo debe recordarse que el art. 282 del CP exige no sólo la emisión de una publicidad falsa, sino que a mayores se requiere la aptitud de tal publicidad para causar un perjuicio económico a los consumidores. Por lo tanto, habrá supuestos en los que la difusión de publicidad sobre un producto o servicio inexistentes no va a presentar la comentada aptitud para producir un perjuicio. Esto ocurriría, por ejemplo, cuando un mensaje publicitario se emite a través de un medio de comunicación de masas: en este caso, resulta claro que objetivamente no hay peligro de que se produzcan lesiones patrimoniales, porque no existe ningún bien o servicio que adquirir.

Supuesto distinto sería el de la publicidad efectuada a domicilio o por correo, en la que se solicita un adelanto de fondos para efectuar la adquisición del bien o servicio que realmente no existen: aquí sí puede constatarse un peligro para el patrimonio de los consumidores, puesto que se da la posibilidad de que los receptores del mensaje publicitario efectúen una disposición económica. En estos casos, teniendo en cuenta sobre todo que se trata de una publicidad llevada a cabo a través de contactos personales, es evidente que podrá apreciarse un concurso con el delito de estafa; de hecho, esta situación concursal se va a verificar en la práctica en múltiples ocasiones<sup>752</sup>.

#### b) *Especial referencia a los títulos-valores*

Con referencia al objeto material, también se plantea la duda de si en él quedan incluidos los títulos-valores, ya que no existe en el Código Penal un precepto que incrimine directamente la publicidad falsa en ese ámbito. De lo que se trataría es de sancionar la conducta de **estafa en la inversión de capital**, que en Derecho alemán aparece expresamente tipificada en el art. 264a del StGB y en Derecho

---

<sup>752</sup> Vid. infra epígrafe VIII.1.

italiano se halla en el art. 174.1 del Texto único en materia de intermediación financiera, de 24-2-1998<sup>753</sup>; una situación de este tipo se produciría, v.gr., en el supuesto en que un banco, para captar inversores que le permitan llevar a cabo una ampliación de capital, emitiese publicidad falsa en unos folletos informativos, no comunicando, por ejemplo, el grave deterioro económico que está sufriendo la empresa<sup>754</sup>.

Teniendo en cuenta el carácter omnicomprendivo con que el art. 282 del Texto punitivo concibe el objeto material, no hay inconveniente para incluir en él la publicidad falsa en el ámbito de los títulos-valores<sup>755</sup>. Político-criminalmente resulta deseable incluir como objeto material del art. 282 los títulos-valores ya que, como dice la doctrina alemana en relación con el precepto que sanciona estas conductas en su país (el art. 264a del StGB), se pretende proteger al inversor no experimentado. Efectivamente, los tiempos actuales se caracterizan por la intransparencia del mercado y por el hecho de que cada vez invierten mayores círculos de población; de lo que se trataría, en suma, es de llevar a cabo la concreta protección del inversor como un aspecto dentro de la protección general de los consumidores<sup>756</sup>.

Tal y como se ha visto al comentar el art. 264a del StGB, la conducta típica se limita en este precepto únicamente a la emisión de alegaciones sobre *circunstancias*

---

<sup>753</sup> Vid. supra Capítulo primero: C)I.3 y C)III.2.

<sup>754</sup> Se mostraba expresamente a favor de la creación de un delito de publicidad falsa en este ámbito MARTÍNEZ PÉREZ, C., *El delito societario de administración fraudulenta*, en EPC 1993-94, nº XVII, pág. 350.

<sup>755</sup> Vid. a favor de esta opción MORENO Y BRAVO, op. cit., pág. 119-120; CARRASCO ANDRINO, op. cit., pág. 122; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 98; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. PE*, cit., pág. 486; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Compendio de Derecho penal*, cit., pág. 542; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El Derecho penal bancario en España*, en AP 1994-2, marg. 908.

<sup>756</sup> Vid. supra Capítulo primero C)I.3. Ante tal estado de cosas cabe rechazar el argumento de que no es admisible la creación de un tipo penal como el art. 264a del StGB porque así se está ofreciendo protección a personas de alto nivel económico que están preparadas para soportar los riesgos de una inversión de capital; vid. críticamente ante esta argumentación TIEDEMANN, K., *Kapitalanlagebetrug*, cit., Rn. 5; WORMS, A., *Anlegerschutz durch Strafrecht*, cit., pág. 274.

"relevantes" para tomar la decisión de adquirir títulos-valores<sup>757</sup>. Resulta esta una formulación típica que sería deseable para nuestro art. 282 ya que, como antes se ha indicado, se evitaría así la sanción de conductas con poca entidad lesiva; de este modo, adoptando la lista taxativa antes propuesta, se incriminarían sólo las informaciones relativas a aspectos relevantes ("cualidades sustanciales") de los títulos-valores.

La propia doctrina alemana ha debatido la cuestión de qué circunstancias pueden considerarse relevantes para decidir acerca de la adquisición de títulos-valores. En primer lugar, se ha propuesto aquí adoptar la misma solución ofrecida para delimitar cuándo nos encontramos con carácter general ante cualidades sustanciales de bienes o servicios<sup>758</sup>: considerar que son esenciales las circunstancias que, según el juicio de un "inversor medio" razonable y prudente, son decisivas para la valoración de la inversión<sup>759</sup>, es decir, tienen influencia en el valor, probabilidades y riesgos de la inversión<sup>760</sup>.

Sin embargo, si bien este parámetro puede constituir un adecuado punto de partida, debe tenerse en cuenta que no siempre se tratará de un criterio decisivo, sino que existen otras circunstancias que deben ser objeto de consideración, tales como la naturaleza de cada inversión (el mayor o menor riesgo que conlleva) o las expectativas que ofrece el mercado de capitales. En otras palabras, no puede hablarse del inversor medio con carácter general porque existen clases enormemente

---

<sup>757</sup> Vid. supra Capítulo primero C)I.3.

<sup>758</sup> Vid. supra apartado a).

<sup>759</sup> Cfr. CRAMER, en *Strafgesetzbuch Kommentar* (Schönke / Schröder, Hrsg.), cit., art. 264a, Rn. 30-32.

<sup>760</sup> Cfr. LACKNER / KÜHL, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, cit., Rn. 13; OTTO, H., *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, cit., cap. 61, Rn. 51; GÖSSEL, K.H., *Strafrecht. BT*, Band 2, cit., cap. 23, Rn. 77. Vid. también GÄBHARD, B., *Das Tatbestandsmerkmal der "wesentlichen Umstände" beim Kapitalanlagebetrug*, cit., pág. 101 y ss; esta autora afirma que para la decisión de adquirir títulos-valores es "esencial" "toda circunstancia que para la concreta inversión de capital pueda significar, desde una consideración ex-ante, un riesgo especialmente intolerable con respecto a la factibilidad de la oferta propuesta o en relación con las condiciones de participación en la inversión" (pág. 96).

diferentes de inversión, y no todas tienen los mismos objetivos<sup>761</sup>. Por lo tanto, a la hora de determinar la esencialidad de una información relativa a una inversión, lo más correcto es delimitar el criterio del inversor medio adecuándolo a las últimas circunstancias mencionadas, es decir, al momento y características concretos de cada inversión<sup>762</sup>. Lo que se debe procurar, y a ello pretende contribuir la adopción del criterio del inversor medio, es huir de interpretaciones subjetivas y variables; por ello habrá que intentar determinar caso por caso aquellas circunstancias que objetivamente tengan influencia en el valor, probabilidades y riesgos de cada inversión<sup>763</sup>.

En suma, la interpretación de la relevancia o esencialidad de las circunstancias a las que se refiere la información emitida va a equivaler, tal y como dice Tiedemann, a la "*idoneidad para producir un perjuicio económico*" que presenta ese mismo mensaje<sup>764</sup>. Debe recordarse que ya en un principio se ha dicho que son esenciales aquellas circunstancias que según un "inversor medio" tienen influencia en el "valor" de la inversión, y que además el bien jurídico que se trata de proteger al sancionar esta conducta es el patrimonio de los inversores individuales<sup>765</sup>. Esta categorización de la "esencialidad" de los elementos sobre los que recae la falsedad es predicable no sólo en este ámbito de los títulos-valores, sino que debe hacerse extensible a cualquier otro bien o servicio que sean objeto de un mensaje publicitario. Debe hacerse notar, además, que esta interpretación encuentra perfecto acomodo en el Derecho español, ya que el art. 282 de nuestro Código Penal exige

---

<sup>761</sup> Cfr. CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., Rn. 30-32.

<sup>762</sup> Cfr. TIEDEMANN, K., *Kapitalanlagebetrug*, cit., Rn. 49; WORMS, A., *Anlegerschutz durch Strafrecht*, cit., pág. 334.

<sup>763</sup> Cfr. ASSMANN, H.D. / SCHÜTZE, R.A., *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, cit., Rn. 77-78.

<sup>764</sup> Cfr. TIEDEMANN, cit., Rn. 49. Vid. también Rn. 51 y ss., donde ofrece una propuesta de un catálogo con las circunstancias más relevantes que el inversor necesita conocer para hacerse una idea del valor y los riesgos de la inversión pretendida (cabe citar, como ejemplo de tales circunstancias, las informaciones relativas a la situación económica de la empresa o a los órganos de vigilancia de la misma).

<sup>765</sup> Vid. supra con relación al art. 264a del Código penal alemán, Capítulo primero C)I.3.

que la publicidad falsa sea "idónea para causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores" y, como se verá más adelante<sup>766</sup>, tal requisito de aptitud vendrá determinado por la interpretación del consumidor medio y por el carácter relevante y esencial del objeto sobre el que recae la falsedad.

### 3. Conducta típica

a) *Interpretación de las expresiones que designan la conducta típica: "hacer alegaciones falsas" y "manifestar características inciertas"*

Realizarán la acción típica los que "**hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas**" sobre los productos o servicios.

La formulación de la conducta típica era más breve en los Proyectos de 1980 y 1983, donde sólo se recogía la realización de "alegaciones falsas". Se planteaba de este modo un problema serio porque, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, "alegar" posee la única significación de "citar, traer uno a favor de su propósito, como prueba, disculpa o defensa, algún hecho, dicho, ejemplo, etc"; por lo tanto, el significado gramatical sólo da cabida a los discursos escritos u orales, quedando fuera de la órbita del tipo la realización de la actividad publicitaria mediante imágenes, fotografías, sonidos, etc. Sin embargo, como manifestaba la doctrina<sup>767</sup>, esta restricción no sería admisible desde un punto de vista teleológico, ya que si la pretensión de la norma es proteger al consumidor, esta protección se vería mermada si excluimos del tipo la realización de la actividad publicitaria mediante imágenes o sonidos. La solución fue aportada por el Proyecto de 1992, que añadió la

---

<sup>766</sup> Vid. infra epígrafe 4.

<sup>767</sup> Vid. por todos MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa*, cit., pág. 71 y ss.



expresión "manifiesten características inciertas": de este modo, ahora se admite la inclusión en el tipo de la publicidad efectuada no sólo de forma escrita u oral, sino también mediante imágenes o sonidos, e incluso a través de una figura aislada, olores o colores, siempre que contengan un mensaje claramente publicitario<sup>768</sup>.

Se exige en principio en el art. 282 un requisito de carácter objetivo: que las alegaciones sean "falsas" y que se manifiesten características "inciertas". En buena lógica ambos calificativos se emplean como sinónimos, por lo tanto el primer adjetivo ha de ser entendido en su acepción de "falta de realidad o de veracidad", "contrario a la verdad" (acepciones 1ª y 2ª), y el segundo como equivalente a "no cierto o no verdadero" (acepción 1ª)<sup>769</sup>; concluyendo, ha de otorgárseles el sentido de discordancia con la realidad, de discrepancia esencial y objetiva entre lo alegado o representado y lo realmente existente<sup>770</sup>.

---

<sup>768</sup> Cfr. CARRASCO ANDRINO, M.M., *La publicidad engañosa y el Derecho penal*, cit., pág. 97-98 y 102-103; MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito de publicidad fraudulenta*, cit., pág. 65; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*. PE, cit., pág. 99; BARONA VILAR, S., *Tutela civil y penal de la publicidad*, cit., pág. 646; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Compendio de Derecho penal*, cit., pág. 543; SÁNCHEZ GARCÍA, I., *El nuevo delito publicitario*, cit., marg. 566; MORENO CÁNOVES / RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, cit., pág. 167.

Esta misma interpretación es la que efectúa la doctrina alemana con respecto al art. 4 de la UWG: vid. HERNÁNDEZ, H., *Strafrechtlicher Vermögensschutz vor irreführender Werbung*, cit., pág. 164; BAUMBACH / HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, cit., Rn. 4; FUHRMANN, *Strafrechtliche Nebengesetze*, cit., Rn. 10; PFEIFFER, G., *Strafbare Werbung*, cit., pág. 210; OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 20-21. Esta libertad en la expresión del mensaje supone que en muchos supuestos va a ser irrelevante la forma gramatical de las declaraciones publicitarias, de tal modo que es aceptable que se manifiesten incluso mediante frases interrogativas y, por supuesto, frases no verbales y también símbolos; cfr. HILGENDORF, E., *Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht: entwickelt am Beispiel des Betruges und der Beleidigung*, Duncker und Humblot, Berlin 1998, pág. 154-159.

En este mismo sentido vid. también GUÉRY, G., *Droit des affaires*, cit., pág. 183; CALAIS-AULOY / STEINMETZ, *Droit de la consommation*, cit., marg. 129; FUSI / TESTA / COTTAFARI, *La pubblicità ingannevole*, cit., pág. 91; DELMAS-MARTY, M., *Droit pénal des affaires*, cit., pág. 445-446.

<sup>769</sup> Es en este sentido en el que hay que entender el término "inciertas" para lograr una interpretación coherente con la otra modalidad de acción típica, "hacer alegaciones falsas"; por ello, no es adecuado darle al mencionado adjetivo la acepción de "no determinado", tal y como hace CUERDA RIEZU, A., *Contribución a la polémica sobre el delito publicitario*, cit., pág. 78.

<sup>770</sup> Cfr. MORENO Y BRAVO, E., *El delito de publicidad falsa*, cit., pág. 121; BAJO /

No obstante, diversos autores se han pronunciado a favor de exigir no sólo la falsedad objetiva del mensaje publicitario, sino también una "falsedad subjetiva", en el sentido de que se considere falsa aquella publicidad que ha engañado al público, que éste ha interpretado erróneamente, a pesar de que objetivamente no haya una discordancia entre lo manifestado y lo existente en la realidad<sup>771</sup>. El desarrollo de este concepto de "falsedad subjetiva" parte del hecho de que el tipo exige que las alegaciones han de ser no sólo objetivamente falsas, sino que se exige a mayores su idoneidad para causar un perjuicio económico a los consumidores; así, tales autores entienden que únicamente se verifica tal idoneidad cuando el mensaje publicitario ha inducido a error al consumidor<sup>772</sup>.

Esta misma interpretación es la que defienden algunos representantes de la doctrina alemana al darle significado al adjetivo "falsas" en el art. 4 de la UWG. Como sabemos, este precepto incrimina la publicidad que sea a la vez "falsa" e

---

BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, cit., pág. 548; CARRASCO ANDRINO, op. cit., pág. 103; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 99; del mismo, *Consideraciones en torno a la creación...*, cit., pág. 78; SUÁREZ GONZÁLEZ, op. cit., pág. 543-544; SÁNCHEZ GARCÍA, op. cit., marg. 567; MORENO CÁNOVES / RUIZ MARCO, op. cit., pág. 168.

En cambio, parece otorgarle a estos adjetivos un cierto carácter valorativo MAPELLI CAFFARENA, op. cit., pág. 66, cuando dice que "la falsedad es valorativa" y, con respecto a la manifestación de características inciertas, afirma que "la valoración de su carácter fraudulento corresponde hacerla desde la perspectiva del consumidor. De forma que será incierta, si a los ojos de un consumidor medio, a los que iba destinado el mensaje, éste resulta un fraude" (pág. 68). Sin embargo, finalmente acaba reconociendo que "sólo cuando el contenido publicitario -implícito o explícito- no se corresponde con las calidades de lo ofertado, es posible calificarlo de engañoso" (pág. 69), afirmación esta que parece dar entrada a la necesidad de una comprobación objetiva de la falsedad o incerteza del mensaje publicitario.

<sup>771</sup> CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal. PE* (Vives Antón y otros), cit., pág. 476, dice que hay "falsedad subjetiva" cuando la publicidad objetivamente falsa es realizada con pleno conocimiento y voluntad de engañar; sin embargo, como dice CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 105, nota 257, esta configuración de falsedad subjetiva viene a equivaler al dolo. También parece hallarse en esta línea CUGAT MAURI, M., *La protección de intereses colectivos: el caso del delito publicitario*, cit., pág. 1174 y 1184, al afirmar que una falsedad será típica cuando resulte idónea para provocar engaño a un "consumidor medio".

<sup>772</sup> Cfr. CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 104-105; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., *El delito publicitario*, cit., marg. 1112.

"idónea para inducir a error". A pesar de los diferentes parámetros de los que en principio hay que partir para definir ambos conceptos (la falsedad desde un punto de vista objetivo, y la idoneidad para inducir a error desde una perspectiva subjetiva), gran parte de la doctrina alemana ha optado por considerar que tanto uno como otro dependen de la interpretación (de carácter subjetivo) del público receptor del mensaje<sup>773</sup>.

Tal sector doctrinal basa su postura en lo que ellos consideran el fundamento de la sanción penal de la publicidad engañosa: no se trata de la protección de la simple veracidad de los mensajes publicitarios, sino de la necesidad de impedir que los consumidores obtengan una representación de los mismos no acorde con la realidad, para así evitar perjuicios patrimoniales derivados de la adquisición del bien o servicio publicitados que finalmente no se ajustan a las expectativas del adquirente. Por este motivo, consideran que no importa tanto si la publicidad es objetivamente falsa, sino que lo relevante sería que los consumidores resulten engañados aunque el mensaje sea verdadero; es decir, al ser la interpretación del público lo que determina cuándo una publicidad es falsa, cabría incluir en el tipo penal un mensaje publicitario verdadero si es entendido erróneamente por sus destinatarios<sup>774</sup>.

El siguiente interrogante sería, entonces, el de qué parámetros hay que tener en cuenta para determinar cuándo un mensaje publicitario falso puede inducir a error

---

<sup>773</sup> Cfr. BAUMBACH / HEFERMEHL, op. cit., Rn. 8; OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 33; SPLIETHOFF, H.P., *Verkehrsauffassung und Wettbewerbsrecht. Ein Beitrag zu Begriff, Ermittlung und Relevanz eines lauterkeitsrechtlichen Zentralbegriffs*, Nomos, Baden-Baden 1992, pág. 281 y ss; TIEDEMANN, K., *Stand, Entwicklung und Reform des Wettbewerbsstrafrechts*, cit., VIII Band, 1974, pág. 40; del mismo, *Wettbewerb und Strafrecht*, cit., pág. 35; LAMPE, E.J., *Ist es für einen wirksamen Verbraucherschutz...*, cit., pág. 6-8; vid. asimismo con ciertos matices, pero partiendo de una interpretación subjetiva, MEYER / MÖHRENSCHLAGER, *Möglichkeiten des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts...*, cit., pág. 24. Vid. también de la misma opinión, con respecto a la emisión de publicidad falsa en la inversión de capital, WORMS, A., *Anlegerschutz durch Strafrecht*, cit., pág. 327. Así, esta opinión doctrinal parte de que lo decisivo es la interpretación que efectúan los receptores del mensaje, sin tener en cuenta ni el texto en sí mismo ni lo que quiere expresar el anunciante; vid. NICKEL, V., *Werbung in Grenzen (Zentralausschuss der Werbewirtschaft, Hrsg.)*, 1976, pág. 30.

<sup>774</sup> Vid. BAUMBACH / HEFERMEHL, cit., Rn. 10; OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 32.

al colectivo de los consumidores; ante esta cuestión, se ha optado con carácter general por atender a la interpretación que efectuaría el denominado "consumidor medio". Constituye éste un tema que trata la doctrina alemana con carácter general, ya que incluso partiendo de una interpretación objetiva de la falsedad<sup>775</sup>, es necesario atender a la interpretación subjetiva del público para determinar cuándo un mensaje publicitario es idóneo para inducir a error.

Si bien es prácticamente dominante el criterio del consumidor medio, debe advertirse que existe un sector doctrinal y alguna Jurisprudencia que consideran suficiente que resulte engañado un porcentaje mínimo de los destinatarios de la publicidad (generalmente del 10% al 20%)<sup>776</sup>. Sin embargo, como afirma otra corriente doctrinal, tanto la naturaleza propia del fenómeno publicitario como la variada composición del colectivo de consumidores no hacen aconsejable proteger frente a la publicidad engañosa a un determinado porcentaje del público sin tener en cuenta su composición. Efectivamente, es consustancial al fenómeno publicitario el engaño de una mínima parte de los consumidores, debido tanto a la propia ambigüedad y concisión de las declaraciones publicitarias como a la excesiva credulidad o falta de capacidad de discernimiento de algunos consumidores<sup>777</sup>; en consecuencia, se puede afirmar que una publicidad sólo puede calificarse como engañosa si se demuestra que un número considerable de compradores había tomado la decisión de adquirir el producto sin ser conscientes del engaño<sup>778</sup>.

---

<sup>775</sup> Vid. más adelante al final de este mismo apartado.

<sup>776</sup> Vid. FUHRMANN, cit., Rn. 18; PFEIFFER, cit., pág. 211.

<sup>777</sup> Vid. HERNÁNDEZ, cit., pág. 190-191; OTTO, cit., Rn. 26-29.

<sup>778</sup> Cfr. DAUSES, M.A., *La jurisprudencia del TJCE en materia de protección del consumidor y libertad publicitaria en el mercado interior*, cit., pág. 28, citando la STJCE de 16-1-1992 (asunto Bergerac/XC).

Merece destacarse que en Italia, tanto la jurisprudencia penal como las decisiones del Jurado de Autodisciplina Publicitaria tienden a ser más rigurosos en el enjuiciamiento de la publicidad, adoptando el criterio del consumidor más desprevenido; vid. sobre ello FUSI / TESTA / COTTAFANI, *La pubblicità ingannevole*, cit., pág. 136-138; vid. también MELI, V., *La repressione della pubblicità ingannevole*, cit., pág. 58.

La dificultad que se presenta a continuación es la de establecer las características del "consumidor medio", afirmando la doctrina en este sentido que hay que atender al *público concreto a quien va dirigido el mensaje* (esta misma afirmación es vertida por el Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad de 30-3-2000, asunto Telefónica); esto exige, básicamente, que cuando el preciso grupo de destinatarios se caracteriza por poseer menor capacidad de atención y discernimiento que el público en general (v.gr. publicidad dirigida específicamente a los niños, o a personas ancianas), resulta claro que es mucho más influenciable y vulnerable ante el engaño<sup>779</sup>.

Así, cuando una declaración publicitaria se dirige al público en general, la interpretación del consumidor medio sería la efectuada por *cualquier persona que capta el mensaje de forma más o menos despreocupada, sin prestarle atención considerable ni reflexionar excesivamente sobre él*. Como manifiesta algún autor italiano, esta concreta noción de consumidor medio se justifica por el hecho de que, dada la ingente cantidad de productos, servicios y mensajes publicitarios que se reciben cada vez que se pretende efectuar cualquier adquisición en la vida cotidiana,

---

<sup>779</sup> En este sentido, MAPELLI CAFFARENA, cit., pág. 68, afirma que hay que considerar el perfil cultural y de madurez del sector de consumidores al que se destina la publicidad (vid. también en esta línea las Resoluciones del Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad de 9-12-1996 y de 17-12-1996). En un sentido semejante se manifiesta en la doctrina alemana HILGENDORF, E., *Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht*, cit., pág. 200-202, al afirmar que cuando un engaño va dirigido específicamente a un público particularmente vulnerable, como por ejemplo personas ancianas, habrá que construir la categoría del "consumidor medio" con arreglo a las especiales características del público receptor de la publicidad. También HERNÁNDEZ PLASENCIA, cit., marg. 1112-1113, partiendo del criterio general del "consumidor medio", afirma que debe haber una vinculación objetiva al concreto círculo de consumidores al que se dirige el mensaje publicitario. Vid. también en el mismo sentido GUÉRY, G., *Droit des affaires*, cit., pág. 184; CALAIS-AULOY / STEINMETZ, cit., marg. 129; FABRE, R., *Droit de la publicité et de la promotion des ventes*, cit., marg. 85 y ss; DELMAS-MARTY, cit., pág. 449; MAYER, D., *Droit pénal de la publicité*, cit., pág. 81-82.

La especial vulnerabilidad de estos concretos grupos de consumidores ha sido confirmada desde estudios ajenos al Derecho penal; vid. en relación con el público infantil LEÓN, J.L., *Los efectos de la publicidad*, Ariel, Barcelona 1996, pág. 183 y ss; y asimismo el Informe elaborado por la Junta Nacional Sueca para Políticas de Consumo, *Los niños y la publicidad en televisión*, en EC 1996, n° 38, pág. 73 y ss. En atención a esta indefensión del público infantil, el PLOCP de 1980 preveía una agravación del tipo básico de publicidad engañosa cuando iba dirigida específicamente a los niños, vid. supra Capítulo primero B)I.

es natural que el consumidor no tenga un control exhaustivo sobre todos los mensajes que le son dirigidos<sup>780</sup>; en este sentido, también en España el Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad ha manifestado, en su Resolución de 3-3-1998 (asunto Airtel), que “es doctrina constante de este Jurado que la mayoría de los consumidores prestan una atención fugaz a los mensajes publicitarios”.

Resulta ciertamente difícil otorgar al “consumidor medio” unas características precisas y válidas para cualquier caso; en este sentido son indicativas las vacilaciones que pueden observarse en nuestra Jurisprudencia y en la de los países de nuestro entorno, que se han ocupado de este asunto repetidas veces.

Así, refiriéndonos en primer lugar a la Jurisprudencia francesa, por un lado cabe citar la sentencia de la Cours d'Appel de Bourges, de 5-10-1998<sup>781</sup>, que considera al consumidor medio como un ser ciertamente vulnerable, al cual se le deben presentar de forma clara todas las informaciones sobre los bienes y servicios introducidos en el mercado; por otra parte, se encuentra por ejemplo la sentencia de la Cour d'Appel de Toulouse, de 28-10-1999<sup>782</sup>, que considera al consumidor medio como una persona con una cierta capacidad de atención y discernimiento, no completamente vulnerable.

En España, a título de ejemplo, se puede citar la sentencia de la AP de Valencia de 13-10-1997, que al tratar un asunto de publicidad engañosa declara que el juez ha de velar por la protección de un “consumidor medio no especializado” (FJ1º); o la sentencia de la AP de Barcelona de 25-3-1998, que define al consumidor medio como “ni extremadamente cuidadoso, ni muy desatento” (FJ10º). Asimismo, hay que destacar las puntualizaciones efectuadas por la sentencia de la AP de Zaragoza de 17-2-1996 que, pronunciándose sobre una demanda de nulidad de una compraventa, en su FJ4º se muestra en contra de una protección desmesurada del

---

<sup>780</sup> Cfr. ALIBRANDI, L. (a cura di), *Il Codice penale commentato per articolo con la giurisprudenza*, cit., pág. 1533; MAZZACUVA / COSTI, en *Codice penale. Parte speciale*, cit., pág. 345. (FJ10º).

<sup>781</sup> Vid. *La Semaine Juridique* 1999, nº 35, pág. 1547.

<sup>782</sup> Vid. *Cahier Droit des Affaires* 2000, nº 17, pág. 209.

consumidor, afirmando que no debe ser protegido como si fuese un incapaz. Con referencia a las Resoluciones del Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad, cabe destacar la de 30-3-2000 (asunto Telefónica), donde se define al consumidor medio como el “normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, con unos ciertos conocimientos”.

La doctrina alemana ha tratado profusamente este tema; así, se ha definido el "consumidor medio" como "*consumidor razonable*", cuyas características han de determinarse según criterios normativos demostrables: por ejemplo, para reconocer la idoneidad de un mensaje para inducir a error es útil tener en cuenta las costumbres del tráfico comercial en lo que a expresión publicitaria se refiere, o también se puede dilucidar, siguiendo las reglas de la lógica, cuál es la reacción esperada y razonable de un consumidor ante un determinado mensaje<sup>783</sup>. Ciertamente, la caracterización del consumidor medio va a depender del producto o servicio concreto, ya que el grado de atención del consumidor y su nivel de conocimientos variará en función de aquello que se le anuncia. Básicamente, la exigencia de claridad y transparencia en los mensajes publicitarios resultará más exigible en relación con aquellos productos o servicios sobre los cuales el público en general no posee excesivos conocimientos, por lo cual habrá que facilitarle todos los elementos de juicio necesarios para que interprete adecuadamente el mensaje (vid. en este sentido el Fundamento

---

<sup>783</sup> Vid. HERNÁNDEZ, cit., pág. 196-199; WESTER-OUISSE, V., *La notion de consommateur à la lumière de la Jurisprudence pénale*, en *La Semaine Juridique* 1999, n° 43, pág. 1919; vid. también ABANTO VÁSQUEZ, M.A., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 159 y 175. Afirma además el primer autor citado que esta concepción del consumidor medio es la que mantiene el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (vid. pág. 193). Efectivamente, el TJCE, al elaborar la noción de consumidor precisamente en relación con la normativa en el ámbito de la publicidad, afirma que el consumidor merecedor de protección frente a los abusos publicitarios ha de ser el consumidor medio, razonable, capaz de asimilar informaciones y responsable de sus actos: vid. DAUSES, M.A., *La jurisprudencia del TJCE en materia de protección del consumidor...*, cit., pág. 29; SACK, R., *Auswirkungen der Art. 30, 36 und 50ff. EG-Vertrag...*, cit., pág. 879 y ss. Vid. a título de ejemplo de esta tendencia, una de las sentencias más recientes del TJCE, de 13-1-2000 (asunto C-220/98, Estée Lauder/Lancaster).

Vid. también sobre los parámetros para delimitar este concepto las decisiones jurisprudenciales analizadas por FABRE, op. cit., marg. 84; GREFFE / GREFFE, cit., marg. 722-726; FOURGOUX / MIHAILOV / JEANNIN, *Principes et pratique du Droit de la consommation*, cit., C19-C20; MAYER, D., *Droit pénal de la publicité*, cit., pág. 80-81.

deontológico 5º de la Resolución de 22-12-1997 del Pleno del Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad).

Por el contrario, hay autores que consideran (al igual que alguna Jurisprudencia) que sí cabe proteger al "*consumidor fugaz*", es decir, a aquel que toma su decisión de una forma totalmente rápida e irreflexiva<sup>784</sup>. Se trata sin duda de una cuestión difícil de resolver ya que nos movemos con parámetros de contornos difusos que admiten diversas interpretaciones; en todo caso, el concreto significado que se aporte a estos criterios dependerá, como ya se ha dicho, del caso particular, del bien o servicio a que se refiera la publicidad, ya que en muchos supuestos es recomendable extender la protección al denominado "consumidor fugaz" (por ejemplo, en el caso de productos o servicios de primera necesidad, o en ámbitos caracterizados por la profusión de mensajes publicitarios o por la dificultad de comprensión de los mismos por parte del consumidor).

Por otra parte, y recogiendo también la opinión de autores alemanes y franceses que se manifiestan expresamente en este punto, la noción de "consumidor medio" tendrá un contenido distinto cuando se anuncia *un producto o servicio dirigidos a un público especializado*; en este mismo sentido también se ha manifestado el Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad, en su Resolución de 25-10-2000 (asunto Pfizer, Pharmacia Upjohn y Monsanto España). En estos supuestos hay que tener en cuenta los conocimientos específicos de los destinatarios de estos mensajes, de modo que en tales casos el consumidor medio no se determinará conforme a los criterios generales, sino partiendo de la cualificación básica que posee el concreto círculo de destinatarios de la publicidad<sup>785</sup>.

---

<sup>784</sup> Vid. FUHRMANN, cit., Rn. 19 y OTTO, cit., Rn. 36, y la Jurisprudencia por ellos citada.

<sup>785</sup> Cfr. OTTO, cit., Rn. 36 y 43; NICKEL, V., *Werbung in Grenzen*, cit., pág. 30; KLUG, U., *Zur Strafbarkeit irreführender Werbeangaben*, cit., pág. 219-220. Partiendo de la base de que el juez no pertenece a este círculo de público especializado, es claro que no puede determinar él solo si el mensaje es idóneo para inducir a error; por ello, algunos autores señalan que debe asesorarse por medio de expertos en la materia o de encuestas entre el círculo de receptores de la publicidad; vid. FUHRMANN, cit., Rn. 18 y 20-21; GRIBKOWSKY, G., *Strafbare Werbung*, cit., pág. 46; de la misma opinión en la doctrina española CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 110-111. De todos modos, como manifiesta este último autor, estos criterios de interpretación son tan vagos y poco taxativos que a duras



En relación con este tema, presenta especial importancia la puntualización efectuada por alguna doctrina y jurisprudencia extranjeras a las reglas que se acaban de exponer. Debe advertirse que no siempre que la publicidad vaya dirigida a un círculo limitado de consumidores ha de atenderse a sus características específicas para apreciar la aptitud de la publicidad para producir un engaño. Si, como se ha dicho, hay que atender a la especial capacidad de percepción del público cuando éste constituye un grupo más influenciable que el consumidor medio (v. gr. el público infantil), no debe hacerse automáticamente lo mismo a la inversa, es decir, cuando se ofrece un producto dirigido principalmente a un público especializado en el tema sobre el que versa la publicidad (v. gr. cuando se anuncian diversos productos para uso profesional, como máquinas fotográficas, ordenadores, telescopios ...).

En este último supuesto, no sería adecuado exigir al público un elevado nivel de preparación que permitiese detectar determinados engaños contenidos en la publicidad, puesto que si en principio tales productos están pensados para que los usen los expertos en la materia, nada impide que un consumidor medio interesado en el tema opte por adquirir uno de esos productos especializados; en tal caso, no sería justo exigirle a este consumidor medio un conocimiento exhaustivo de todas las características del producto que va a comprar. Por lo tanto, en casos como el que se acaba de exponer, sería más justo atender a la capacidad de discernimiento del consumidor medio.

Como afirma Ferreira Monte, resulta especialmente decisivo para esta cuestión el medio utilizado para difundir el mensaje publicitario. Tomando como ejemplo la publicidad de ordenadores, cabría entender que está dirigida a un público

---

penas resisten una severa crítica (considera que no hay por qué desechar las investigaciones demoscópicas para determinar la interpretación media del público MÜLLER, T., *Demoskopie in der Zitadelle des Strafrechts? Das Merkmal der "Irreführung" in 4 UWG und 17 I 5 b LMBG*, en GRUR 1986, nº 6, pág. 425 y ss; de la misma opinión FUSI / TESTA / COTTAFI, op. cit., pág. 120 y ss.).

Vid. en relación con el Derecho francés DELMAS-MARTY, op. cit., pág. 448-449. Debe ponerse de relieve que la Jurisprudencia francesa no siempre ha seguido esta regla especial, ya que se pueden encontrar algunas resoluciones en las que el Tribunal se decanta por la noción general del "consumidor medio" aun cuando la publicidad va específicamente dirigida a un círculo determinado de destinatarios; vid. FABRE, op. cit., marg. 86-87; BIHL, L., *Droit pénal de la consommation*, Nathan 1989, pág. 44.

entendido cuando se encuentra en una revista particularmente especializada en Informática; en cambio, si se contiene en un periódico o en un folleto de un hipermercado debe entenderse que se trata de publicidad dirigida al público en general, al "consumidor medio"<sup>786</sup>. Precisamente en este mismo sentido se ha pronunciado en España el Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad, manifestando que un consumidor medio no posee conocimientos de carácter muy específico, y por lo tanto es probable que tome en serio las afirmaciones técnicas contenidas en el mensaje publicitario, ya que no es lo suficientemente experto como para ponerlas en tela de juicio: así se manifiesta en las Resoluciones de 22-12-1997 (asunto Gas Natural) y de 15-10-1998 (asunto Airtel Móvil).

Con respecto a esta interpretación subjetiva de la falsedad que hace alguna doctrina española, debe ponerse de relieve que la necesidad de tomar en consideración el elemento de "idoneidad para causar un perjuicio" no debe llevarnos a interpretar extensivamente otros elementos típicos<sup>787</sup>. Así, y como se ha destacado al comienzo de este apartado, el art. 282 del CP exige únicamente que las alegaciones publicitarias sean "falsas", y ya se ha visto que tal adjetivo tiene significación

---

<sup>786</sup> Vid. FERREIRA MONTE, M., *Da protecção penal do consumidor*, cit., pág. 114-115. En el sentido expuesto resuelve, por ejemplo, la sentencia de la Cours d'Appel de Bordeaux de 30-6-1998 (vid. La Semaine Juridique 1999, n° 13, pág. 654).

<sup>787</sup> La doctrina francesa ha destacado especialmente que supone un acierto incriminar (en el art. 121-1 de su Code de la Consommation) no sólo la publicidad objetivamente falsa, sino también aquella que induce o es susceptible de inducir a error. Como manifiestan tales autores, van a ser muy pocos los casos en que el anunciante osará emitir una publicidad abiertamente falsa, ya que resulta más fácilmente visible y evidente que un mensaje que en términos exactos no falta a la verdad pero se expresa de forma ambigua y engañosa; cfr. JEANDIDIER, W., *Droit pénal des affaires*, cit., marg. 407; CALAIS-AULOY / STEINMETZ, cit., marg. 129 (como se dice en esta última obra, la publicidad que induce o puede inducir a error es mucho más frecuente y peligrosa que la publicidad meramente falsa; de todos modos, existen en la Jurisprudencia francesa casos variados de publicidad objetivamente falsa; vid. JEANDIDIER, cit., marg. 407). El legislador español también renuncia a castigar únicamente las comunicaciones publicitarias simplemente falsas, pero no lo hace exigiendo la susceptibilidad de inducir a error, sino que exige la idoneidad de causar un perjuicio económico a los consumidores. Por lo tanto, va a ser este último elemento el requisito adicional al de la falsedad objetiva de la publicidad, de modo que en ningún momento se hace depender la sanción penal de la interpretación del público o de la posibilidad de que resulte engañado.

objetiva, es decir, sólo designa la discrepancia con la realidad, el hecho de que algo es contrario a la verdad.

Sin perjuicio, como más adelante se verá, de tomar en consideración el criterio del "consumidor medio" para determinar cuándo un mensaje falso es capaz de engañar y, por lo tanto, es idóneo para causar un daño económico a los consumidores, no debemos interpretar la falsedad en sentido subjetivo. La adopción de parámetros de naturaleza subjetiva no sólo va en contra del significado literal del término "falsas", sino que aporta grandes dosis de inseguridad jurídica en la aplicación del precepto, no sólo porque se hace depender la falsedad de parámetros poco estables y difíciles de probar, sino porque además se origina una gran inseguridad para los anunciantes, puesto que la licitud o ilicitud de su actuación estará determinada en cierto modo por lo que entienda el público receptor del mensaje.

Esta opinión es además la de otro sector de la doctrina extranjera que, con razón, interpreta la **falsedad en sentido objetivo**, *puesto que hacer depender tal concepto de la interpretación del público conlleva una intervención desmedida del Derecho penal y vulnera asimismo el principio de taxatividad*<sup>788</sup>. Además, ni

---

<sup>788</sup> Vid. HERNÁNDEZ, cit., pág. 182-184 y 188-189; FUHRMANN, cit., Rn. 12; PFEIFFER, cit., pág. 210; RAUBE, R., *Strafrechtliche Probleme der progressiven Kundenwerbung...*, cit., pág. 113-114; HORN, K., *Strafbare Werbung. Erscheinungsformen...*, cit., pág. 53; GRIBKOWSKY, cit., pág. 47-48; GREBING, G., *Strafrecht und unlauterer Wettbewerb*, cit., pág. 89; MEYER / MÖHRENSCHLAGER, *Möglichkeiten des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts...*, cit., pág. 24; ALBRECHT, U., *Zur geplanten Reform des 4 UWG*, cit., pág. 279-280; KLUG, U., *Zur Strafbarkeit...*, cit., pág. 221°; ZAW, *Werbewirtschaft gegen unangemessene Verschärfung des Werbe-Strafrechts*, cit., pág. 299-300. Incluso se ha propugnado la reforma del art. 4 de la UWG de modo que se castiguen sólo las declaraciones publicitarias "falsas", no "engañosas", ya que incriminar el engaño supondría hacer depender la sanción penal de la interpretación subjetiva del público, con lo cual la realización de la publicidad conllevaría un riesgo difícilmente calculable (vid. ZAW, *Diskussionspapier zur Werberechtspolitik*, Bonn 1975, pág. 28; LAMPE, E.J. Y OTROS, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, cit., pág. 41); vid. también HORN, op. cit., pág. 69; GRIBKOWSKY, cit., pág. 92-95. Pueden encontrarse en FUHRMANN, cit., Rn. 15, múltiples ejemplos sacados de la Jurisprudencia de declaraciones objetivamente falsas.

Vid. en Derecho francés GIUDICELLI-DELAGE, G., *Droit pénal des affaires*, cit., pág. 170; FABRE, cit., marg. 59; DIVIER, P.F., *Le mensonge en publicité*, cit., pág. 114; GUINCHARD, S., *La publicité mensongère en Droit français et en Droit fédéral suisse*, cit., pág. 100.

siquiera es necesaria esta interpretación subjetiva para eliminar del ámbito típico las falsedades burdas y evidentes, que no son creíbles y por lo tanto no son idóneas para perjudicar económicamente al consumidor<sup>789</sup>: en tales casos nos encontraríamos ante una exageración publicitaria que, como a continuación se explicará, no puede ser calificada como objetivamente falsa y por consiguiente es impune.

Resumiendo, cabe afirmar que acertadamente el legislador, tomando como base los principios de taxatividad y de intervención mínima del Derecho penal, se ha limitado a exigir que la publicidad sea objetivamente falsa, dejando fuera del tipo la publicidad verdadera que por su forma de redacción o presentación puede resultar engañosa<sup>790</sup>. Sancionándose esta última en el ámbito mercantil, se reserva al Derecho penal el castigo de las conductas objetivamente más graves desarrolladas en el seno de la actividad publicitaria; éste constituye precisamente el argumento más manejado por la doctrina alemana que defiende la interpretación objetiva de la falsedad, ya que sólo así podrá excluirse de la sanción penal la publicidad verdadera que resulta engañosa, que por su menor desvalor ya es castigada por las normas extrapenales<sup>791</sup>.

---

<sup>789</sup> Este motivo es el que esgrime HERNÁNDEZ PLASENCIA, cit., marg. 1112, para defender la exigencia de la llamada "falsedad subjetiva".

<sup>790</sup> Siendo ésta la significación objetiva de la falsedad, no se puede defender, como hace MAPELLI CAFFARENA, cit., pág. 66, nota 53, que "lo falso puede incluso ser verdadero, pero utilizando la verdad para lanzar implícitamente un mensaje falso". Aun partiendo de que para determinar la falsedad debe tenerse en cuenta la totalidad del mensaje publicitario (vid. MAPELLI, pág. 68, y FERNÁNDEZ NOVOA, C., *La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias*, cit., pág. 47), considero que la situación propuesta por este autor no constituiría un caso de falsedad publicitaria, sino que más bien sería publicidad verdadera pero que por su forma de expresión resulta engañosa. Se trataría entonces de la infracción de publicidad engañosa contenida en el art. 4 de la LGP, que es además el precepto que aplica la sentencia de la AP de Sevilla de 12-5-1992, mencionada por el autor citado. El Derecho penal sólo va a castigar el engaño a los consumidores que parta del supuesto más grave de ilicitud publicitaria: la emisión de mensajes objetivamente falsos; efectivamente, se puede asegurar que, con excepción de burdas falsedades que vienen a constituir exageraciones publicitarias no creíbles, toda manifestación falsa es objetivamente idónea para engañar al colectivo de consumidores.

<sup>791</sup> Así, esta doctrina critica la sanción penal de unos supuestos que ya pertenecen al ámbito de protección civil establecido por el art. 3 de la UWG: cfr. FUHRMANN, cit., Rn. 12; KLUG, op. cit.: nº 5, pág. 221 y nº 6, pág. 292.

Además, y a fin de cuentas, aun considerando esencial que la publicidad ha de inducir a error al consumidor para poder afirmar que es idónea para causar un perjuicio económico, no hace falta siquiera atender a la interpretación subjetiva del "consumidor medio", puesto que por regla general un mensaje objetivamente falso ya induce a error a sus receptores<sup>792</sup>, exceptuando, eso sí, el ya citado caso de burdas falsedades que constituyen una exageración publicitaria no creíble y por tanto no sancionable.

b) *Tratamiento de las denominadas "exageraciones publicitarias" y de los juicios de valor*

Efectivamente, la **exageración publicitaria** no puede ser calificada como objetivamente falsa porque contiene un núcleo de verdad, acompañado por declaraciones que resaltan las cualidades del producto o servicio de un modo tal que no se hace creíble para el consumidor, el cual no resulta engañado<sup>793</sup>. Sin embargo,

---

<sup>792</sup> Cfr. FUHRMANN, cit., Rn. 22; HORN, cit., pág. 53-54; TIEDEMANN, K., *Stand, Entwicklung und Reform des Wettbewerbsstrafrechts*, cit., pág. 39-40. Vid. también, de esta opinión, MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Consideraciones...*, cit., pág. 78. Podemos encontrar una defensa en términos absolutos esta teoría en el marco de las falsedades documentales, expresada por COBO DEL ROSAL, M., *Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad*, en CPC 1995, nº 56, pág. 433, quien afirma que "lo falso y la falsedad y el engaño van y *deben* ir unidos indisolublemente" y que "el núcleo del concepto de lo falso ha de poder producir (*capacidad de engaño*) un juicio erróneo", de tal modo que "un *falsum*, tan sumamente tosco que sea incapaz de producir engaño, no puede constituir, según mi opinión, el referente fáctico de ningún delito de falsedad".

Cabe destacar aquí que algún autor defensor de la interpretación objetiva de la falsedad (FUHRMANN, cit., Rn. 14) afirma que en ciertos casos puede ser necesario acudir a la interpretación del público (e incluso a los usos de comercio) ya para determinar la falsedad de unas alegaciones; esto podría ocurrir, según él, en los supuestos en que sea muy difícil descubrir el significado del texto literal de la publicidad; vid. en una línea semejante MEYER / MÖHRENSCHLAGER, cit., pág. 24.

<sup>793</sup> Cfr. CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 107; MUÑAGORRI LAGUÍA, *La protección penal de los consumidores...*, cit., pág. 99; RODRÍGUEZ RAMOS / DE LA CUESTA RUTE, *El delito publicitario*, cit., pág. 17; SUÁREZ GONZÁLEZ, cit., pág. 543-544; GÓMEZ RIVERO, M.C., *Hacia una nueva interpretación...*, cit., pág. 1233; HERNÁNDEZ PLASENCIA, cit., marg. 1112; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Curso de Derecho penal español*, cit., pág. 808; MORENO CÁNOVES / RUIZ MARCO, cit., pág. 169;

en la práctica resulta problemático trazar la frontera entre declaraciones publicitarias falsas (que faltan objetivamente a la verdad) y exageraciones publicitarias (que, además de no ser creíbles, son socialmente aceptadas como forma de atraer al consumidor)<sup>794</sup>, sobre todo porque la escueta descripción típica ("alegaciones falsas" o "características inciertas") no aporta elementos que nos ayuden a encontrar la diferencia. Se podría entonces acudir a la doctrina mercantilista que ha tratado este tema: por una parte, se define la exageración publicitaria, tal y como se ha dicho antes, como un elogio altisonante que el público no toma en serio, teniendo en cuenta que en la base de toda exageración existe un núcleo verdadero (que es aumentado desorbitadamente)<sup>795</sup>; por otra parte, se ha establecido una serie de pautas para determinar si una alegación concreta y comprobable constituye una exageración publicitaria, y que pueden formularse de la siguiente forma<sup>796</sup>:

1- Atender a la *composición, estructura y significado* del mensaje publicitario. En principio, puede establecerse una gran línea divisoria entre la publicidad realizada mediante imágenes o con palabras, ya que a la primera modalidad mencionada es inherente una mayor dosis de exageración.

---

QUERALT JIMÉNEZ, cit., pág. 602; MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Consideraciones...*, cit., pág. 65.

Cfr. en la doctrina alemana HERNÁNDEZ, cit., pág. 190; WALTER, T., *Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland*, cit., pág. 71; KLUG, op. cit., pág. 222.

En la doctrina francesa, vid. JEANDIDIER, cit., marg. 406; CALAIS-AULOY / STEINMETZ, cit., marg. 129; DELMAS-MARTY, cit., pág. 448; FOURGOUX / MIHAÏLOV / JEANNIN, cit., F10. El primer autor citado (marg. 406) comenta una de las sentencias más conocidas en Francia sobre publicidad exagerada: se trata de la sentencia de la Cour de Cassation crim. de 21-5-1984 (caso de las maletas Samsonite), en la que se resolvía que no podía creerse literalmente que una maleta podía soportar sin romperse los golpes dados por varios bulldozers.

<sup>794</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. PE*, cit., pág. 486.

<sup>795</sup> Vid. LEMA DEVESA, C., *La publicidad de tono excluyente*, cit., pág. 112-114.

<sup>796</sup> Vid. sobre los parámetros expuestos a continuación FERNÁNDEZ NOVOA, C., *La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad*, en *Estudios de Derecho de la Publicidad*, cit., pág. 174 y ss; LEMA DEVESA, C., *La publicidad de tono excluyente*, cit., pág. 125 y ss. Toma como base estos parámetros en relación con el art. 282 del CP CARRASCO ANDRINO, op. cit., pág. 107-108.

En cuanto a la publicidad oral o escrita, la exageración será admisible dependiendo de la forma de expresión del mensaje: así, por ejemplo, cuanto más concreta o específica sea una expresión, más probabilidades hay de que el público la tome en serio, no considerándola una exageración; particularmente se ha señalado que las declaraciones concretas en torno a la calidad del producto suelen ser especialmente consideradas por el público. Del mismo modo, una publicidad que para tener mayor poder de convencimiento se base en afirmaciones científicas, no se compagina con el empleo de exageraciones publicitarias<sup>797</sup>. Se pueden tener en cuenta también otros extremos relacionados con la forma de expresión del mensaje publicitario: si ha sido redactado en prosa o en verso, puesto que en este último caso resultará mucho más común y admisible que haya una exageración; si se está constituido por frases humorísticas o irónicas, que conceden un mayor espacio a la hipérbole.

Por último, cabe referirse al empleo muy reiterado en publicidad de ciertos giros, frases o adjetivos, generalmente de carácter superlativo (v.gr. "el mejor", "el más efectivo", "único", etc.). En primer lugar, la acumulación de varios adjetivos de esta naturaleza es muestra evidente de que se está efectuando un elogio altisonante del bien o servicio en cuestión. En segundo lugar, se entiende que la construcción de frases publicitarias empleando tales locuciones constituye una forma exagerada de resaltar el producto anunciado entre los demás existentes en el mercado; de todos modos, si la expresión superlativa va referida a una cualidad concreta del producto o servicio, deberá juzgarse con rigor tal aseveración, porque en tales casos el público atiende a la información facilitada, que ya no constituye una exaltación genérica de la oferta en su conjunto.

2- Tener en cuenta la *naturaleza* del producto o servicio en cuestión, o el *sector económico* al que pertenece el anunciante: en efecto, existirán ámbitos (v.gr. las especialidades farmacéuticas, alimentos, artículos técnicos, etc.), en los que no resulta admisible pensar en la existencia de exageraciones publicitarias, mientras que

---

<sup>797</sup> Vid. en este sentido la sentencia de la Cour de Paris de 26-9-1991, citada en el *Code de la consommation*, cit., art. 121-1, pág. 25; vid. también FABRE, R., *Droit de la publicité et de la promotion des ventes*, cit., marg. 82.

hay otros sectores donde son más frecuentes y aceptables las declaraciones exageradas (v. gr. espectáculos, películas cinematográficas, productos cosméticos, cigarrillos, etc.). En esta línea podemos afirmar también, tal y como hace el Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad en su Resolución de 22-12-1997 (Fundamento deontológico 3º), que cuanto más técnico sea el objeto del mensaje publicitario, resultará menos admisible la exageración publicitaria, ya que el consumidor medio carece de los conocimientos oportunos y precisos para apreciar una exageración en ese contexto; asimismo, este Jurado ha declarado, en su resolución de 25-10-2000, la inadmisibilidad de exageraciones publicitarias en relación con los medicamentos.

En relación con este parámetro, podría afirmarse que no se trata de comprobar auténticamente qué declaraciones son tomadas en serio y cuáles no, sino qué alegaciones no necesitan ser serias y cuáles deberían serlo; en este sentido, la normativa sectorial de diferentes productos, servicios o sectores económicos establecen determinadas obligaciones de informar seria y verazmente sobre concretos extremos de bienes y servicios, tal y como ocurre en el sector farmacéutico antes citado o en el ámbito de las ofertas de inversión<sup>798</sup>.

3- Tomar en consideración las *características de la empresa* anunciante, de tal modo que ha de juzgarse más severamente, en el sentido de no admitir la presencia de exageraciones, la publicidad de las empresas más grandes, conocidas y acreditadas. Se ha puesto de relieve en particular que las alegaciones relativas a la dimensión o magnitud de una empresa han de ser siempre objetivas, sin que sea admisible en tal ámbito la presencia de exageraciones.

4- Prestar atención a la índole del *medio* a través del cual se divulga la publicidad: resulta claro que cuanto mayor sea el grado de difusión del mensaje, con mayor rigor han de juzgarse las posibles exageraciones en él contenidas, del mismo modo que también han de enjuiciarse severamente las declaraciones comunicadas en catálogos.

---

<sup>798</sup> Cfr. WALTER, T., *Betrugsstrafrecht...*, cit., pág. 72-73.



5- Por último, a estos parámetros diseñados por la doctrina mercantilista se puede añadir la necesidad de tomar en consideración las especiales características del concreto *círculo de consumidores* al que se dirige el mensaje publicitario<sup>799</sup>. Como ya se ha indicado al definir la noción de consumidor medio, la capacidad de comprensión es diferente dependiendo del concreto sector de consumidores al que se dirige la publicidad, existiendo grandes diferencias, por ejemplo, entre el público infantil o el conjunto de técnicos en una determinada materia<sup>800</sup>. De este modo, la exageración publicitaria será menos admisible cuando el mensaje vaya dirigido a un público especialmente vulnerable (v.gr. niños o personas ancianas) en vez de al colectivo de consumidores en general.

En una línea próxima a las exageraciones publicitarias<sup>801</sup> se encuentran los **juicios de valor** que, sin llegar a constituir exaltaciones desmesuradas de productos o servicios, constituyen opiniones favorables a los mismos manifestadas con el objeto de resaltar sus cualidades. Resulta evidente que los juicios de valor constituyen apreciaciones de carácter subjetivo y, mientras sean identificables como tales, no podrá afirmarse en ningún caso que son objetivamente falsos (ni integrarse, por lo tanto, en el ámbito típico del art. 282 del CP)<sup>802</sup>, puesto que no se trata de afirmaciones o representaciones de la realidad sino que consisten en apreciaciones

---

<sup>799</sup> Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA, cit., marg. 569.

<sup>800</sup> Vid. supra apartado a). En relación con el público infantil, afirma el citado Informe de la Junta Nacional Sueca para Políticas de Consumo, *Los niños y la publicidad en televisión*, cit., pág. 84 y ss, la mayor influencia de la publicidad en el público infantil se debe fundamentalmente a que los niños creen literalmente el mensaje publicitario, sin comprender plenamente el propósito persuasivo de la publicidad; consecuentemente, de esta constatación podemos deducir que el público infantil no va a captar en la mayoría de los casos una exageración publicitaria, que por lo tanto resulta menos admisible en la publicidad dirigida a este círculo de destinatarios.

<sup>801</sup> Cfr. LEMA DEVESA, op. cit., pág. 88 y ss.

<sup>802</sup> Hacen referencia a la atipicidad de los juicios de valor: HERNÁNDEZ PLASENCIA, cit., marg. 1112; CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 105; MORENO Y BRAVO, cit., pág. 125-126. La primera autora citada asimila a este caso, afirmando también su atipicidad, los supuestos de frases vacías, es decir, expresiones triviales y carentes de contenido, que son simples incitaciones a la adquisición de un producto no referidas a hechos comprobables.

efectuadas por un individuo, y que por lo tanto variarán según el sujeto que las realice<sup>803</sup>.

De todos modos, se puede aceptar, como hace la doctrina alemana, que un juicio de valor puede caer bajo la órbita típica del delito de publicidad falsa si contiene alguna alegación objetivamente comprobable, es decir, si se trata de juicios apreciativos con un núcleo real y objetivo susceptible de ser comprobado<sup>804805</sup>.

### c) Integración de las conductas omisivas en el art. 282

<sup>803</sup> Como afirma FERNÁNDEZ NOVOA, C., *La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad*, cit., pág. 169-170, los juicios estimativos concernientes a cuestiones estéticas o de gusto personal constituyen expresiones publicitarias con respecto a las cuales no existen pautas objetivas para determinar su exactitud o inexactitud.

<sup>804</sup> Cfr. HERNÁNDEZ, cit., pág. 163; WALTER, cit., pág. 64-65; FUHRMANN, cit., Rn. 8; PFEIFFER, cit., pág. 209; OTTO, cit., Rn. 16; RAUBE, R., *Strafrechtliche Probleme der progressiven Kundenwerbung...*, cit., pág. 109; HORN, K., *Strafbare Werbung*, cit., pág. 51; ENDRISS, R., *Strafbare Werbung beim Vertrieb von Zeitschriften*, cit., pág. 92. Vid. en el mismo sentido, en Derecho español, CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 105; vid. también FERNÁNDEZ NOVOA, op. cit., pág. 170; en cambio, LEMA DEVESA, op. cit., pág. 115-116, considera que ningún juicio estimativo posee un contenido objetivamente comprobable.

<sup>805</sup> Debe ponerse de relieve que la presencia en la publicidad de estos dos últimos supuestos problemáticos (exageraciones publicitarias y juicios de valor) va a ser más frecuente de lo deseable, ya que la actividad publicitaria, teniendo como fin primordial incitar al consumo de bienes o servicios, suele primar su faceta persuasiva (de carácter subjetivo) sobre su faceta puramente informativa (de carácter objetivo): vid. FERRÉS, J., *Televisión subliminal*, cit., pág. 224-225; BARÓ I BALLBÉ, M.J., *La publicitat il·licita i la defensa dels consumidors*, cit., pág. 179; PINO ABAD, M., *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley de Publicidad de 1988*, cit., pág. 24; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores*, cit., pág. 207; BAJO FERNÁNDEZ, M., *Presupuestos necesarios para una eficaz protección del consumidor*, cit., pág. 18; FERNÁNDEZ NOVOA, C., *La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias*, cit., pág. 15. En esta línea también afirma VILLAFANE, J., *El deseo y la necesidad. Reflexiones en torno a la publicidad y el consumo*, en EC 1995, nº 35, pág. 14, que la comunicación publicitaria no es sólo referencial (es decir, referida a las propiedades o usos del bien o servicio) sino también simbólica (centrada en propiedades intangibles y ajenas al producto). Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, resulta claro que a veces será una tarea ardua averiguar en determinados mensajes publicitarios si existe un núcleo informativo comprobable, del cual se pueda llegar a predicar su falsedad objetiva.

Como ya se comentó con referencia al Proyecto de 1980<sup>806</sup>, no se tipifica la **modalidad omisiva** del tipo; por lo tanto, habrá que examinar si es posible integrar alguna omisión en el ámbito típico del art. 282 del CP. Se tomará aquí como base la clasificación que hace Silva Sánchez<sup>807</sup> de las omisiones: partiendo del criterio seguido por la generalidad de la doctrina, este autor efectúa una división de base entre *omisiones puras o simples* y *omisiones referidas a un resultado*, a partir de la cual realiza más subdivisiones. Dentro de las omisiones puras distingue dos clases: en primer lugar, las omisiones puras generales, cuya existencia se debe a consideraciones de solidaridad general, que pueden ser realizadas por cualquier ciudadano y, además, necesariamente han de ser objeto de tipificación expresa; y en segundo lugar, las omisiones puras de garante, que sólo pueden ser efectuadas por un determinado círculo de sujetos que ostentan una posición de responsabilidad especial, y que pueden estar expresamente tipificadas o por el contrario no ser objeto de tipificación. Por otra parte, las omisiones referidas a un resultado pueden clasificarse en omisiones “sin equivalencia comisiva” (expresamente tipificadas), “con equivalencia comisiva legalmente determinadas” y “con equivalencia comisiva legalmente indeterminadas”. Es a esta última clase de omisiones a las que cabría seguir aplicando la expresión tradicional de “comisión por omisión”, aunque la denominación propuesta por este autor facilita un entendimiento más claro: se trata de omisiones referidas a un resultado y equivalentes a la comisión que no se contemplan descritas en ningún precepto legal.

Debe tenerse presente que el art. 282 del CP es un delito de aptitud, en el cual se tipifica una conducta considerada peligrosa en abstracto, y se exige además que la realización de tal conducta implique la posibilidad de que se produzca un resultado de peligro para los bienes jurídicos de sujetos individuales. Tal configuración obliga ya a excluir la posibilidad de apreciar aquí una omisión referida a un resultado: como

---

<sup>806</sup> Vid. supra Capítulo primero B)I.

<sup>807</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona 1986, pág. 343 y ss.

se acaba de explicar, los tipos de aptitud no exigen la producción de un resultado, ni siquiera un resultado de peligro, sino simplemente la "posibilidad" de que se produzca ese resultado de peligro (es decir, verificar si ha sido posible un contacto entre la publicidad y el consumidor, a consecuencia del cual hubiera podido derivarse un peligro efectivo para los patrimonios individuales)<sup>808</sup>.

Por lo tanto, atendiendo ahora a las omisiones puras o simples, y teniendo en cuenta que no se recoge en el precepto ninguna modalidad omisiva, sólo cabría considerar si es posible realizar en el ámbito del art. 282 una omisión pura de garante no tipificada expresamente. Sin embargo, tal posibilidad no resulta viable ya que en el desarrollo de la actividad publicitaria **no existe un deber general de información a cargo del anunciante**. En este sentido Lema Devesa, uno de los principales especialistas en Derecho de la publicidad, ha afirmado que no puede exigirse al anunciante que consigne escrupulosamente en sus mensajes publicitarios todas las ventajas y desventajas de sus productos y servicios<sup>809</sup>; en otras palabras, los oferentes no tienen el deber de garantizar una información completa sobre lo que introducen en el mercado<sup>810</sup>.

De todas formas, a pesar de la inexistencia de este deber general de ofrecer una información exhaustiva, **existe alguna normativa específica que exige la**

---

<sup>808</sup> Por este motivo, no se puede diferenciar en el delito de publicidad falsa entre omisiones que se integran en actos concluyentes (vid. infra en este mismo apartado) y supuestos de equivalencia normativa entre comisión y omisión en el sentido del art. 11 del CP, tal y como hace SÁNCHEZ GARCÍA, op. cit., marg. 568.

<sup>809</sup> Cfr. LEMA DEVESA, C., *La publicidad engañosa en el moderno Derecho español*, cit., pág. 874; cfr. también en el mismo sentido entre la doctrina mercantilista FERNÁNDEZ NOVOA, C. *La regulación de la publicidad engañosa y desleal en la CEE*, en Estudios de Derecho de la publicidad, cit., pág. 274; TATO PLAZA, A., *Primeras aproximaciones de la jurisprudencia española a la figura de la publicidad engañosa por omisión: el caso Barclays*, cit., pág. 11753-11754. Manifiestan expresamente la misma opinión entre la doctrina penalista MAPELLI CAFFARENA, op. cit., pág. 71; HERNÁNDEZ PLASENCIA, op. cit., marg. 1114.

<sup>810</sup> Así lo afirma en la doctrina alemana HERNÁNDEZ, cit., pág. 243 y 270; cfr. también FUHRMANN, cit., Rn. 13; GREBING, G., *Strafrecht und unlauterer Wettbewerb*, cit., pág. 86; TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, cit., pág. 35. En relación con el Derecho francés, vid. GREFFE / GREFFE, *La publicité et la loi*, cit., marg. 707.

**mención de determinados extremos en la publicidad de concretos productos o servicios.** Así, cabe citar como ejemplos el R.D. 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano, o el R.D. 414/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan los productos sanitarios, que establecen unas menciones mínimas en la publicidad referida a medicamentos y a productos de carácter sanitario, respectivamente<sup>811</sup>. Se configuran así deberes jurídicos de información referentes a extremos concretos cuya omisión impide obtener una imagen real y objetiva del bien o servicio de que se trate; puede ponerse como ejemplo concreto el ya citado R.D. 414/1996, por el que se regulan los productos sanitarios, cuyo art. 29.5 establece la obligación de indicar en su publicidad las contraindicaciones y posibles efectos secundarios que puedan derivarse del uso de tales productos.

Especial mención merece la existencia de específicos deberes de información en el ámbito de los *títulos-valores*: así, el art. 28 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, establece un conjunto de menciones obligatorias en los folletos informativos que han de facilitar las entidades emisoras de valores; por otra parte, el art. 43 de la misma Ley, en relación con los mercados secundarios oficiales de valores, establece que la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Banco de España o los organismos rectores de los mercados determinarán, dentro de unos límites que se formularían reglamentariamente, el contenido de la información que se ha de facilitar al público en relación con los valores negociados. El contenido del art. 28 de la citada Ley es desarrollado por el RD 291/1992, de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de venta de valores, cuyos arts. 18-20 prescriben el contenido obligatorio del folleto informativo emitido por la entidad, con el objeto de que el público posea los datos necesarios para formarse un juicio completo sobre la oferta de valores.

De todos modos, cabría plantearse aún si la omisión de estas menciones legalmente obligatorias va a ser siempre relevante a efectos penales, es decir, si va a consistir en un acto concluyente de emisión de un mensaje publicitario falso en su

---

<sup>811</sup> Puede consultarse la amplia recopilación de normativa específica sobre esta cuestión en LEMA DEVESA / GÓMEZ MONTERO, *Código de Publicidad*, cit.

conjunto, no acorde con la realidad. Esta cuestión ha sido planteada por alguna doctrina mercantilista, la cual se decanta por considerar que **la omisión de menciones legales que son de conocimiento muy general no es apta para engañar a los consumidores**<sup>812</sup>; es decir, en tales supuestos no se llegaría a dar una imagen del bien o servicio discordante con la realidad. Así, Tato Plaza ha ofrecido como ejemplo de estos casos la mención obligatoria, en los anuncios de cigarrillos, de que el tabaco resulta perjudicial para la salud; según este autor, a estas alturas resulta sobradamente conocida la dañosidad del tabaco, con lo cual la omisión de tal circunstancia no supondría un riesgo de engaño para el público destinatario<sup>813</sup>.

El tratamiento de estos últimos supuestos en el ámbito del art. 282 del CP puede conectarse con el requisito de aptitud para causar un perjuicio económico. Puede resultar claro que, con la omisión de las menciones exigidas legalmente, el bien o servicio se anuncian falsamente, apareciendo de forma objetivamente distinta a lo que son en realidad; sin embargo, siendo muy evidente que la circunstancia omitida es de conocimiento general, puede afirmarse que el público no va a ser engañado y, por tanto, **el anuncio no es apto para perjudicar económicamente a los consumidores.**

En fin, nos encontramos con que no existe un deber general de información a cargo del anunciante; por otra parte, hemos comprobado que las obligaciones sectoriales de información no van a fundamentar en todos los casos un deber de comunicación de determinados elementos de un bien o servicio, sino que habrá que valorar e interpretar, en cada caso concreto, si realmente existen razones de peso que fundamenten la responsabilidad penal del anunciante por la omisión de las menciones obligatorias según la legislación sectorial.

Lo que se deduce de lo anterior, y puede convertirse en criterio general para el tema del tratamiento de las omisiones, es que una determinada omisión podría

---

<sup>812</sup> Cfr. FERNÁNDEZ NOVOA, C., *La regulación de la publicidad engañosa y desleal en la CEE*, cit., pág. 274. Vid. también TATO PLAZA, A., *Primeras aproximaciones de la jurisprudencia española...*, cit., pág. 11757.

<sup>813</sup> Cfr. TATO PLAZA, *ibidem*, nota 30.

encuadrarse en un tipo penal si, mediante una interpretación de este último, se llega a la conclusión de que posee el mismo significado que la acción comisiva legalmente tipificada. Esta es además la vía que, según Silva Sánchez, habría que seguir para integrar una omisión en un delito de mera actividad, como es el art. 282 del CP: como dice este autor, se trataría de aquellos supuestos en que, “aunque esa presunta ‘modalidad omisiva’ no aparezca expresamente tipificada, parece posible encuadrarla en el tipo por interpretación del mismo”<sup>814</sup>; como continúa diciendo este autor, “la ‘presunta modalidad omisiva’ lesiona, en idéntica medida que la activa, los bienes jurídicos protegidos en los correspondientes tipos. Ello impide hablar, a tal respecto, de la concurrencia de una realización típica omisiva. [...]”<sup>815</sup>.

Así, puede afirmarse en relación con este art. 282 del CP que los casos en que el silencio posee un indudable contenido de significado no pueden equipararse con una mera omisión, sino que se trata de una conducta activa, una **conducta de "silencio en determinadas circunstancias"**<sup>816</sup>; las omisiones del sujeto activo sólo serán relevantes en la medida en que se integren en una **acción concluyente que se corresponda con la conducta típicamente determinada**<sup>817</sup>. Concretando más, aquí estaríamos ante supuestos en los que la omisión de uno o varios puntos determinados posea un significado inequívoco en el contexto de la publicidad, es decir: los datos omitidos son de tal relevancia que sin su presencia el producto o servicio aparecen de un modo objetivamente distinto de lo que son en la realidad; así, las alegaciones publicitarias que omiten tal información pueden reputarse objetiva y esencialmente falsas.

Sin embargo, en tal caso no estaríamos ya ante una simple omisión, sino ante un **acto concluyente positivo**: se silencian determinadas menciones, pero lo que

---

<sup>814</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, op. cit., pág. 352.

<sup>815</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, op. cit., pág. 354.

<sup>816</sup> Emplean esta expresión al referirse a los casos de “engaño mediante silencio” en la estafa VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., pág. 174 y ss; SILVA SÁNCHEZ, cit., pág. 358-359.

<sup>817</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, cit., 357, nota 317; VALLE MUÑIZ, cit., pág. 181-183.

cobra relevancia desde una perspectiva típica no es esta concreta omisión, sino la acción concluyente que supone toda la actividad publicitaria en su conjunto (el silencio de unos datos integrado en la manifestación de otros datos de un producto o servicio); por lo tanto, seguiríamos en el marco de un delito de acción<sup>818</sup>.

En el mismo sentido, la doctrina alemana ha considerado que en los supuestos aquí tratados no se produce realmente una omisión, sino un acto concluyente positivo; además, gran parte de la doctrina se inclina por considerar suficiente que se omitan circunstancias esenciales del bien o servicio, de tal modo que en el mensaje publicitario no se va a transmitir el auténtico contenido de la oferta<sup>819</sup>. Si bien en principio podría seguirse esta línea y considerar como un acto concluyente positivo la *omisión de características esenciales de los bienes o servicios*, surge aquí la

---

<sup>818</sup> Cfr. MORENO Y BRAVO, cit., pág. 126; CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 119-120; MAPELLI CAFFARENA, cit., pág. 71; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 100; el mismo, en *Comentarios al CP de 1995*, cit., pág. 1373; MUÑAGORRI LAGUÍA, cit., pág. 107-108; TAMARIT SUMALLA, J.M., *La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria*, cit., pág. 340-341.

QUERALT JIMÉNEZ, por su parte, acude al art. 4 de la LGP para justificar la inclusión en el tipo de las conductas omisivas: cfr. *Curso de Derecho penal español*, cit., pág. 600. El párrafo 2º de este artículo dice que "es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios". Así, este autor opina con respecto al art. 282 que "la publicidad que aquí queda sometida a pena será aquella que consista 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 de aspectos comerciales del mismo"; como reconoce anteriormente, la "ocultación de información" sólo cabría, forzando la letra de la Ley, en la variante de describir características inciertas. Sin embargo, como se acaba de explicar, tal ocultación sólo cabría en el tipo si constituye un "acto concluyente positivo" en el sentido mencionado; así, un ocultamiento de información que no alcance la suficiente relevancia no podrá considerarse típico.

Por último, hay autores que, aun considerando conveniente la incriminación de los comportamientos omisivos, los excluyen del art. 282 debido al significado positivo de los verbos "hacer" y "manifestar"; así, SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Compendio de Derecho penal*, cit., pág. 544; CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal. PE*, cit., pág. 525.

<sup>819</sup> Vid. BAUMBACH / HEFERMEHL, cit., Rn. 8; GREBING, G., *Strafrecht und unlauterer Wettbewerb*, cit., pág. 87; LAMPE, E.J., *Ist es für einen wirksamen Verbraucherschutz...*, cit., pág. 8. Vid. también FUHRMANN, cit., Rn. 11 y 13, quien afirma que para considerar como un acto positivo la omisión de determinadas circunstancias, éstas deben ser esenciales en el producto o servicio ofertados, es decir, deben poseer la suficiente relevancia como para influir en la decisión del consumidor.



dificultad, que también se plantea la doctrina alemana<sup>820</sup>, de determinar qué concretos caracteres presentan el requisito de esencialidad.

Para solucionar esta cuestión, puede ser útil acudir a la distinción que ha hecho alguna doctrina mercantilista entre *alegaciones publicitarias incompletas* y omisiones en sentido estricto. El primer caso se daría cuando en un mensaje publicitario se dan a conocer unas determinadas características de un producto o servicio, y alguno de tales caracteres se toca sólo en parte, exponiéndose de forma incompleta; en tales casos es bastante probable que el consumidor, al no ser consciente de que se está ofreciendo una información parcial, se lleve una imagen de la característica señalada que no se corresponde con la realidad, generándose así una falsa impresión del bien o servicio publicitados<sup>821</sup>. Este supuesto de alegaciones publicitarias incompletas lo encontramos, por ejemplo, en el caso que resuelve la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 51 de Madrid, de 4-5-1995, que se trataba de un anuncio en que una entidad bancaria promocionaba un nuevo producto financiero con un rendimiento creciente anual sin mencionar el saldo mínimo necesario para acceder a ese rendimiento<sup>822</sup>; otro ejemplo estaría constituido por la sentencia de la AP de Málaga de 14-10-1998, que versa sobre un anuncio en el que se publicitaba un seguro de accidentes, omitiendo una serie de restricciones esenciales en su cobertura<sup>823</sup>.

---

<sup>820</sup> Vid. LAMPE, ibidem, quien especifica que para determinar cuándo la omisión de determinados datos supone una contradicción con la realidad de los hechos y por lo tanto se equipara a un acto positivo, o dicho de otra forma, cuándo una publicidad que omita determinadas circunstancias resulta falsa e idónea para inducir a error (tal y como exige el art. 4 de la UWG), hay que atender a la interpretación que el público efectúa del mensaje publicitario en cuestión.

<sup>821</sup> Cfr. TATO PLAZA, A., *Primeras aproximaciones de la jurisprudencia española...*, cit., pág. 11755.

<sup>822</sup> Vid. TATO PLAZA, op. cit., pág. 11759-11761.

<sup>823</sup> Puede citarse además un buen número de resoluciones del Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad, donde se trata la importante cuestión de las omisiones en publicidad: así, entre otras, la resolución de 11-3-1997 (asunto Telenovedades 2000), de 22-12-1997 (asunto Gas Natural), de 25-3-1999 (asunto CEDE), de 7-3-2000 (asunto Caprabo), de 11-5-2000 (asunto RSL Communications Spain, Aló), y de 19-6-2000 (asunto Retevisión Móvil, Amena). Vid. también tratando este tema de la omisión

Se trataría aquí (en relación con el art. 282 del CP) de aquellos supuestos en que, al mencionar en la publicidad una concreta circunstancia, se omiten matices tan importantes de la misma que así aparece al público de forma objetivamente distinta de lo que es en la realidad; siempre que se produzca este efecto, cabría afirmar que la emisión de alegaciones publicitarias incompletas constituye un acto positivo de publicidad falsa. En este sentido se halla la afirmación de Fernández Novoa de que “únicamente cabe exigir al anunciante que desvele afirmativamente las limitaciones o excepciones de una alegación publicitaria concreta”,<sup>824</sup>. Precisamente en esta misma línea se ha manifestado la doctrina extranjera en relación con el delito de publicidad engañosa: así, autores franceses han dicho que para sancionar penalmente una omisión de datos en un mensaje publicitario, aquélla ha de referirse a aspectos esenciales de los bienes o servicios<sup>825</sup>; por otra parte también algún autor en la doctrina alemana ha afirmado que, cuando se omiten circunstancias que guardan una relación muy estrecha con las manifestadas en la publicidad, este silencio va a provocar que el mensaje expresado constituya una "media verdad", con lo cual podría afirmarse que constituye una declaración falsa<sup>826</sup>.

Las *omisiones en sentido estricto*, en cambio, consisten en que se guarda silencio absoluto sobre una determinada cuestión. En tales casos no podría llegar a hablarse de falsedad puesto que lo realmente emitido no presenta discordancia alguna con los hechos. En todo caso, lo que se cuestiona en el ámbito mercantil es si el consumidor medio, a pesar del silencio, se puede formar en determinados supuestos

---

la STS de 8-5-1997.

<sup>824</sup> Cfr. FERNÁNDEZ NOVOA, C., *La regulación de la publicidad engañosa y desleal en la CEE*, en Estudios de Derecho de la Publicidad, cit., pág. 275.

<sup>825</sup> Cfr. FOURGOUX / MIHAILOV / JEANNIN, *Principes et pratique du Droit de la consommation*, cit., F9.

<sup>826</sup> Cfr. HERNÁNDEZ, cit., pág. 232-233; PFEIFFER, G., *Strafbare Werbung*, cit., pág. 210. Cfr. en la doctrina española CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 120; también GONZÁLEZ RUS, *Curso de Derecho penal español*, cit., pág. 808, que considera típica aquella omisión referida a datos del producto o servicio que contradigan el contenido de la actividad publicitaria, haciéndola falsa; se está refiriendo a la "letra pequeña", que contiene datos omitidos en el mensaje publicitario en sí y que contradicen o varían la comunicación contenida en el mensaje principal.

una opinión o determinadas expectativas en torno a la característica silenciada; sin embargo, en tales casos en principio no se podría hablar de falsedad en sentido estricto, sino que se trataría de mensajes verdaderos que por la omisión de ciertos datos pueden resultar engañosos<sup>827</sup>. El único supuesto de omisiones en sentido estricto que podrían dar lugar a una falsedad relevante penalmente sería aquel que pudiera equivaler al anterior supuesto de alegaciones publicitarias incompletas; es decir, cuando el tema sobre el que se guarda silencio absoluto fuera tan importante y determinante de la esencia de los bienes o servicios, que resultase imprescindible su mención para ofrecer una imagen de los mismos verdaderamente acorde con la realidad.

Puede apreciarse entonces que nos encontramos ante una cuestión eminentemente valorativa y que puede suscitar arduos problemas de interpretación, teniendo en cuenta, además, la inseguridad jurídica y posible vulneración del principio de intervención mínima que podrían resultar de una errónea delimitación de las circunstancias esenciales de un bien o servicio. Consciente de este problema, ya hace años un especialista en Derecho de la publicidad, Fernández Novoa, se manifestaba a favor de la existencia de un deber de información del anunciante con respecto a los datos esenciales del producto o servicio<sup>828</sup>; asimismo, en la doctrina alemana Tiedemann habla de la existencia del deber del anunciante de comunicar en la publicidad las características esenciales del bien o servicio, derivado de las exigencias de la buena fe<sup>829</sup>.

Quizás en esta línea se ha querido ver en el art. 13 de la LGDCU un deber general de información para cualquier producto o servicio, referido a datos que permiten una caracterización general de las ofertas en el mercado. Así, concretamente este precepto establece que "los bienes, productos y, en su caso,

---

<sup>827</sup> Cfr. TATO PLAZA, A., *Primeras aproximaciones...*, cit., pág. 11756-11759. Cfr. en la doctrina penalista CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 120.

<sup>828</sup> Cfr. FERNÁNDEZ NOVOA, C., *Actuales tendencias del Derecho de la publicidad*, en Estudios de Derecho de la publicidad, cit., pág. 334 y ss.

<sup>829</sup> Cfr. TIEDEMANN, K., *Stand, Entwicklung und Reform des Wettbewerbsrechts*, cit., pág. 41-42.

los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, y al menos sobre las siguientes: a) Origen, naturaleza, composición y finalidad. b) Aditivos autorizados que, en su caso, lleven incorporados. c) Calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial si la tienen<sup>830</sup>. d) Precio completo o presupuesto, en su caso, y condiciones jurídicas y económicas de adquisición o utilización, indicando con claridad y de manera diferenciada el precio del producto o servicio y el importe de los incrementos o descuentos en su caso, y de los costes adicionales por servicios, accesorios, financiación, aplazamiento o similares. e) Fecha de producción o suministro, plazo recomendado para el uso o consumo o fecha de caducidad. f) Instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles<sup>831</sup>.

Indudablemente en este art. 13 se recogen extremos especialmente importantes de los bienes o servicios, de los cuales debe ofrecerse una información completa a los consumidores; no obstante, su mera omisión no tiene

---

<sup>830</sup> En relación con las omisiones relativas a la denominación del producto, es destacable la Resolución del Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad de 19-3-1997, en la que se ordena el cese de una publicidad de un preparado lácteo en la que no se mencionaba esta identificación con el objeto de equipararlo a leche auténtica.

<sup>831</sup> Esta postura es defendida por MAPELLI CAFFARENA, cit., pág. 71-73. Afirma este autor que no importa que el dato omitido sea especialmente relevante, sino que lo decisivo es si la omisión del mismo induce o puede inducir a un error que origine un perjuicio grave y manifiesto. Sin embargo, como él mismo continúa diciendo, tal omisión debe constituir la infracción de un deber jurídico extraído del citado art. 13 de la LGDCU o de la normativa sectorial específica, y realmente puede afirmarse que las menciones obligatorias establecidas por estas normas se refieren a datos verdaderamente relevantes y esenciales de los productos o servicios.

Por otra parte, MORENO CÁNOVES / RUIZ MARCO, op. cit., pág. 171, extraen del art. 8.1 de la LGDCU (del que se desprende la obligación de veracidad en la publicidad) y del art. 4 de la LGP (que prescribe el ilícito de publicidad engañosa) un especial deber jurídico de comunicar en la publicidad todos los datos fundamentales que puedan condicionar el comportamiento económico y social del consumidor. Sin embargo, paradójicamente estos autores rechazan que tal deber pueda fundamentar la existencia de un acto concluyente positivo cuando se silencian datos esenciales de los productos o servicios: consideran que la redacción del art. 282 no permite incluir en el tipo las conductas omisivas, ya que ni se tipifica una omisión pura ni se exige un resultado que se pudiera imputar a una eventual actuación omisiva.

por qué ser decisiva para dar lugar a una imagen objetivamente falsa de la oferta. Así, por ejemplo, si bien la fecha de producción puede ser un dato muy relevante en relación con los productos alimenticios, su simple omisión no origina automáticamente una falsa imagen del bien ofrecido, ya que el consumidor es consciente de que falta esa información, y esta mera ausencia no modifica la apariencia del resto de características de la oferta.

A este respecto es importante señalar que *diversos autores se muestran escépticos ante la posibilidad de apreciar algún tipo de deber de comunicación a cargo del anunciante, por lo cual concluyen que nunca va a ser posible incluir en el ámbito típico del delito de publicidad falsa ninguna clase de omisión*. Así, en la doctrina alemana Tilmann<sup>832</sup> no acepta esta posibilidad porque considera que el art. 4 de la UWG (que recoge el delito de publicidad engañosa) no está destinado a garantizar la emisión de una información completa a los consumidores sobre lo que se oferta en el mercado; ni tampoco, como dice Gribkowsky, existe un deber de lealtad y buena fe de los oferentes con respecto a los demandantes. Este último deber quizás podría existir, como dice el mismo autor, en algunos casos aislados en que existe una especial relación de confianza entre el comerciante y el consumidor; por ejemplo, en los supuestos de envío de publicidad por correspondencia a la clientela fija de un establecimiento<sup>833</sup>.

Resumiendo, entonces, cabe decir que, para considerar integrada la omisión de ciertos datos dentro de un “acto concluyente positivo” de “emisión de publicidad objetivamente falsa”, no queda más remedio que interpretar cuidadosamente cada caso concreto; sólo así se podrá determinar la esencialidad del dato o omitido en la definición del bien o servicio específico, y asimismo juzgar si tal dato guarda una relación con el resto de manifestaciones efectuadas lo bastante estrecha como para provocar que su omisión dé lugar a una imagen objetivamente distinta de lo que es el producto o servicio en la realidad.

---

<sup>832</sup> Cfr. TILMANN, W., *Irreführende Werbeangaben und täuschende Werbung*, cit., pág. 555.

<sup>833</sup> Cfr. GRIBKOWSKY, G., *Strafbare Werbung*, cit., pág. 58.

#### 4. Elemento de aptitud

El tipo del art. 282 no se completa con la simple realización de la conducta falsaria, puesto que esta acción ha de presentar una idoneidad lesiva, ha de constituir un comportamiento objetivamente idóneo para causar un daño económico<sup>834</sup>: "de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores"<sup>835</sup>. Se ha configurado así un **delito de aptitud o de peligro hipotético**<sup>836</sup>: *se exige la*

---

<sup>834</sup> Cfr. MORENO Y BRAVO, cit., pág. 52-53; BAJO / BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, cit., pág. 550-551; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 100; SUÁREZ GONZÁLEZ, cit., pág. 544; MORENO CÁNOVES / RUIZ MARCO, cit., pág. 169.

Existe un grupo de autores que afirma que el posible perjuicio no tiene por qué ser sólo de carácter económico, sino que también incluye el daño potencial a la salud; cfr. SUÁREZ GONZÁLEZ, cit., pág. 544; GÓMEZ RIVERO, cit., pág. 1233; QUERALT JIMÉNEZ, cit., pág. 600-601.

<sup>835</sup> El Proyecto de Código Penal de 1994, que fue la base del Texto aprobado en 1995, utilizaba los términos siguientes: "de modo que puedan perjudicar notablemente a los consumidores". La expresión empleada en el Proyecto de 1994 era la misma que aparecía en el de 1992, con una única variación consistente en sustituir el adverbio "notoriamente" por "notablemente" (esta sustitución había sido ya sugerida en el *Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal de 1992 del Consejo General del Poder Judicial*, cit., pág. 748). De todos modos, el nuevo adverbio "notablemente" fue criticado por el Grupo Parlamentario Catalán debido a su indeterminación, y propuso en la enmienda nº 1147 utilizar la expresión "de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores", siendo esta frase la que se ha recogido finalmente en el Texto actual.

<sup>836</sup> Así lo afirman expresamente MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 100; MAPELLI CAFFARENA, cit., pág. 76; MUÑAGORRI LAGUÍA, cit., pág. 101; VALLE MUÑIZ, cit., pág. 1301-1302; MUÑOZ CONDE, cit., pág. 486; CARBONELL MATEU, cit., pág. 524; SÁNCHEZ GARCÍA, cit., marg. 569.

Manifiestan una opinión diferente, considerando al art. 282 como un delito de peligro concreto: CUERDA RIEZU, cit., pág. 73. Según este autor, no basta con constatar la posibilidad del peligro sino que debe producirse efectivamente un peligro concreto, retrasando la consumación del delito al momento en que se ha producido un convencimiento erróneo en sujetos concretos que han tenido en cuenta la publicidad y se disponen ya a contratar. Sin embargo, como manifiesta MUÑAGORRI LAGUÍA, cit., pág. 117, la constatación de que se ha llegado a tal situación resulta sumamente difícil de probar y el

*posibilidad de un resultado de peligro*. No basta, por supuesto, una mera sospecha o suposición de que ha existido un peligro para el bien jurídico protegido, sino que debe verificarse que se ha dado una auténtica posibilidad de producción de tal peligro; para ello, hay que constatar mediante un juicio “ex post” el perjuicio que lo anunciado u ofertado “pudo” entrañar para los consumidores<sup>837</sup>.

Por lo tanto, no sólo se ha de verificar la falsedad objetiva de la manifestación publicitaria, sino que también debe comprobarse si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre la falsa publicidad y el patrimonio o la libertad de disposición económica de los consumidores<sup>838</sup>; como ulterior restricción, el posible perjuicio ha de ser “grave y manifiesto”. De este modo, se restringe el círculo de conductas que tendrían cabida dentro de este precepto, y se establece la frontera entre el delito de publicidad falsa y los engaños publicitarios que, por no presentar la comentada idoneidad lesiva, constituyen ilícitos civiles o administrativos<sup>839</sup>; además, como puntualiza Gómez Rivero, la previsión de este elemento de aptitud excluye del tipo el posible perjuicio que viniera referido únicamente a la frustración de expectativas del consumidor que no tienen traducción económica, sino que constituyen meros alicientes para la adquisición del producto o servicio<sup>840</sup>. Así, esta técnica de tipificación resulta en abstracto correcta, pero la redacción concreta de esta

---

precepto carecería de virtualidad práctica. Efectivamente, es la imposibilidad de determinar con precisión el número de consumidores que pueden ver en peligro su patrimonio uno de los motivos que justifica el empleo de los tipos de peligro hipotético.

<sup>837</sup> Vid. más extensamente sobre la estructura de los delitos de aptitud supra Primera parte, Capítulo segundo, epígrafe II.4.

<sup>838</sup> Como acertadamente afirma SILVA SÁNCHEZ, J.M., en *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica* (Salvador Coderch, P. / Silva Sánchez, J.M.), Civitas, Madrid 1999, pág. 144, “las inveracidades de los particulares [...] sólo se sancionan penalmente si es posible imputarles la producción de un perjuicio o, al menos, el riesgo del mismo”.

<sup>839</sup> Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, cit., pág. 79-80; SÁNCHEZ GARCÍA, cit., marg. 567.

<sup>840</sup> Cfr. GÓMEZ RIVERO, cit., pág. 1233 y nota 21.

cláusula no presenta el grado de taxatividad suficiente para delimitar claramente las conductas que caen bajo la órbita penal<sup>841</sup>.

En primer lugar, ¿cuál es la pauta para decidir si el engaño derivado de la falsedad publicitaria ha sido lo suficientemente relevante como para considerarlo "idóneo para causar un perjuicio"? Aunque el engaño y la posibilidad de aparición de un perjuicio han de afectar a los consumidores, en principio no podemos tomar a éstos como punto de partida a la hora de determinar el significado de estos dos conceptos. Esto sería posible en delitos como la estafa, en el cual el sujeto activo ha de utilizar "engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno". En este caso, al ser un sujeto concreto la víctima del delito, la relevancia que debe poseer el engaño para inducir al acto de perjuicio patrimonial será determinada en función de cada sujeto pasivo; a su vez, el perjuicio patrimonial producido debe ser resultado del acto de disposición efectuado a consecuencia del engaño<sup>842</sup>. Sin embargo, en el delito de publicidad falsa no se da la misma correlación porque, al ser el sujeto pasivo de carácter difuso (el colectivo de consumidores), no es posible establecer un nexo psicológico entre el engaño y su víctima, y además tampoco se exige la causación de un perjuicio como consecuencia del engaño, sino únicamente la posibilidad de que ese perjuicio se cause.

Ante estas consideraciones surge la dificultad de establecer cuándo las manifestaciones publicitarias objetivamente falsas son idóneas para causar un perjuicio<sup>843</sup>. Sin embargo, y atendiendo a la primera dificultad mencionada (la

---

<sup>841</sup> Cfr. CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 108; VALLE MUÑIZ, cit., pág. 1301.

<sup>842</sup> Vid. por todos PÉREZ MANZANO, M., en *Compendio de Derecho penal (PE)*, cit., pág. 443 y ss.

<sup>843</sup> Siempre que, como ahora se verá, se tomen las cautelas necesarias para sancionar únicamente los supuestos de publicidad falsa más graves y más peligrosos para el patrimonio de los consumidores, resulta patente que la publicidad es un medio que presenta aptitud para producir múltiples daños económicos, ya que pone al producto o servicio anunciados en contacto masivo con los consumidores, lo cual aproxima el posible perjuicio y amplía el ámbito de los posibles perjudicados; cfr. MUÑAGORRI LAGUÍA, cit., pág. 116.



existencia de un sujeto pasivo difuso), podría valorarse el engaño, determinarse la relevancia y efectividad del mensaje falso, atendiendo no a una o varias víctimas concretas, sino al ya mencionado "consumidor medio", como categoría genérica, concepto que además podrá ser fácilmente definido en los supuestos en que la publicidad se dirija a un círculo específico y muy determinado de consumidores, o en los casos de la publicidad efectuada en visitas a domicilio<sup>844</sup>; es decir, se trata de atender a las particularidades que objetivamente presenta el círculo de consumidores (que puede ser el colectivo general de los mismos o sólo un grupo determinado, como el público infantil o el conjunto de técnicos en una profesión concreta) a los que se dirige la publicidad<sup>845</sup>.

Precisamente las características y concretas circunstancias que rodean al sujeto pasivo han sido puestas de relieve en la sentencia de la AP de Castellón de 18-10-2000, que condenó por estafa, intrusismo y delito contra la salud pública a un individuo que, tras difundir publicidad en la que afirmaba que curaba el cáncer, montó una clínica en la que administraba, a cambio de un precio elevado, el falso medicamento curativo que estaba compuesto por dos sustancias totalmente inocuas (suero y urea). El Tribunal atendió, en la valoración del engaño, a las concretas condiciones de los sujetos pasivos, que no sólo no poseían conocimientos de Medicina, sino que además se trataba de personas desesperadas y desahuciadas por su enfermedad, con lo cual eran muy vulnerables frente a cualquier mensaje que sugiriese la posibilidad de curación. Realmente, los hechos enjuiciados en esta sentencia podrían integrarse sin obstáculo alguno en el art. 282 del CP, ya que la publicidad emitida por el falso oncólogo contenía datos inveraces que

---

<sup>844</sup> Cfr. CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 109; MAPELLI CAFFARENA, cit., pág. 76.

<sup>845</sup> Cfr. CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 109; SÁNCHEZ GARCÍA, cit., marg. 569. Vid. la configuración detallada del consumidor medio supra epígrafe 3.a).

En la doctrina alemana puede encontrarse algún autor que define también objetivamente este requisito de aptitud, que en el art. 4 de la UWG consiste en "aptitud para inducir a error": según HERNÁNDEZ, cit., pág. 221, la mencionada aptitud sólo la presentan aquellas actuaciones (en el ámbito de la publicidad) que son consideradas en el tráfico como motivos "normales y justificados" de un error, es decir, aquellas declaraciones publicitarias que, según la interpretación general, llevan a un error como consecuencia lógica.

indudablemente presentaban aptitud para causar daños económicos a los consumidores, que de hecho fue lo que ocurrió en la realidad.

A pesar de lo dicho hasta ahora, debe advertirse que este parámetro del “consumidor medio” no ha de adoptarse con carácter absoluto, sino que es un criterio más de referencia, que ha de valorarse conjuntamente con otras pautas que se ofrecerán a continuación. Para ejemplificar lo que se acaba de decir, cabe tomar como ejemplo la sentencia de la AP de Sevilla de 9-12-1998, que absuelve del delito de estafa al administrador y al médico de una empresa que ofrecía en su publicidad planes de tratamiento para la obesidad y la celulitis. En gran parte de los mensajes publicitarios sólo se hacía referencia al empleo de cremas y a la realización de gimnasia pasiva para conseguir adelgazar o eliminar la celulitis, omitiéndose cualquier referencia a las dietas alimenticias que luego, una vez pagado el servicio, eran prescritas por el médico de la empresa. Según el Tribunal no se verifica aquí una estafa porque la falsedad publicitaria referida no constituye engaño bastante: se afirma en el Fundamento Jurídico 7º que cualquier persona, sin especial cualificación intelectual, debe suponer como necesario el seguimiento de una dieta alimenticia para poder adelgazar.

Lo que se pretende poner aquí de relieve es que la atención al criterio del “consumidor medio” no puede llevar a presuponer lo que sabe o desconoce la mayoría de los consumidores. Además, y como se ha dicho en un párrafo anterior, los conocimientos poseídos por el “consumidor medio” serán más fácilmente determinables cuando la publicidad vaya dirigida a un círculo muy específico de consumidores, pero no cuando sea difundida entre el público en general. Precisamente el hecho de que un mensaje se dirija al conjunto global de los consumidores determina que, dada la heterogeneidad y amplitud de este colectivo, va a existir un número importante de sujetos que no son especialmente cautos ni poseen un grado aceptable de discernimiento.

En relación con el caso enjuiciado por la AP de Sevilla, y al margen de que no se den los requisitos de un delito de estafa, si tales hechos se hubiesen desarrollado bajo la vigencia del actual Código penal sí podría verificarse un delito de publicidad falsa, puesto que nos encontramos con un mensaje objetivamente falso (se omite un

dato esencial en los planes de tratamiento: la necesidad de seguir una dieta alimenticia) que realmente es apto para perjudicar económicamente a los consumidores. Puede afirmarse que se verifica este requisito de idoneidad lesiva ya que no puede constatarse que cualquier persona pensará que, aunque la publicidad nada diga al respecto, sí va a necesitar un plan alimenticio; además, están presentes aquí otros elementos que, como a continuación se expondrá, dotan de contenido a la mencionada "aptitud lesiva" de la publicidad falsa: así, por ejemplo, el importante coste del servicio ofrecido (que además debía pagarse por adelantado) o el hecho de que el mensaje alcanzaba una gran difusión<sup>846</sup>.

En cuanto a la dificultad de fijar la relevancia de un perjuicio económico que no tiene por qué producirse (basta la mera posibilidad de su causación), hay que señalar que el propio art. 282 intenta solucionar este problema estableciendo que tal perjuicio posible ha de ser "grave y manifiesto"; sin embargo, estos dos calificativos no aportan una solución clara.

En primer lugar, el adjetivo "grave" significa "grande, de mucha entidad o importancia", con lo cual volvemos al problema de demostrar las apreciaciones subjetivas, porque ¿dónde está la barrera entre lo que es importante y lo que no lo es?. Si se quiere dotar de contenido a este requisito de aptitud y eliminar del tipo las conductas de lesividad mínima, lo más correcto es, como sugería la doctrina con respecto a los Proyectos anteriores, emplear recursos de carácter objetivo; por ejemplo, delimitar el objeto material de manera similar a los Proyectos de 1980 y

---

<sup>846</sup> Enjuiciaba un caso muy similar la sentencia de la AP de Zaragoza de 2-12-1998, dictando también una sentencia absolutoria por un delito de estafa. No obstante, en este supuesto no se podría apreciar el delito del artículo 282 del CP, ya que la publicidad enjuiciada mencionaba siempre los tres requisitos del plan de adelgazamiento: aplicación de geles, gimnasia pasiva y dieta alimenticia. La actuación del anunciante consistía en hacer hincapié sobre los dos primeros elementos, restándole importancia al plan alimenticio; por consiguiente, en este supuesto no puede hablarse de falsedad publicitaria, ya que objetivamente se mencionan todos los datos relativos al tratamiento ofrecido.

1983, así sólo tendrían relevancia penal las declaraciones falsas que recayesen sobre características esenciales de los productos o servicios<sup>847</sup>.

A falta de esta previsión del legislador, para concretar el significado de este adjetivo se han propuesto criterios variados de mayor o menor precisión. Antes de nada, deben rechazarse aquellas intepretaciones que sugieren que la palabra "grave" da a entender que el perjuicio ha de alcanzar un significado económico relevante<sup>848</sup>; y asimismo tampoco se puede pretender estimar la gravedad del perjuicio típico atendiendo a la suma de todos los daños potenciales<sup>849</sup>. No hay que olvidar que el art. 282 del CP se contenta con exigir la mera posibilidad de causación de un perjuicio, no un efectivo daño económico, y esto ocurre precisamente porque la indeterminación de la frontera de peligro para los patrimonios de los consumidores determina que los eventuales daños económicos causados sean prácticamente imposibles de cuantificar<sup>850</sup>.

Entre los criterios propuestos por la doctrina hay que considerar entonces, por ejemplo, el *número de potenciales perjudicados*<sup>851</sup>, o el *coste del producto o servicio* o la *disponibilidad económica de los consumidores* destinatarios de la publicidad

---

<sup>847</sup> Vid. supra Capítulo primero B)I. En este sentido interpreta alguna doctrina los adjetivos "grave" y "manifiesto", considerando que una publicidad falsa sólo presenta la comentada idoneidad lesiva cuando la falsedad recae sobre características esenciales de los productos o servicios; así, VALLE MUÑIZ, cit., pág. 1302; SÁNCHEZ GARCÍA, cit., marg. 569.

<sup>848</sup> Cfr. MAPELLI CAFFARENA, cit., pág. 77; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Curso de Derecho penal español*, cit., pág. 808; en esta misma línea, QUERALT JIMÉNEZ, cit., pág. 600, propone determinar la gravedad en función de la cuantía del perjuicio patrimonial.

<sup>849</sup> Esto es lo que proponen RODRÍGUEZ RAMOS / DE LA CUESTA RUTE, cit., pág. 18-19.

<sup>850</sup> Por este preciso motivo tampoco resulta de gran utilidad acudir, como hace MAPELLI CAFFARENA, cit., pág. 77, al significado del término gravedad en las agravantes de los delitos de hurto (art. 235.3 del CP) y estafa (art. 250.1.6º del CP), ya que la propia redacción típica establece que tal concepto se interpretará atendiendo al valor de lo sustraído o defraudado, o a la entidad del perjuicio causado, circunstancias éstas que nunca se podrán cuantificar en el delito de publicidad falsa.

<sup>851</sup> Cfr. MAPELLI CAFFARENA, cit., pág. 77; MORENO Y BRAVO, cit., pág. 129.

falsa<sup>852</sup>; asimismo, se ha dicho que el término "grave" implica que *la alteración de la información publicitaria ha de ser notable, no superficial*<sup>853</sup>. De todos modos, como se puede apreciar, aunque tales criterios suponen verdaderas pautas para la concreción del significado de "perjuicio grave", desafortunadamente no se abandona del todo el recurso a ciertas apreciaciones subjetivas<sup>854</sup>; sin embargo no queda más opción, a falta de la deseable reforma legislativa antes mencionada, de proyectar los parámetros ofrecidos en cada caso concreto, buscando delimitar la gravedad del perjuicio de la forma más objetiva posible, y atendiendo para ello principalmente a la esencialidad de las circunstancias sobre las que recae la falsedad publicitaria.

En segundo lugar, el adjetivo "manifiesto" quiere decir "descubierto, patente, claro"<sup>855</sup>, en el sentido de que el posible perjuicio constituya una amenaza para los intereses económicos tangibles y objetivizables del colectivo de consumidores<sup>856</sup>. En un intento de interpretación de tal requisito, se ha dicho que éste se halla ligado a la *idoneidad de la publicidad para inducir a error a los consumidores*; de este modo, si un mensaje publicitario no induce a error a la generalidad de los consumidores, sino sólo a alguno, debería entenderse que el perjuicio potencial no será manifiesto, puesto que la gran mayoría de los consumidores se abstendría de adquirir el bien o servicio, y el posible perjuicio sólo sería visible para unos cuantos sujetos<sup>857</sup>. Así, en realidad

---

<sup>852</sup> Cfr. estos tres criterios en HERNÁNDEZ PLASENCIA, cit., marg. 1115-1116.

<sup>853</sup> Cfr. VALLE MUÑIZ, cit., pág. 1302.

<sup>854</sup> En una línea similar a los autores citados, MUÑAGORRI LAGUÍA, cit., pág. 101, considera que los dos adjetivos "grave y manifiesto" se refieren a la intensidad o relevancia tanto del posible perjuicio como de la falsedad del mensaje, dependiendo a su vez la importancia de esta última de la entidad del objeto sobre el que recae y de la entidad de la posible lesión; de lo que se trata, dice este autor, es de comprobar objetivamente que se da una potencialidad adecuada y manifiesta de causar un peligro para el patrimonio de los consumidores (pág. 113).

<sup>855</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 100.

<sup>856</sup> Cfr. VALLE MUÑIZ, cit., pág. 1302.

<sup>857</sup> Cfr. CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 117-118; HERNÁNDEZ PLASENCIA, cit., marg. 1116. En un sentido similar se manifiestan RODRÍGUEZ RAMOS / DE LA CUESTA

el adjetivo "manifiesto" no añade ninguna significación especial al requisito de "aptitud para causar un perjuicio", por lo cual debe interpretarse en una línea semejante a la que se acaba de apuntar: como exigencia de que la publicidad falsa sea objetivamente idónea para causar un perjuicio al colectivo general de los consumidores.

Concretando más, el carácter manifiesto del posible perjuicio obligaría a excluir del ámbito típico la publicidad falsa que, según criterios objetivos, no presentase la entidad suficiente como para afectar a un número elevado e indeterminado de consumidores, posibilitando la producción de perjuicios económicos para los mismos; es exigible, por lo tanto, una *expansión considerable del mensaje publicitario*. Esto llevaría, tal y como se ha venido diciendo a lo largo de este trabajo, a corroborar el *rechazo de la tipicidad de las declaraciones publicitarias que no son objetivamente falsas, sino únicamente engañosas* (las cuales, por su menor desvalor, ya se encuentran sancionadas en normas extrapenales); a excluir también del tipo las *falsedades burdas y exageraciones publicitarias* que no son objeto de crédito por el público y que por lo tanto no tienen entidad suficiente para causar un perjuicio; y asimismo, a no sancionar las *falsedades publicitarias que inciden sobre elementos no esenciales de los productos y servicios*, ya que sólo serían idóneas para perjudicar a unos pocos consumidores<sup>858</sup>. Finalmente, también puede apuntarse que el posible perjuicio será "manifiesto", se apreciará de una forma más patente, en aquellos casos en que *los consumidores adquieren un producto o servicio tras recibir información sobre él únicamente a través de la publicidad*. Realmente en estas hipótesis el posible contacto entre el mensaje falso y el patrimonio del consumidor aparece muy cercano, ya que la adquisición de un bien o servicio se producirá única y exclusivamente tomando como base la información ofrecida en la publicidad. Aquí se aprecia claramente el fundamento que justifica la

---

RUTE, cit., pág. 19, al afirmar que el adjetivo "manifiesto" indica que el perjuicio potencial debe ser evidente y fácilmente visible, es decir, ha de ser consecuencia inevitable del engaño que hayan podido sufrir los consumidores.

<sup>858</sup> Circunstancia esta última que ya se desprendía, como se ha dicho, de la exigencia de gravedad del posible perjuicio. Se manifiesta en una línea similar a la que se acaba de exponer SÁNCHEZ GARCÍA, cit., marg. 569.

anticipación de las barreras de intervención penal al momento de la emisión de publicidad falsa sobre un bien o servicio: de no llevar a cabo esta anticipación, la intervención penal sólo se produciría cuando ya se han efectuado innumerables adquisiciones del producto anunciado, y consiguientemente ya se han verificado perjuicios para un elevado e indeterminable conjunto de consumidores.

Por poner un ejemplo de esta situación, cabe citar la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 10 de Bilbao, de 31-12-1998, que destacaba precisamente que la falsedad de los datos contenidos en la publicidad de una tarjeta para teléfono móvil sólo se descubría una vez adquirido el producto, ya que las aclaraciones que restringían la oferta publicitaria se hallaban en la caja que contenía la tarjeta, que sólo era entregada tras pagar su precio. Asimismo, puede volver a citarse la sentencia de la AP de Madrid de 19-5-1994, que enjuiciaba una publicidad en la que se ofrecía la posibilidad de cursar COU (Curso de Orientación Universitaria) en el extranjero, obteniendo posteriormente su convalidación en España: el consumidor no llegó a descubrir la falsedad de la oferta de convalidación hasta su regreso del extranjero, de tal modo que ya había sufrido un perjuicio económico elevado y a la vez una irreparable pérdida de tiempo. Por último, puede citarse el caso tratado en la resolución del Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad de 24-6-1999 (asunto Halcón Viajes): una empresa mayorista de viajes anuncia un billete de avión al precio de 12.000 pts, sin indicar en la publicidad las restricciones a dicha oferta; en el caso concreto tratado por el Jurado, el consumidor sólo fue informado de las condiciones completas al abonar el billete reservado, momentos antes de que despegase el avión<sup>859</sup>.

Debe destacarse que el delito de publicidad falsa puede verificarse *incluso en los supuestos en que es imprescindible un conjunto de tratos previos con el oferente*, durante el transcurso de los cuales se precisan o corrigen las afirmaciones vertidas en la publicidad (lo cual será bastante frecuente en aquellos mensajes publicitarios que omiten datos esenciales de la oferta). Ciertamente en alguno de estos casos hasta los

---

<sup>859</sup> Vid. otros casos semejantes, en los que el consumidor se entera de las restricciones a la oferta tras haber pagado el billete de avión o momentos antes de despegar, en las resoluciones de este Jurado de 27-7-2000 y de 20-11-2000.

Tribunales civiles han negado la existencia de publicidad engañosa, tomando como base el hecho de que la publicidad, al indicar al consumidor que solicitase más información al anunciante, no causaba engaño alguno<sup>860</sup>. Realmente, no se puede negar que incluso en estos supuestos la publicidad sigue presentando aptitud para causar un perjuicio económico grave y manifiesto, ya que sería imaginable que el oferente, al entrar en contacto con cada consumidor, mantuviese las mismas afirmaciones falsas contenidas en la publicidad. Por lo tanto, esta incertidumbre e indeterminación del peligro para el patrimonio de los consumidores es lo que permite afirmar la presencia del elemento típico de aptitud lesiva. De todos modos, como ya se ha dicho repetidas veces, todo dependerá del caso concreto, y habrá supuestos en que siempre van a existir entre el consumidor y el oferente unos contactos previos a la adquisición del bien o servicio, en los cuales se explicitan las verdaderas condiciones de la oferta publicitaria: en alguno de estos supuestos podría no constatarse el elemento de aptitud lesiva. Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando en un primer mensaje publicitario encontremos alguna inveracidad pero, siempre con carácter previo a la adquisición del producto anunciado, se hacen llegar al consumidor más declaraciones publicitarias en las que se corrigen y aclaran las manifestaciones falsas vertidas en el primer mensaje<sup>861</sup>.

---

<sup>860</sup> Vid. en este sentido la sentencia de la AP de Madrid de 18-3-1999.

<sup>861</sup> Vid. en este sentido la resolución del Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad de 30-3-2000 (asunto TV3 Catalana), relativa a un anuncio de teletexto que anunciaba un servicio de tarot gratuito, remitiéndose a una página posterior del teletexto; en esta nueva página, se informaba que para acceder a tal servicio había que pagar el coste de la llamada. Si bien el Jurado resolvió, con razón, que tal publicidad era engañosa, no podría afirmarse que integra el ámbito típico del art. 282 del CP, ya que no se constata aquí el elemento de aptitud: dado que necesariamente el consumidor ha de acceder a la página de teletexto donde se exige el pago de la llamada, no se produce un contacto peligroso entre el primer anuncio falso y el patrimonio de los consumidores. Como afirma este mismo Jurado en su resolución de 7-6-1999 (asunto Wall Street Institute), “la remisión en la publicidad a documentos ajenos a la misma sólo es admisible desde una perspectiva deontológica cuando, al mismo tiempo, se faciliten al consumidor los medios adecuados para un acceso rápido y gratuito al contenido de estos documentos”.



## 5. Sujeto activo

El sujeto activo del delito de publicidad falsa no será cualquiera que realice la acción típica, sino que ha de cumplir también las concretas cualidades personales exigidas por el tipo: ha de ser fabricante o comerciante; así, el art. 282 del CP se circunscribe en el grupo de delitos especiales **propios o en sentido estricto**<sup>862</sup>.

Esta restricción del sujeto activo apareció por vez primera en el Proyecto de 1992, y se ha mantenido a pesar de no contar con el visto bueno de la doctrina<sup>863</sup>, la cual aduce, con razón, que la entidad del injusto recae sobre el objeto de la publicidad, no sobre el sujeto que la realiza. Evidentemente, se persigue esta clase de conductas por las consecuencias dañinas que una publicidad falsa puede ocasionar al consumidor, sin importar la posición del emisor del mensaje publicitario.

Por otro lado, no es admisible la configuración de un delito especial propio porque así el Código Penal entra en contradicción con las normas mercantiles sobre la materia, ya que mientras el precepto penal limita el círculo de sujetos emisores de publicidad a "los fabricantes o comerciantes", el art. 2 de la LGP considera publicidad a toda comunicación efectuada por una persona "en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional". Así, según el Código Penal, sólo podrían emitir publicidad los productores de bienes o servicios (v.gr. el dueño de una fábrica) y quienes los vendan al público (v.gr. el propietario de unos grandes almacenes). En cambio, quedarían fuera del ámbito penal aquellos que hagan publicidad concerniente a sus actividades, si éstas son de carácter artesanal (v.gr. un pintor que realiza cuadros por encargo) o profesional (v.gr. un dermatólogo que

---

<sup>862</sup> Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 102; vid. también, entre otros, CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 93; MAPELLI CAFFARENA, cit., pág. 53; MUÑAGORRI LAGUÍA, cit., pág. 84. El único autor en contra de esta calificación es GONZÁLEZ RUS, J.J., *Curso...*, cit., pág. 807.

<sup>863</sup> Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PE*, cit. pág. 102.

comercializa productos para hidratar la piel), actividades éstas que sí podrían ser objeto de un mensaje publicitario según la LGP.

Diversas soluciones se han propuesto para no acotar excesivamente el ámbito típico y adecuarlo a la concepción de publicidad que ofrece la legislación mercantil. González Rus<sup>864</sup>, por ejemplo, hace una interpretación amplia del sujeto activo, considerando fabricantes o comerciantes a todos aquellos que, interviniendo en el proceso de producción, distribución o comercialización de un producto, hacen publicidad del mismo a los consumidores. Según el citado autor, esta solución es posible porque las cualificaciones requeridas por el tipo (ser fabricante o comerciante) no hace falta que concurran en el sujeto antes de realizar la conducta típica, sino que es el acto de fabricar o comercializar el que cualifica al sujeto como tal. También a favor de la ampliación del sujeto activo se muestra Queralt<sup>865</sup>, que propone simplemente considerar comerciante a todo aquel que no sea fabricante o industrial; es decir, teniendo en cuenta que comerciante es por definición quien realiza una actividad de contratación de bienes, servicios, derechos y obligaciones, no habría problema en considerar comerciantes a los que contraten bienes o servicios de naturaleza artesanal o profesional.

Sin embargo, la clave para delimitar con amplitud el sujeto activo se encuentra ya en el ámbito mercantil; así, algún autor ha manifestado que la discrepancia terminológica entre empresario y comerciante no supone "una antinomia conceptual: el comerciante del texto codificado [se refiere al Código de Comercio] es sinónimo del empresario de la legislación especial contemporánea"<sup>866</sup>.

La definición de **comerciante** la encontramos en el art. 1 del CCOM, el cual establece que "son comerciantes ... 1º Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente. 2º Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código." Ya desde la

---

<sup>864</sup> Vid. GONZÁLEZ RUS, J.J., *Curso...*, cit., pág. 807.

<sup>865</sup> Vid. QUERALT JIMÉNEZ, cit., pág. 599.

<sup>866</sup> Vid. ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho Mercantil I* (Jiménez Sánchez, G.J., coord.), cit., Tomo I, pág. 96.

promulgación del CCOM hay una desconexión entre la noción económica de "comerciante" y la noción legal. Estrictamente considerado, un comerciante es aquella "persona dedicada a realizar transacciones de compraventa en el mercado, como empresario individual, o en representación de una sociedad"<sup>867</sup>; en cambio, el comerciante no interviene ni en la extracción de las riquezas ubicadas en la naturaleza (agricultura, ganadería, pesca y minería, principalmente), ni en la transformación de las materias primas naturales y su posterior conversión en productos derivados útiles para satisfacer las necesidades humanas (industria y manufactura)<sup>868</sup>.

Sin embargo, el CCOM sobrepasa la definición concreta del término, como demuestran algunos de sus artículos: el ya transcrito art. 1.2º considera "comerciantes" a las compañías mercantiles o "industriales", el derogado art. 123 hacía una descripción amplia del objeto de tales compañías mercantiles, sobrepasando el círculo de las actividades estrictamente comerciales, y los arts. 212 y ss. someten a la legislación mercantil a las sociedades agrícolas, cuyas actividades sobrepasan el ejercicio del comercio estrictamente considerado. Por esta razón se ha ido abandonando progresivamente el término "comerciante", y tanto la doctrina como las leyes mercantiles e incluso la Jurisprudencia<sup>869</sup> lo han sustituido por el de "empresario". La tendencia normativa hacia la sustitución de un término por otro alcanza su máximo exponente con la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades, la cual utiliza el término empresario en todas las modificaciones normativas que efectúa<sup>870</sup>.

---

<sup>867</sup> Vid. TAMAMES, R. / GALLEGO, S., *Diccionario de economía y finanzas*, Alianza, Madrid 1994. Vid. también ILLESCAS ORITZ, R., *Derecho Mercantil I*, cit., pág. 91, que define comerciante como aquel que interviene en el comercio, constituyendo éste la actividad de intermediación en la circulación de la riqueza (bienes o servicios).

<sup>868</sup> Cfr. ILLESCAS ORITZ, op. cit., pág. 96.

<sup>869</sup> Por ejemplo, se puede citar la STS 17-12-1987, que en su Fundamento Jurídico 2º se refiere textualmente a "la condición de comerciante o empresario", expresión esta de la que se deduce un mismo significado para los dos vocablos empleados.

<sup>870</sup> Vid. ILLESCAS ORITZ, cit., pág. 97; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de*  
441

Podría definirse entonces "empresario" como "la 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", constituyendo "empresa" a su vez "el ejercicio profesional de una actividad económica planificada, con la finalidad de intermediar en el mercado de bienes o servicios"<sup>871</sup>.

Es importante destacar que se excluyen del concepto de empresario a los *profesionales liberales* (médicos, abogados, etc.) y a los *artistas*, siempre que el ofrecimiento de sus productos o servicios esté marcado por su personalidad propia (pintores, escritores, etc.). De todos modos, estos supuestos excluidos podrán incluirse en el concepto de empresario cuando surge una organización semejante a la empresa para el ejercicio de sus actividades propias (por ejemplo, si unos médicos constituyen una sociedad de asistencia sanitaria).

En cuanto a los profesionales liberales, hay que tener presente que alguna normativa asimila determinados aspectos de su régimen jurídico al régimen de los empresarios. Un ejemplo lo tenemos en la DA1ª de la LGDCU, introducida por la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación, que protege a los consumidores ante las cláusulas abusivas contenidas en los contratos que éstos celebran no sólo con los empresarios, sino también con los profesionales. Otro ejemplo sería la modificación introducida por la Ley 7/1997 de 14 de abril en el art. 2.1 de la Ley 2/1974 reguladora de los Colegios Profesionales, estableciendo que el ejercicio de las profesiones colegiadas estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios

---

*Derecho mercantil*, cit., Vol. I, pág. 52-53; URÍA, R., *Derecho mercantil*, Marcial Pons 2000, pág. 34; BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho mercantil*, Tecnos, Madrid 1994, pág. 82. Por su parte, VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, cit., pág. 82, considera que el legislador debiera haber empleado la expresión "empresario mercantil" como sinónima de "comerciante", ya que el empleo en las leyes del término "empresario" sin más no permite diferenciar el diferente régimen jurídico aplicable, por ejemplo, a un empresario dedicado al comercio y a otro que se ocupa en actividades agrícolas.

<sup>871</sup> Cfr. URÍA, R., *Derecho mercantil*, cit., pág. 30.

y fijación de remuneración, a la Ley sobre Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal<sup>872</sup>.

Por último, a favor de esta interpretación del término "comerciante" como sinónimo de "empresario" en sentido amplio, cabe citar la ya analizada definición de "consumidor" contenida en el art. 1.2 de la LGDCU<sup>873</sup>. La doctrina no penalista parte de que, consistiendo la esencia de "consumidor" en la idea de "destinatario final en sentido económico", resulta evidente que con quien se relaciona este consumidor dentro del mercado es con un operador profesional en este mismo ámbito<sup>874</sup>. Además, la indiferencia con que la LGDCU se refiere al citado operador en el mercado permite concluir que éste no tiene que ser obligatoriamente un empresario mercantil, dedicado exclusivamente al comercio, sino que se puede incluir también a empresarios dedicados a la agricultura o ganadería y asimismo a los profesionales<sup>875</sup>.

Lo que se está reconociendo al afirmar que el oferente de bienes y servicios ha de ser un "operador profesional", y así lo dicen los autores citados, es que no cabe calificar de consumidor y otorgarle consecuentemente una tutela especial a aquel que va a contratar con un particular. Constituye ésta una puntualización que efectúa algún comentarista del art. 282 del CP, y que en principio no sería necesaria con la actual configuración del sujeto activo, que ya resulta restringido a los fabricantes y

---

<sup>872</sup> Vid. SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, cit., Vol. I, pág. 52-54.

<sup>873</sup> Vid. supra epígrafe II.

<sup>874</sup> Cfr. PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas*, cit., pág. 190; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores...*, cit., pág. 39-40; LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., *Publicidad comercial, contratación estandarizada y protección del consumidor*, en EC 1989, nº 16, pág. 81.

La doctrina y la Jurisprudencia francesas se inclinan por aceptar que el delito de publicidad engañosa podría ser cometido tanto por un profesional como por un particular: vid. CALAIS-AULOY / STEINMETZ, cit., marg. 129; RENUCCI, J.F., *Droit pénal économique*, cit., pág. 125-126; GREFFE / GREFFE, cit., marg. 728. Sin embargo, como se cuestionan CALAIS-AULOY / STEINMETZ, (op. cit., pág. 128, nota 1), parece que la aplicación de este precepto a los no profesionales va en contra del fin de protección de la propia norma.

<sup>875</sup> Cfr. PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales...*, cit., pág. 191.

comerciantes<sup>876</sup>; sin embargo, si deseablemente llegara a transformarse este precepto en un delito común, debería no perderse de vista esta cuestión fundamentalmente por dos razones: por una parte, porque siendo sujetos particulares tanto el oferente como el demandante, generalmente no se podrá constatar que este último se halle en una evidente posición de inferioridad; por otra parte, porque la mayoría de las veces en que el anunciante sea un particular estaremos ante ofertas limitadas de varios bienes o servicios, es decir, no se tratará de una oferta masiva de artículos en serie y por lo tanto la conducta no va a ser idónea para causar un perjuicio al colectivo general de consumidores<sup>877</sup>.

En conclusión, parece lo más acertado interpretar el vocablo "comerciante" en el mismo sentido que le da la doctrina mercantilista, considerándolo sinónimo del término mucho más amplio de "empresario", incluyendo en este último también los profesionales que, como se ha dicho antes, tienden a ser asimilados a los empresarios en diversas disposiciones legislativas. Alguna doctrina se ha pronunciado expresamente a favor de esta sinonimia, precisamente ante la necesidad de dotar de virtualidad práctica al precepto<sup>878</sup>; de todos modos, algunos autores puntualizan, en contra de lo aquí propuesto, que los profesionales liberales, agricultores, artesanos, etc., no podrían considerarse nunca sujetos activos de este delito, considerando que el tipo penal se quiere limitar a las conductas de creación y comercialización de bienes y servicios, como formas de intervención en el mercado que conducen a la

---

<sup>876</sup> Cfr. CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 94; DE JORGE MESAS, L.F., *La oferta, promoción y publicidad engañosa*, cit., pág. 109.

<sup>877</sup> Cfr. CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 94-95.

<sup>878</sup> Cfr. MORENO Y BRAVO, cit., pág. 99-100; BAJO / BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, cit., pág. 551; MORENO CÁNOVES / RUIZ MARCO, cit., pág. 164-166; cfr. asimismo ABANTO VÁSQUEZ, M.A., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 146. También es de la misma opinión, en relación con el empleo del término "comerciante" en los delitos contra la salud pública, CUADRADO RUIZ, M.A., *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, Bosch, Barcelona 1998, pág. 89. En esta línea, SUÁREZ GONZÁLEZ, cit., pág. 542, afirma que la amplitud del significado de los términos del art. 282 "fabricantes" y "comerciantes" no impide considerar como sujetos activos a todos los "anunciantes" de productos o servicios.

introducción de ofertas en el mismo<sup>879</sup>. Sin embargo, realmente no habría por qué excluir a tales categorías de sujetos si se organizan y funcionan de forma semejante a una empresa para el ejercicio de sus actividades propias, actuando en el mercado como auténticos oferentes de sus prestaciones.

Merece puntualizarse aquí que, como ha puesto de relieve Carrasco Andrino, no se incluyen en el círculo de sujetos activos las *asociaciones de consumidores*, ya que en ningún momento podrán considerarse "comerciantes"<sup>880</sup>. En efecto, tales asociaciones no ofrecen ningún producto o servicio en el mercado, y las "pruebas comparativas" que suelen publicar no se realizan con fines publicitarios, sino únicamente con la finalidad de ofrecer una información objetiva a los consumidores sobre los diferentes bienes o servicios que se ofrecen en el mercado (la propia publicación mensual de la OCU, Compra Maestra, especifica claramente que su contenido es meramente de carácter informativo, y que tampoco podrá ser usado por ningún comerciante con fines publicitarios)<sup>881</sup>.

Por otra parte, Cuerda Riezu ha mencionado la dificultad que entraña considerar sujeto activo de este precepto a las *Administraciones públicas*<sup>882</sup>. Realmente, se podrían distinguir aquí dos claros supuestos: en primer lugar estaría la publicidad efectuada por empresas de titularidad pública, que no presenta ninguna peculiaridad con respecto a la publicidad emanada de una empresa privada, ya que al fin y al cabo estamos ante verdaderos empresarios que pretenden comercializar bienes y servicios en el mercado.

El segundo supuesto sería el de la publicidad que proviene directamente de una Administración, la denominada publicidad institucional, que no es realizada con fines comerciales sino con otros objetivos (v.gr. incitación al ahorro, prevención de

---

<sup>879</sup> Cfr. CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 94; en el mismo sentido, RODRÍGUEZ RAMOS / DE LA CUESTA RUTE, cit., pág. 16.

<sup>880</sup> Cfr. CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 95 y 128.

<sup>881</sup> Cfr. OTERO LASTRES, J.M., *La publicidad comparativa: ¿licitud o ilicitud?*, cit., pág. 939. Vid. también en este sentido la sentencia de la AP de Vizcaya de 14-6-1999.

<sup>882</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, cit., pág. 78.

enfermedades, etc.). Esta cuestión ya ha sido tratada anteriormente<sup>883</sup>; cabe recordar aquí que en principio no habría objeción para sancionar las conductas típicas realizadas en el marco de una publicidad no comercial, siempre que se estuviera promocionando indirectamente algún bien o servicio y así se pusieran en peligro la libertad de disposición económica y/o el patrimonio de los consumidores. Sin embargo, como también se ha indicado, no parece factible integrar estos casos en el art. 282 del CP, ya que la limitación del sujeto activo a los fabricantes o comerciantes no permite aplicar el precepto a una Administración pública que realmente actúa como tal.

Por su parte, el término típico **fabricante** designa, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, a todo aquel que realiza la acción de fabricar, es decir, quien produce objetos en serie, generalmente por medios mecánicos. A efectos del art. 282 del CP, es claro que solo podrá entenderse por "fabricante" la persona titular de la empresa o fábrica que confecciona los productos publicitados<sup>884</sup>, y no literalmente el trabajador de la fábrica que materialmente realice la acción de producir los objetos en serie, ya que este último nunca va a ser el emisor de la publicidad, tal y como exige la redacción típica al establecer que las ofertas y publicidad han de provenir de los fabricantes<sup>885</sup>.

En vista de la criticable limitación del sujeto activo en este precepto, es recomendable adoptar la interpretación amplia de este término que efectúa la doctrina no penalista, basándose en el concepto legal de fabricante contenido en el art. 4 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por

---

<sup>883</sup> Vid. supra epígrafe 1.b).

<sup>884</sup> Definen así al fabricante MORENO CÁNOVES / RUIZ MARCO, cit., pág. 164. SUÁREZ GONZÁLEZ, cit., pág. 542, ofrece las dos definiciones de fabricante aquí expuestas (el que produce objetos en serie, y el titular de la fábrica en cuestión), si bien, como se ha dicho, resultará preferible la segunda de las dos nociones.

<sup>885</sup> El hecho de que la publicidad haya de provenir del fabricante ya no deja lugar a dudas de que un mero trabajador de la fábrica pueda ser considerado sujeto activo del delito, tal y como teme MAPELLI CAFFARENA, cit., pág. 58, que para dejar clara esta situación define fabricantes como "aquellas personas que tienen bajo su responsabilidad la publicidad dentro de una unidad productiva".



productos defectuosos<sup>886</sup>: "Se entiende por 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."

Así, se incluye aquí no sólo al fabricante en su sentido propio antes citado, sino también al *agricultor*, al *constructor*, y en suma a quien se presente al público como tal, poniendo su nombre, marca u otro signo distintivo en el envase o en cualquier elemento de presentación de un producto<sup>887</sup>. Esta última categoría de sujetos es la de los "*productores aparentes*", es decir, aquellos que, al comercializar bienes con su propia marca, hacen creer al público que realmente son los auténticos fabricantes del producto ofrecido; esta situación se da fundamentalmente en la venta de productos a granel y en los casos de productos que presentan como marca o denominación el nombre de grandes superficies comerciales donde aparecen a la venta, aunque en realidad no han sido fabricados por tales superficies<sup>888</sup>.

Finalmente, hay que destacar que con referencia al sujeto activo gran parte de la doctrina ha denunciado una cuestión problemática: la de integrar en este círculo a las *agencias publicitarias*, teniendo en cuenta que en la gran mayoría de los casos son éstas, y no el mismo productor del bien o servicio, quienes elaboran los mensajes publicitarios; precisamente por esta cuestión ha recibido tantas críticas la

---

<sup>886</sup> Este precepto adopta con otras palabras la definición contenida en el art. 3.1 de la Directiva 85/372 CEE, 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 daños causados por productos defectuosos.

<sup>887</sup> Vid. a favor de esta interpretación amplia del concepto de fabricante BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios*, en Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores, cit., pág. 235; cfr. asimismo PARRA LUCÁN, M.A., *Notas a la Ley 22/1994...*, cit., marg. 738. Vid. también, en la doctrina penalista, CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 93.

<sup>888</sup> Cfr. PARRA LUCÁN, op. cit., marg. 738.

configuración de este delito como un tipo especial propio<sup>889</sup>. Podría realmente calificarse a este delito como “doblemente especial”, ya que no sólo se exige una cualidad personal al sujeto activo (ser fabricante o comerciante), sino que además se requiere que éste realice las declaraciones falsas en “sus ofertas y publicidad de productos y servicios”, es decir, en ofertas pertenecientes al propio sujeto activo.

Como propuesta de solución en el actual estado de cosas, Muñagorri Laguía considera admisible incluirlas como “comerciantes” en el círculo de sujetos activos; según este autor, tal posibilidad es factible porque el art. 282 del CP incrimina a los fabricantes o comerciantes que hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas “en sus ofertas o publicidad de productos o servicios”: así, dice que sólo se requiere que el mensaje publicitario sea propiedad o provenga de los fabricantes o comerciantes, pero esta misma pertenencia no se exige respecto de los bienes o servicios publicitados; partiendo de esta base, se podría concluir que es típica la publicidad falsa efectuada por una agencia publicitaria, puesto que el tipo no exige que se anuncien los productos o servicios propios<sup>890</sup>.

Ciertamente para una mayor claridad hubiera sido deseable que se indicase expresamente, volviendo a repetir el posesivo “sus” o en alguna otra forma, que los productos o servicios pertenecen a los propios fabricantes o comerciantes; sin embargo, esta pertenencia ya se desprende del propio sentido de la frase, del contexto específico, dado que si el texto legal hace referencia a las ofertas y publicidad que emiten los mismos fabricantes o comerciantes, no parece tener sentido entender, si el legislador no lo indica expresamente, que los bienes o servicios sobre los que versa la

---

<sup>889</sup> Vid. expresamente sobre ello HERNÁNDEZ PLASENCIA, cit., marg. 1117; vid. también infra, epígrafe V.2, los autores que critican la laguna de punibilidad que se produce cuando son estas agencias las que elaboran la publicidad. Vid. también MORENO CÁNOVES / RUIZ MARCO, cit., pág. 166, que consideran más acertado que el legislador hubiera empleado el término “anunciante” para designar al sujeto activo, puesto que constituye un concepto más omnicompreensivo que el de “comerciante” (el art. 10 de la LGP define “anunciante” como “persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad”). Sin embargo, este cambio no soluciona el problema de la impunidad de las agencias publicitarias cuando son éstas las verdaderas autoras del mensaje publicitario de los productos del anunciante.

<sup>890</sup> Cfr. MUÑAGORRI LAGUÍA, cit., pág. 88-89. Contempla también esta posibilidad CUGAT MAURI, M., *La protección de los intereses colectivos*, cit., pág. 1188.

publicidad no pertenecen a los sujetos citados. Además, no hay necesidad de efectuar una interpretación tan forzada ya que, como se verá más adelante al tratar la autoría y la participación, no se producen las grandes lagunas de punibilidad que en un principio parecen surgir. De todos modos, no cabe duda que la solución más deseable sería que, para evitar estos problemas de interpretación y facilitar la aplicación práctica del precepto, se configurase un delito común, tal y como hacen otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno<sup>891</sup>.

## V. TIPO SUBJETIVO

### 1. Caracterización del dolo del autor y admisibilidad del dolo eventual

Teniendo en cuenta que el nuevo Código Penal adopta el criterio de "numerus clausus" en la incriminación de la imprudencia, al no haberse tipificado el delito publicitario imprudente habrá que concluir que sólo cabe su comisión dolosa<sup>892</sup>.

El dolo del autor ha de abarcar todos los elementos típicos, incluyendo por supuesto el elemento de aptitud, la idoneidad de la propia conducta para causar un perjuicio económico a los consumidores<sup>893</sup>. Tradicionalmente se ha considerado que

---

<sup>891</sup> Así ocurre en Alemania y en Francia, vid. supra Capítulo primero C): epígrafe I.1.c.3 y epígrafe II.

<sup>892</sup> Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*. PE, cit., pág. 102.

<sup>893</sup> Cfr. CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, cit., pág. 287-288; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*. PG, cit., pág. 111; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., en *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, cit., pág. 198-199; de

el **dolo** requiere la concurrencia de dos elementos: el cognoscitivo y el volitivo<sup>894</sup>. Por una parte, el elemento cognoscitivo implica el conocimiento de los elementos objetivos del tipo; por otra parte, el elemento volitivo supone la voluntad de realizar la conducta típica, el querer realizar todos los requisitos típicos de los que se tiene conocimiento. Sin embargo, en Derecho penal económico se propone revisar esta concepción tradicional, de modo que se apreciará la concurrencia del dolo si existe un **"compromiso" de actuar del autor**.

Tal compromiso no se fundamentará en un proceso psicológico, sino desde un plano normativo; entonces, para determinar si ha existido tal compromiso de realizar una figura delictiva, habrá que determinar si el sujeto conocía las reglas que definen la acción como una acción típica. Por lo tanto, se podrá admitir que ha existido dolo aunque el autor nada hubiese previsto desde la perspectiva psicológica, siempre que *se pueda constatar que dominaba 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*<sup>895</sup>.

---

la misma autora, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pág. 310 y ss.

<sup>894</sup> Vid. LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho penal. Parte general I*, cit., pág. 408 y ss.

<sup>895</sup> Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PG*, cit., pág. 167 y ss; VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, pág. 232 y 237 y ss; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad*, en ADPCP 1987, Fasc. III, pág. 651. Vid. también RAGUÉS I VALLÈS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona 1999, pág. 165 y ss. y 323 y ss., quien parte asimismo de un concepto intelectual del dolo y acude al "sentido social" del hecho como criterio de determinación del conocimiento exigido por el dolo.

Vid.

un desarrollo de este enfoque cognitivo del concepto de dolo en LAURENZO COPELLO, P., *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pág. 169 y ss, analizando la "sentencia del aceite de colza" (STS de 23-4-1992), que constituye el hito fundamental en el desarrollo de la teoría cognitiva del dolo en el ámbito jurisprudencial. Vid. sin embargo críticamente a esta teoría del TS PAREDES CASTAÑÓN / RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, cit., pág. 206 y ss; HASSEMER / MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en el Derecho penal*, cit., pág. 112 y ss; MAQUEDA ABREU, M.L., *La relación "dolo de peligro" - "dolo (eventual) de lesión". A propósito de la STS de 23 de abril de 1992 "sobre el aceite de colza"*, en ADPCP 1995, Fasc. II, pág. 432 y ss; vid. también analizando críticamente estas teorías cognitivas del dolo DÍAZ PITA, M.M., *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia 1994, pág. 88 y ss. Vid. asimismo una indicación bibliográfica de la doctrina

Debe puntualizarse que la exigencia de conocimiento del significado de la propia acción no implica que se deba conocer exactamente la dimensión técnica de tal conducta, es decir, no es necesario que el autor conozca la peligrosidad de su acción en sus pormenores más específicos, que conozca la exacta eficacia de su comportamiento. Bastará simplemente con que conozca el significado de su conducta desde una perspectiva general, tras efectuar la denominada "valoración paralela en la esfera del profano"<sup>896</sup>; posteriormente el juez, de acuerdo con los conocimientos singulares que el sujeto tiene en cada caso concreto, efectuará un juicio de idoneidad del peligro inherente a la conducta realizada<sup>897</sup>.

El siguiente paso será entonces determinar qué criterios va a seguir el juez para afirmar que existía un compromiso de actuar por parte del autor, que éste conocía las pautas que hacían de su conducta una acción típica y que aún así se decidió a actuar. A la hora de buscar las reglas que permitan imputar este conocimiento al autor, resulta de especial importancia en el delito del art. 282 del CP la concreta *posición social del sujeto que realiza la conducta*<sup>898</sup>, y que consiste en su situación como oferente de bienes y servicios en el mercado.

---

alemana que se decanta por esta teoría del conocimiento en PAREDES CASTAÑÓN / RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, cit., pág. 206, nota 400.

<sup>896</sup> Cfr. CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, cit., pág. 287 y 291; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*. PG, cit., pág. 111; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pág. 313.

<sup>897</sup> Vid. RAGUÉS VALLÈS, R., *La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo*, en ADPCP 1996, Fasc. II, pág. 812-813, con base en la obra de I. PUPPE "Vorsatz und Zurechnung"; del mismo, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., pág. 426 y ss. Vid. manifestándose expresamente con referencia al art. 282 del CP CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro...*, cit., pág. 288, quien afirma que el juez, para determinar si concurría el elemento de aptitud, sólo ha de tener en cuenta las circunstancias que el sujeto conocía cuando actuó, sin poder entrar a valorar las que eran ajenas o desconocidas para el autor.

<sup>898</sup> Reconoce la importancia de este criterio de la posición social como regla de imputación de conocimientos RAGUÉS VALLÈS, R., en *La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo*, cit., pág. 817-818, y en *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., pág. 426 y ss, citando diversas STS que resuelven en este sentido, entre ellas las dos que se mencionan en texto a continuación.

En este preciso sentido ha resuelto la STS de 23-4-1992 en el "caso del aceite de colza" que, adoptando la teoría cognitiva del dolo aquí defendida, afirma en su FJ 3º que los acusados en el proceso de la colza actuaron de forma dolosa dado que "el carácter venenoso de la anilina era de conocimiento general entre los empresarios y técnicos introducidos en la rama de los aceites"; asimismo, dice el Alto Tribunal que "obraré con dolo el autor que haya tenido conocimiento del peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos, pues habrá tenido el conocimiento de los elementos del tipo objetivo que caracteriza precisamente al dolo". Por lo tanto, se aprecia que la posición social de los sujetos en cuestión, especialmente cualificada por pertenecer al sector profesional de la comercialización de aceites, permite afirmar sin lugar a dudas que conocen las reglas técnicas de su profesión y los riesgos que esta conlleva<sup>899</sup>. Cabe citar también en este mismo sentido, por ejemplo, la STS de 22-7-1993, que en su FJ 3º efectúa una similar imputación de conocimientos específicos en razón de la especial posición social del sujeto en cuestión como fabricante de licores.

Así, podemos comenzar aquí diciendo que *el autor del delito del art. 282 únicamente debe conocer que el mensaje publicitario que difunde contiene datos objetivamente falsos, y que además esa falsedad presenta una relevancia tal que puede adjetivarse como idónea para causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores*; profundizando más en este último requisito típico, puede afirmarse que el autor ha de ser consciente de que la adquisición del producto anunciado inverazmente va a suponer un serio menoscabo económico para los consumidores, es decir, cada adquirente habrá pagado una cantidad de dinero por un bien o servicio que se aparta en gran medida de sus expectativas iniciales.

Ahondando así en los parámetros propuestos, puede afirmarse en principio que existe dolo en el empresario que difunde publicidad falsa de sus productos o servicios, ya que *su concreta posición social como oferente en el mercado determina que conoce las características de aquello que él produce o comercializa* y que

---

<sup>899</sup> Cfr. RAGUÉS VALLÈS, op. cit., pág. 817-818. Como se ha dicho en una nota anterior en este mismo apartado, existe un conjunto de autores que critican esta postura del TS.

pretende vender. Un empresario que se dedica a ofrecer sus productos o servicios en el mercado ha de conocer cuáles son los caracteres y propiedades de los mismos; sobre todo está fuera de duda que debe tener conocimiento de sus elementos esenciales, que al fin y al cabo son los que deben tomarse en consideración para afirmar que existe una falsedad sancionable penalmente. Asimismo, el conocimiento que tiene un empresario de sus propios bienes o servicios le permite ser consciente de cuándo la omisión de datos especialmente relevantes provoca que su oferta aparezca objetivamente diferente de lo que es en realidad; con más razón se puede afirmar esto en los supuestos en que existe una normativa que regula un sector específico del mercado (v.gr. en el ámbito de los títulos-valores o en el de especialidades farmacéuticas), que resulta ciertamente indicativa de las circunstancias más esenciales que caracterizan un bien o servicio<sup>900</sup>.

No obstante, y como se verá en el apartado siguiente, es importante tener en cuenta que no se puede aplicar esta regla con carácter general y absoluto, ya que es perfectamente posible que un anunciante incurra en un error; es decir, a pesar de hallarse en una posición social específica y actuar con la máxima diligencia, puede ocurrir que el anunciante, en el momento de emitir su publicidad, tenga una imagen de su producto o servicio no acorde con la realidad. Este sería el caso, por poner un ejemplo, de un fabricante de cosméticos que, al confeccionar su publicidad y el etiquetado de sus productos, los anuncia como inocuos para la salud, y posteriormente investigaciones científicas demuestran que uno de los componentes podía causar serios daños a determinadas personas. Concluyendo, si bien ha de partirse del mencionado parámetro de la especial posición del sujeto como anunciante de bienes y servicios, *habrá que atender a cada caso concreto para juzgar si realmente pueden atribuírsele determinados conocimientos en virtud de esa misma posición social.*

---

<sup>900</sup> Se hizo referencia a esta normativa sectorial supra epígrafe 3.c).

En el caso del art. 282 del CP debe hacerse una precisión importante: dado que nos encontramos ante un delito de peligro (hipotético), tendremos que hablar consecuentemente de un tipo especial de dolo, el **dolo de peligro**.

Lo que particulariza al art. 282 del CP es que su configuración como delito de peligro hipotético se debe a que resulta la estructura más adecuada para la protección de un bien jurídico supraindividual espiritualizado como es "el interés de los consumidores en la veracidad publicitaria". Sin embargo, al ser los bienes jurídicos individuales de los consumidores (patrimonio y libertad de disposición económica) los que justifican la creación del citado bien supraindividual, son asimismo los que han de servir como criterio rector interpretativo del tipo, de tal modo que el dolo del autor ha de referirse a la puesta en peligro de tales bienes individuales.

Así, no tendría sentido afirmar que el dolo ha de dirigirse a la lesión del bien supraindividual por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque el bien jurídico espiritualizado es una abstracción conceptual carente de autonomía, que como se acaba de decir sólo se justifica por la necesidad de proteger los bienes individuales de los consumidores, y que por lo tanto no se tutela para reprimir cualquier atentado a la veracidad publicitaria, sino sólo aquellos que puedan poner en peligro el patrimonio y/o la libertad de disposición económica del colectivo de consumidores<sup>901</sup>; en segundo lugar, aun cuando el peligro idóneo fuese el apto para lesionar el bien jurídico (supraindividual), en realidad lo que debe conocer el autor es el significado del comportamiento que está realizando, sin que sea necesario el conocimiento de la concreta relevancia jurídica de su conducta<sup>902</sup>. Por estas razones, sólo cabe insistir en que el autor ha de conocer ni más ni menos que los concretos elementos típicos que aparecen definidos en el texto legal: la falsedad publicitaria y la idoneidad de tal mensaje falso para perjudicar económicamente a los consumidores.

---

<sup>901</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*. PG, cit., pág. 105.

<sup>902</sup> Cfr. CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro...*, cit., pág. 289.



En cuanto a la admisibilidad del **dolo eventual** en el ámbito del art. 282, debe aceptarse tal posibilidad, sin que sea necesaria la presencia de dolo directo. Las dudas en este sentido tenían razón de ser en los Proyectos de 1980 y 1983, ya que los preceptos que recogían el delito de publicidad engañosa incluían el adverbio "intencionadamente", del cual se ha dicho que excluía la punición de las conductas realizadas con dolo eventual<sup>903</sup>. Ya en el Proyecto de 1992 se suprime este adverbio, con lo cual no aparece ningún obstáculo para admitir la posible comisión del delito con dolo eventual<sup>904</sup>.

Recordemos aquí que el dolo del autor ha de referirse a todos los requisitos típicos en los que el legislador ha basado su prohibición<sup>905</sup>, es decir, ha de ser consciente de todos los elementos que integran la acción típica. Por ello, en los delitos de peligro abstracto no podría hablarse de dolo eventual, puesto que son simultáneas la puesta en peligro exigida por el tipo y la realización de la conducta típica con plena conciencia de todos sus elementos<sup>906</sup>. En cambio, en delitos de peligro hipotético o aptitud como el art. 282 del CP sí que podría admitirse el dolo eventual, puesto que en ellos la realización del peligro exigido en el tipo habrá de constatarse mediante dos juicios: uno "ex ante", por el cual se determinará la peligrosidad general de la acción, y otro "ex post", para apreciar la posibilidad del resultado de peligro<sup>907</sup>.

Así, puede ocurrir que el autor sea consciente de la peligrosidad de su conducta pero debido al desconocimiento de una circunstancia futura no tenga plena conciencia de la posibilidad de que se cause un resultado peligroso<sup>908</sup>. En relación

---

<sup>903</sup> Vid. supra Capítulo primero B)I.

<sup>904</sup> Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 102.

<sup>905</sup> Vid. supra en este mismo apartado.

<sup>906</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PG*, cit., pág. 172; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro...*, cit., pág. 311.

<sup>907</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, op. cit., pág. 172-173.

<sup>908</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *ibidem*; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, op. cit., pág. 312.

con el art. 282, puede suceder que su autor conozca la falsedad del mensaje publicitario que está difundiendo, pero que no se represente la posibilidad de que suponga un peligro grave y manifiesto de causar perjuicios económicos a los consumidores. Por poner un ejemplo práctico, podría imaginarse el caso del director de una academia que anuncia falsamente que al finalizar los cursos allí impartidos se otorga un título oficial y, aunque hasta ese momento era indiferente a todos los efectos que el título fuese oficial o privado, el anunciante sospecha que puede empezar a ser imprescindible en determinados casos un certificado oficial y a pesar de ello mantiene indiferentemente su publicidad falsa.

Con carácter general, se podría admitir que actuará con dolo eventual el anunciante que difunde publicidad falsa aunque su pretensión no sea causar menoscabos patrimoniales a los consumidores, sino que por ejemplo considera que tal publicidad es la mejor forma de promocionar sus bienes o servicios<sup>909</sup>. Para que pueda afirmarse que es consciente del elemento de aptitud (actuando dolosamente), o de que al menos se lo presenta como posible sin que exista una mínima confianza fundada objetivamente en que no se causará (actuación con dolo eventual)<sup>910</sup>, basta que tenga conocimiento de que la falsedad publicitaria versa sobre circunstancias relevantes del bien o servicio, de que va a alcanzar a muchos consumidores o, en fin, de que presenta cualquier otra característica objetiva que, como se ha expuesto antes al hablar del elemento de aptitud, permita afirmar la existencia de un grave peligro para los patrimonios de los consumidores<sup>911</sup>.

---

<sup>909</sup> Vid. en este sentido MAPELLI CAFFARENA, cit., pág. 84.

<sup>910</sup> Manteniendo el enfoque cognitivo del dolo, esta confianza que excluye el dolo eventual y permite afirmar que el sujeto actúa con imprudencia consciente ha definirse también vinculada con el contenido del conocimiento: como discordancia entre las apreciaciones del sujeto sobre el alcance del peligro y lo realmente acontecido; cfr. LAURENZO COPELLO, P., *Dolo y conocimiento*, cit., pág. 278.

<sup>911</sup> Vid. supra epígrafe III.4.

## 2. Análisis de los supuestos de error del autor

En el ámbito del art. 282 del CP se nos plantea la necesidad de analizar la posible operatividad del error de tipo; según el art. 14 del CP, el error vencible "sobre un hecho constitutivo de la infracción penal" (error de tipo), determina que la infracción se castigará como imprudente. Debe ponerse de relieve que la posibilidad de apreciar este error en el sujeto activo ha de venir necesariamente relacionada con el concepto de dolo del que aquí se ha partido. Recordemos entonces que la esencia del dolo se ha situado únicamente en el conocimiento, es decir, se considerará que un sujeto ha actuado dolosamente si ha adoptado un compromiso de actuar con base en su conocimiento de las circunstancias que caracterizaban su acción como típica. A la hora de determinar cuándo un sujeto conoce tales circunstancias, resulta especialmente importante la concreta posición social que ocupa, con base en la cual se puede realizar una imputación de determinados conocimientos.

En este art. 282, la posición del empresario como oferente de bienes y servicios en el mercado, cuya adquisición fomenta a través de mensajes publicitarios, determina que conoce sobradamente las características de esos productos o servicios que él mismo comercializa y ofrece al consumidor. Así, si ya la posición social del empresario es el fundamento que permite atribuirle los conocimientos necesarios para afirmar que actúa a título de dolo, en un buen número de ocasiones no se podrá aceptar que desde esa misma posición social ha existido un error, un desconocimiento de las circunstancias que configuran la tipicidad de la conducta. Precisamente se ha dicho que la "profesionalidad" de un sujeto lleva a presuponer que conoce bien las actividades que desarrolla, y así con respecto a las mismas le es exigible un alto nivel de información y conocimiento<sup>912</sup>; por lo tanto, en principio

---

<sup>912</sup> Cfr. CORCOY BIDASOLO, op. cit., pág. 316. La autora se refiere a que la profesionalidad determina la existencia de una presunción de que los sujetos que realizan estas actividades profesionales conocen el significado antijurídico de su conducta; no obstante, la profesionalidad también podría fundamentar, como se ha venido diciendo aquí, que el sujeto conoce los requisitos del tipo, en este caso la falsedad y la aptitud para causar un perjuicio.

resulta poco imaginable y aceptable que un empresario haga publicidad de sus propios bienes o servicios y no sea consciente de que en la misma existen datos falsos.

De todas formas, no hay que olvidar que *este conocimiento derivado de la profesionalidad del sujeto activo no se presume, sino que habrá que constatar su existencia en cada supuesto concreto*. Esta precisión resulta de gran utilidad para los casos de productos farmacéuticos, alimentos, instrumentos técnicos y, en general, todos aquellos bienes en cuya composición desempeñen un papel importante los estudios y avances de la ciencia y la tecnología. En determinados casos puede ocurrir que, posteriormente a la emisión de la publicidad, algún descubrimiento científico haga falsas las afirmaciones vertidas por el anunciante: así, por ejemplo, el caso paradigmático sería aquel en el que se demuestre que una sustancia (presente en un alimento o en un medicamento), en contra de lo afirmado en un mensaje publicitario, es dañina para la salud<sup>913</sup>.

En cuanto al posible error o desconocimiento referidos a la idoneidad lesiva que el tipo exige al mensaje publicitario falso, debe recordarse aquí que no se exige que el autor tenga un conocimiento pormenorizado de tal aptitud lesiva; es preciso tener en cuenta que estamos ante un elemento normativo valorativo, y bastará que el autor sea consciente de esa idoneidad mediante una valoración paralela en la esfera del profano, aunque no aprecie su dimensión y pormenores exactos<sup>914</sup>. Debido precisamente al carácter valorativo y a los contornos difusos de este elemento típico,

---

<sup>913</sup> En cierto sentido, se trata aquí de supuestos que podrían identificarse con los denominados “riesgos del desarrollo”, contemplados en el art. 6 de la Ley 22/1994 de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos: este precepto exonera de responsabilidad por los daños causados por un producto defectuoso si “el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto”; vid. sobre ello supra Primera parte, Capítulo primero, epígrafe I.3.e). Precisamente en este sentido, y en relación con la responsabilidad penal por la introducción de productos nocivos en el mercado, ha afirmado IÑIGO CORROZA, M.E., *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, cit., pág. 233, que “si en el momento de la puesta en el mercado del producto no se conocía (ni, por supuesto, debía conocerse) la nocividad de éste, la empresa no es responsable por esta comercialización de un producto peligroso”.

<sup>914</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro...*, cit., pág. 313.

podría ser frecuente encontrar supuestos de error sobre la idoneidad de la publicidad falsa para perjudicar a los consumidores; en tal caso nos hallaríamos ante un error de tipo excluyente del dolo y, como se ha dicho antes, al no existir la versión imprudente del art. 282 del CP la conducta sería impune<sup>915</sup>.

Aquí hay que remitirse a las pautas que se han ofrecido para colmar el significado de este elemento de aptitud<sup>916</sup>; así, el desconocimiento o equivocación sobre alguna de las mismas podría constituir un caso de error sobre la idoneidad lesiva de la conducta. Las hipótesis imaginables pueden ser muy diversas, y algunas serán más verosímiles que otras: un ejemplo sería el de aquel empresario que difunde dolosamente un mensaje publicitario falso, creyendo que la falsedad versa sobre un aspecto accidental del bien o servicio cuando en realidad tal elemento es esencial para caracterizar la oferta; sin duda alguna, es difícil de aceptar un error en tales circunstancias, sobre todo cuanto más esencial sea el elemento falseado. Otro supuesto más admisible que el anterior sería el de un sujeto que emite un mensaje publicitario falso pensando que sólo será accesible a un número reducido de consumidores (v.gr. al conjunto de su clientela), y por el contrario llega a alcanzar al público en general.

En fin, a pesar de la posibilidad de imaginar estos supuestos y otros semejantes en la práctica, no puede afirmarse que exista mucho campo para el error sobre el elemento de aptitud ya que, como se ha dicho antes, el autor no tiene por qué conocer el significado de su conducta en sus exactos pormenores, sino que basta la ya conocida valoración paralela del profano, el conocimiento en el hecho del sentido o significado material auténtico del elemento normativo<sup>917</sup>, y sin duda todo oferente en el mercado posee esta conciencia general de los caracteres de su propia actividad

---

<sup>915</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *El error en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1989, pág. 130-131; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., op. cit., pág. 313.

<sup>916</sup> Vid. supra epígrafe III.4.

<sup>917</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error*, en Cuestiones actuales de la teoría del delito (Luzón Peña, D.M. / Mir Puig, S., dir.), McGrawHill, Madrid 1999, pág. 103; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *El caso de la colza...*, cit., pág. 199.

publicitaria<sup>918</sup>. De todos modos, conviene recordar aquí de nuevo la necesidad de efectuar un examen de cada caso concreto, ya que en determinadas circunstancias, particularmente en relación con bienes y servicios en cuya composición y desarrollo intervienen significativamente los avances científicos y tecnológicos, será posible apreciar un error del anunciante sobre este elemento de aptitud lesiva.

## V. CULPABILIDAD: ESPECIAL REFERENCIA AL ERROR DE PROHIBICIÓN

Como ha podido constatarse, en este trabajo se parte de un concepto de dolo como “dolo natural”, es decir, sólo referido al conocimiento de la situación típica<sup>919</sup>, excluyéndose de él la conciencia de la significación antijurídica de la conducta. Por consiguiente el error de prohibición, que significa el desconocimiento de la valoración negativa y prohibición jurídica de la conducta, no va a excluir el dolo sino que únicamente elimina la culpabilidad, es decir, el reproche personal que se hace al autor por el hecho antijurídico cometido<sup>920</sup>.

---

<sup>918</sup> Cabe advertir aquí que no existe acuerdo doctrinal en torno al tratamiento del error sobre un elemento normativo como error de tipo; cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro...*, cit., pág. 313, nota 370, y bibliografía citada.

<sup>919</sup> Vid. supra epígrafe IV.1. la configuración del dolo, particularmente en el ámbito del Derecho penal económico, como “compromiso de actuar del autor”, lo cual implica únicamente el conocimiento de los elementos de la acción típica, sin necesidad de constatar una específica voluntad del autor.

<sup>920</sup> Vid. claramente sobre el concepto y la ubicación de las dos clases de error: LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho penal*, cit., pág. 439 y ss; vid. también MIR PUIG, S., *Derecho penal. PG*, cit., L21, marg. 1 y ss; GIMBERNAT ORDEIG, E., *El sistema de Derecho penal en la actualidad*, en Estudios de Derecho penal (Gimbernat Ordeig, E.), Tecnos, Madrid 1990, pág. 175 y ss.

Al tratar la posibilidad de admitir un error sobre la prohibición contenida en el art. 282 del CP, habrá que hacer mención en primer lugar a la tendencia doctrinal a preferir la aplicación del error de tipo sobre el error de prohibición en el ámbito del Derecho penal económico. Efectivamente, en este sector del ordenamiento penal surge un problema importante: la existencia en las figuras típicas de términos normativos de contenido jurídico, y la frecuente necesidad de acudir a normas extrapenales para aclarar totalmente el significado del tipo. Todo esto determina que es más difícil ser consciente de la antijuridicidad de una conducta en el campo de los delitos socioeconómicos (puesto que requiere en numerosas ocasiones el conocimiento de reglas técnicas y normas extrapenales específicas) que en otras categorías de delitos (en las que simplemente las reglas ético-sociales de la comunidad bastarían para advertir la antijuridicidad de una determinada conducta). Ante esta cuestión problemática, se ha efectuado la siguiente propuesta: reducir la órbita de aplicación del error de prohibición en favor de la del error sobre el tipo; de este modo, el error sobre los elementos normativos de contenido jurídico, al igual que el error sobre la normativa extrapenal en las leyes penales en blanco, sería considerado como un error sobre el tipo, y no como un error sobre la prohibición<sup>921</sup>.

De todos modos, estas destacadas particularidades del Derecho penal económico no van a tener aplicación al delito de publicidad falsa, ya que su redacción típica ni contiene elementos normativos de contenido jurídico ni presenta remisiones a normativa extrapenal. Por lo tanto, el examen del error de prohibición en este delito no va a contener ninguna singularidad, de modo que vendrá referido simplemente a la conciencia de la antijuridicidad de la conducta, es decir, al conocimiento de la prohibición que pesa sobre la actividad publicitaria falsa. Sin duda alguna, la ilicitud de esta conducta resulta bastante evidente y se puede deducir, como se ha dicho antes, de las reglas ético-sociales básicas que rigen la comunidad.

Además, puede traerse a colación de nuevo el hecho de que los sujetos intervinientes en el tráfico económico se caracterizan por su "profesionalidad", y

---

<sup>921</sup> Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*. PG, cit., pág. 179 y ss. Vid. también MUÑOZ CONDE, F., *Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos*, en Revista Penal 1997, nº 1, pág. 74.

justamente esta circunstancia lleva a presumir que tales "profesionales" son conscientes de cuándo desarrollan una conducta antijurídica en tal ámbito; en otras palabras, si es posible afirmar que cualquier sujeto no especializado es consciente de que la publicidad falsa no es permitida por el ordenamiento jurídico, con más razón se puede atribuir la conciencia de la antijuridicidad de la conducta a las personas que se dedican profesionalmente a introducir y anunciar sus bienes y servicios en el mercado<sup>922</sup>.

## VI. CONSUMACIÓN Y TIPO DE TENTATIVA

Nos encontramos aquí con un tipo de mera actividad que, al proteger los intereses económicos difusos del colectivo de los consumidores, no llega a exigir la producción de un resultado de daño patrimonial; por lo tanto, el delito se consumará una vez realizada la conducta de hacer alegaciones falsas o manifestar características inciertas, pero sin olvidar la constatación del requisito de aptitud: verificar que la publicidad falsa es idónea para lesionar los intereses económicos del colectivo de los consumidores. Dicho de otro modo, habrá que interpretar en cada caso si se ha producido "la posibilidad del resultado de peligro", es decir, comprobar que en el supuesto de hecho concreto ha sido posible un contacto entre la publicidad falsa y el patrimonio o la libertad de disposición económica de los consumidores, a causa del cual hubiera podido producirse un peligro para estos últimos<sup>923</sup>.

---

<sup>922</sup> Vid. CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección...*, cit., pág. 292 y 313 y ss, y también bibliografía citada en nota 584.

<sup>923</sup> Cfr. MORENO Y BRAVO, E., *El delito de publicidad falsa*, cit., pág. 131; CARRASCO ANDRINO, M.M., *La publicidad engañosa y el Derecho penal*, cit., pág. 118; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 103; del mismo, *Comentarios al CP de 1995*, cit., pág. 1373; MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito de*



Hay que destacar, además, que el delito se consuma ya con la difusión de un único mensaje publicitario, siempre que presente las dos características mencionadas: falsedad e idoneidad para causar un perjuicio a los consumidores<sup>924</sup>. De todos modos, aun bastando la emisión de un único mensaje, no hay que olvidar que es exigible una amplia expansión de la publicidad para colmar el requisito de “aptitud para causar un perjuicio”<sup>925</sup>; por lo tanto, habrá que comprobar que el mensaje se ha hecho accesible a un número elevado de potenciales consumidores.

No existe ningún inconveniente para sancionar este delito en grado de tentativa, teniendo en cuenta las particularidades que presenta el art. 282 del CP como delito de aptitud.

En primer lugar hay que tener presente que estamos ante un tipo de mera actividad, lo cual exige una especial mención ya que no es unánime la admisibilidad del castigo de las formas de imperfecta ejecución en esta clase de delitos. De todos modos, existe un importante sector doctrinal y jurisprudencial que reconoce acertadamente la punición de la tentativa en los tipos de mera actividad; sin duda alguna, en estas infracciones puede estar tipificado un comportamiento que suponga un proceso desarrollable en el tiempo, y desde el momento en que no se completa puede apreciarse una modalidad imperfecta de ejecución<sup>926</sup>. En consecuencia, la configuración del art. 282 del CP como un delito de mera actividad no será óbice para admitir la sanción de actuaciones que suponen una tentativa.

---

*publicidad fraudulenta*, cit., pág. 87; MORENO CÁNOVES / RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, cit., pág. 172.

<sup>924</sup> Cfr. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., *El delito publicitario*, cit., marg. 1108.

<sup>925</sup> Vid. supra epígrafe III.4.

<sup>926</sup> Vid. admitiendo la tentativa en los delitos de mera actividad FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito*, Bosch, Barcelona 1986, pág. 201-204; LUZÓN PEÑA, D.M., *Tentativa y “posesión” en el tráfico de drogas*, en Estudios penales, PPU, Barcelona 1991, pág. 550; SOLA RECHE, E., *La llamada “tentativa inidónea” de delito. Aspectos básicos*, Comares, Granada 1996, pág. 160-162; ACALE SÁNCHEZ, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Comares, Granada 2000, pág. 314; y demás bibliografía citada por estos autores.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el art. 282 es un tipo de aptitud, enmarcado por lo tanto en la categoría más amplia de los delitos de peligro abstracto; a este respecto, cabe destacar que alguna doctrina y jurisprudencia han sido reacias a admitir la punición de una tentativa en esta última clase de delitos<sup>927</sup>. Al margen de la conveniencia o no de sancionar la tentativa en los tipos de peligro abstracto (cuestión que podría quedar zanjada si el legislador estableciese el sistema de “*numerus clausus*” en la incriminación de la tentativa indicando, tal y como ocurre en el Código penal alemán, los delitos concretos en los que son punibles las conductas de tentativa), hay que reconocer que en ellos son conceptualmente posibles las formas imperfectas de ejecución.

En primer lugar, en una gran mayoría de delitos de peligro abstracto se tipifica simplemente una actividad peligrosa y, como se acaba de decir, es imaginable que tal actuación constituya un proceso desarrollable en el tiempo, de tal modo que cuando no se complete puede apreciarse una modalidad imperfecta de ejecución. Y en segundo lugar, ningún problema habrá para admitir una tentativa en los casos menos frecuentes en que un tipo de peligro abstracto esté configurado como un delito de resultado<sup>928</sup>.

---

<sup>927</sup> Vid. 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*, Bosch, Barcelona 1999, pág. 57, afirmando la dificultad de concebir un supuesto práctico de tentativa en los delitos de peligro abstracto, y citando en nota 97 al sector doctrinal que rechaza las formas imperfectas de ejecución en esta clase de delitos, por considerar que se estaría castigando “el peligro de un peligro”. Vid. también en este último sentido CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro...*, cit., pág. 271 y ss.

<sup>928</sup> Explica claramente esta posibilidad de que un delito de peligro abstracto sea de resultado LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho penal*, cit., pág. 314, poniendo como ejemplo el delito de tráfico de drogas, regulado en el art. 368 del CP. Vid. también JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, Bosch, Barcelona 1999, pág. 45-46, afirmando que este art. 368 contiene un delito de peligro abstracto en el cual se encuentran modalidades de mera actividad y otras de resultado; sin embargo esta autora (pág. 242-244) no acepta la tentativa en este tipo de peligro abstracto porque considera que se trata ya de una tentativa tipificada específicamente en la Parte especial del Código penal. Vid. en pág. 229, nota 200, los autores que sí admiten formas imperfectas de ejecución en este concreto delito.

Rechaza la posibilidad de resultado en los tipos de peligro abstracto, al definirlos como “delitos de mera actividad peligrosa”, MIR PUIG, S., *Derecho penal. PG*, cit., L9, marg. 63. En cambio, mantiene una concepción opuesta GIMBERNAT ORDEIG, E., *Otra vez: los delitos contra la propiedad*

Además, en el caso del art. 282 del CP no estamos puramente ante un delito de peligro abstracto (que tipifica una conducta considerada abstractamente peligrosa) sino ante un delito de aptitud, en el cual se pueden diferenciar dos elementos: la realización de la conducta peligrosa y la constatación del requisito de aptitud. Esta específica configuración del tipo permite apreciar una tentativa cuando el autor ha realizado la conducta peligrosa (emisión de la publicidad falsa), pero no se ha dado la posibilidad de producción del resultado de peligro (es decir, no ha surgido la posibilidad de causar un perjuicio a los consumidores)<sup>929</sup>.

Así, habría tentativa en supuestos como los siguientes: cuando la publicidad ya está confeccionada en la imprenta o aún en fase de impresión, y antes de su efectiva exposición al público el encargado de la imprenta lo denuncia a las autoridades<sup>930</sup>; en el caso de que la publicidad ya se ha expuesto al público, pero se paraliza o retira inmediatamente, antes de que pueda acreditarse su aptitud lesiva, es decir, la posibilidad de causar un perjuicio a los consumidores<sup>931</sup>; el supuesto en que, estando ya programado un anuncio publicitario, se difunde sólo una primera parte y las alegaciones falsas se hallan en la segunda parte aún no emitida<sup>932</sup>; refiriéndonos a la publicidad difundida por televisión, radio o Internet, podría ocurrir que el mensaje falso ya esté preparado pero por fallos técnicos no llega a ser emitido<sup>933</sup>; y por

---

*intelectual*, en Ensayos penales (Gimbernat Ordeig, E.), Tecnos, Madrid 1999, pág. 440 y ss, considerando que todos los delitos son de resultado, incluso los tradicionalmente calificados como “de mera actividad”, pues según el autor en estos últimos el resultado consiste en la modificación del mundo exterior consencuencia de la acción delictiva.

<sup>929</sup> Vid. en este sentido MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El agente provocador*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995, pág. 82.

<sup>930</sup> Cfr. MAPELLI CAFFARENA, cit., pág. 87-88; MORENO Y BRAVO, cit., pág. 132.

<sup>931</sup> Cfr. BAJO / BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, cit., pág. 553; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 103; CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal. PE*, cit., pág. 525.

<sup>932</sup> Cfr. SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Compendio de Derecho penal*, cit., pág. 545, quien sólo ve la posibilidad de tentativa en estos supuestos en que la acción delictiva esté compuesta por varios actos; siguiéndole, MORENO Y BRAVO, cit., pág. 131-132.

<sup>933</sup> Cfr. CARRASCO ANDRINO, op. cit., pág. 119. Cfr. también este ejemplo y el

último, los casos en que se difunde una publicidad falsa pero que aún no puede reputarse idónea para causar un perjuicio porque el bien o servicio anunciado todavía no ha sido introducido en el mercado<sup>934</sup>.

Resumiendo, se puede afirmar que las situaciones en que será más frecuente apreciar una tentativa serán aquellas en que se difunde la publicidad falsa pero aún no se ha producido el requisito de aptitud para causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores. Este es el caso de los ejemplos segundo y quinto ofrecidos en el párrafo anterior, y podrían imaginarse aún más en esta línea: así, y remitiéndonos a los parámetros propuestos para dotar de contenido a este elemento de aptitud<sup>935</sup>, puede constatarse la existencia de una tentativa si una publicidad falsa ha sido efectivamente difundida y, por ejemplo, no ha llegado a ser accesible a un número importante de consumidores, ya que en tal caso no podría hablarse de la posibilidad de causar un perjuicio grave y manifiesto<sup>936</sup>.

Algunos autores, en cambio, se oponen a la apreciación de la tentativa en este delito: por ejemplo, Moreno Cánoves / Ruiz Marco<sup>937</sup> opinan que al no ser necesaria la constatación de un perjuicio, no son punibles las formas imperfectas de ejecución. Sin embargo, como se acaba de explicar, el hecho de que no se exija la producción

---

anterior en ABANTO VÁSQUEZ, M.A., *Derecho penal económico*. PE, cit., pág. 185.

<sup>934</sup> Cfr. MAPELLI CAFFARENA, op. cit., pág. 88.

<sup>935</sup> Vid. supra epígrafe III.4.

<sup>936</sup> El estado de cosas existente en Alemania no es muy diferente, si bien partiendo de unas estructuras jurídicas totalmente distintas. Así, en Derecho alemán no se castiga la tentativa si no viene expresamente indicado en la norma penal, y no existe tal previsión en el art. 4 de la UWG; sin embargo, la doctrina considera que el delito de publicidad engañosa se consuma ya cuando las declaraciones publicitarias se hacen públicas, aunque sólo resulten accesibles a una única persona, y además ni siquiera se necesita constatar que el destinatario ha tenido efectivo conocimiento del mensaje; vid. FUHRMANN, *Strafrechtliche Nebengesetze*, cit., Rn. 70; PFEIFFER, G., *Strafbare Werbung*, cit., pág. 219; OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 110-112. En relación con el delito de publicidad falsa en el ámbito de los títulos-valores (art. 264a del CP alemán), que tampoco prevé la punición de la tentativa, la doctrina no considera necesario que alguien en concreto haya llegado a tener conocimiento del mensaje, si bien sí exige que se haya hecho accesible al público en general; vid. CRAMER, en *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., Rn. 37; GÖSSEL, K.H., *Strafrecht. BT*, cit., cap. 23, Rn. 84.

<sup>937</sup> Cfr. MORENO CÁNOVES / RUIZ MARCO, cit., pág. 172.

efectiva de un perjuicio no impide apreciar la tentativa: lo que se exige es la "posibilidad de un resultado de peligro" y, en la medida en que se realice la conducta peligrosa y no se verifique tal posibilidad, podrá decirse que nos hallamos ante una tentativa<sup>938</sup>.

También es susceptible de crítica la posición doctrinal<sup>939</sup> que califica a este delito como de resultado cortado, considerando que la consumación tiene lugar una vez emitida la publicidad, sin necesidad de que llegue a causarse perjuicio alguno. No se puede mantener esta interpretación, si recordamos que según la opinión doctrinal dominante estos delitos se caracterizan por la realización de conductas dolosas acompañadas de un elemento subjetivo del injusto, consistente en el ánimo de conseguir un ulterior resultado que no tiene por qué obtenerse<sup>940</sup>: denominar al art. 282 del CP como un delito de resultado cortado equivaldría a admitir que se está consumando el delito del art. 282 del CP cuando un sujeto emite un mensaje publicitario falso con la intención de provocar un perjuicio a los consumidores, por muy inverosímil que fuese la real causación de este perjuicio. No se puede pasar por alto que el tipo penal no exige una específica intención del autor de originar un daño, sino que se exige la idoneidad objetiva del mensaje publicitario para causar un perjuicio, que además debe ser grave y manifiesto.

---

<sup>938</sup> También cabe oponer esta misma argumentación a las posturas mantenidas por los siguientes autores: GONZÁLEZ RUS, J.J., *Curso de Derecho penal español*, cit., pág. 808, y MUÑAGORRI LAGUÍA, I., *La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa*, cit., pág. 1108-109, quienes consideran que no es posible una tentativa porque el delito se consuma con la simple emisión de la publicidad; y SUÁREZ GONZÁLEZ, op. cit., pág. 545, que admite la tentativa únicamente en aquellos supuestos en que la acción esté compuesta por varios actos y se haya realizado alguno de los mismos. También se pronuncia en contra de apreciar aquí una tentativa JORDANA DE POZAS, L., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II, Trivium, Madrid 1997, pág. 2985.

<sup>939</sup> Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español*, cit., pág. 602; cfr. también RODRÍGUEZ RAMOS / DE LA CUESTA RUTE, *El delito publicitario*, cit., pág. 19.

<sup>940</sup> Vid. LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho Penal*, cit., pág. 309; y MIR PUIG, S., *Derecho Penal. PG*, cit., pág. 205.

## VII. TIPOS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Como ya se ha indicado al definir el sujeto activo en este art. 282 del CP<sup>941</sup>, la creación de un delito especial propio no responde a las características del injusto, puesto que el reproche penal que merece la publicidad falsa depende de la publicidad en sí, no de quien la realice. Por lo tanto, carece de justificación que el círculo de autores haya de ceñirse a los fabricantes o comerciantes, quedando fuera del tipo aquellos que en la práctica parecen ser los verdaderos artífices de la publicidad: las *agencias publicitarias*; a este respecto, numerosos autores han criticado esta laguna de punibilidad<sup>942</sup>. Sin embargo, y como a continuación se irá viendo, puede afirmarse que esta situación de impunidad no es tan absoluta como aparece a primera vista.

Es evidente que en el momento de constatar, en la actividad publicitaria, comportamientos subsumibles en el art. 282 del CP, aparece como responsable de esa conducta precisamente el "fabricante o comerciante"<sup>943</sup> que da a conocer de tal modo su producto o servicio en el mercado. Dado que la redacción típica limita a estos dos sujetos el círculo de posibles autores, habrá que determinar en cada caso hasta qué punto el "fabricante o comerciante" en cuestión ha sido el auténtico autor de las alegaciones publicitarias falsas. Así, fuera de los pocos casos en los que el propio fabricante o comerciante elabore y presente personalmente la publicidad, lo cual ocurrirá v.gr. en los casos de publicidad en el propio puesto de venta, nos encontramos con dos cuestiones problemáticas importantes: en primer lugar, hay que

---

<sup>941</sup> Vid. supra epígrafe III.5.

<sup>942</sup> Se muestran críticos con esta situación de impunidad CARBONELL MATEU, cit., pág. 524-525; HERNÁNDEZ PLASENCIA, cit., marg. 1109-1111; CUERDA RIEZU, cit., pág. 78.

<sup>943</sup> Entendidos en el sentido amplio antes expuesto, al delimitar el sujeto activo; vid. supra epígrafe III.5.

destacar que generalmente será muy frecuente que los anunciantes contraten a otros sujetos especializados para crear y preparar los mensajes publicitarios: las agencias de publicidad; en segundo lugar, en la gran mayoría de los casos nos hallaremos ante fabricantes o comerciantes que son personas jurídicas, en el seno de las cuales habrá que proceder a depurar quién tiene la responsabilidad penal.

### **1. Análisis de los diferentes grados de responsabilidad de los empresarios anunciantes y de las agencias de publicidad**

Empezando con la primera cuestión mencionada, la relativa a la frecuente intervención de las **agencias de publicidad** como auténticas elaboradoras del mensaje que es objeto de difusión, habrá que distinguir en la realidad práctica supuestos diferentes, que serán objeto de desarrollo a continuación.

Como ya se ha dicho, la actuación de las agencias de publicidad es tan habitual y relevante<sup>944</sup>, que la LGP ha dedicado una serie de artículos (arts. 15 a 24) a regular los contratos publicitarios. Para el tema que nos ocupa, deben tratarse el contrato de publicidad y el de creación publicitaria. Según el art. 15 de la LGP, "contrato de publicidad es aquel por el que un anunciante encarga a una agencia de publicidad, mediante una contraprestación, la ejecución de publicidad y la creación, preparación o programación de la misma." En segundo lugar, el art. 22 de la LGP define como contrato de creación publicitaria a "aquel 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."

---

<sup>944</sup> Es ciertamente destacado el papel de las agencias de publicidad en la elaboración de la publicidad de bienes y servicios, vid. datos sobre las cifras de ingresos derivadas de la realización de esta actividad en RODRÍGUEZ DEL BOSQUE, I.A. / DE LA BALLINA BALLINA, J., *Comunicación comercial: conceptos y aplicaciones*, Civitas, Madrid 1998, pág. 153-154.

Lo que resulta necesario dilucidar, en relación con las citadas agencias, es hasta qué punto son las verdaderas redactoras e inventoras del contenido de la publicidad que tienen encomendado elaborar (debe puntualizarse que generalmente el anunciante encargará todo el proceso de elaboración de la publicidad a una agencia, y ésta creará el mensaje con sus propios recursos humanos o efectuando con un tercero el antes mencionado contrato de creación publicitaria).

Evidentemente, va a ser el fabricante o empresario quien facilite a la agencia o al creador publicitario todos los datos necesarios del bien o servicio que quiere anunciar, y al fin y al cabo la función de estos últimos consistirá en darle forma a ese mensaje que el empresario quiere transmitir, de tal modo que se convierta en una comunicación publicitaria lo más atractiva posible. Aparte de otras posibles funciones que pueden desempeñar las agencias de publicidad (asesoramiento, realización de estudios de mercado, evaluación de los resultados de la campaña, etc.), en lo que se refiere concretamente a la creación y preparación de la publicidad sus cometidos básicos son la concepción y diseño del mensaje publicitario<sup>945</sup>.

a) *Elaboración de la publicidad por las agencias con base en datos falsos proporcionados por el anunciante, sin que las agencias conozcan tal falsedad*

Establecido lo anterior, se puede afirmar como regla general que las agencias de publicidad elaborarán su discurso con base en unos *datos proporcionados por el empresario* que las contrata, afirmación esta que además se deriva lógicamente del hecho de que la agencia desconoce (o conoce superficialmente) las características de un bien o servicio que ella no produce ni trata en forma alguna, sino que únicamente pretende publicitar (por encargo) al colectivo de consumidores. Como confirmación de este argumento, puede citarse asimismo el art. 17 de la LGP, que establece unas reglas determinadas para los supuestos en que "la publicidad no se ajustase en sus elementos esenciales a los términos del contrato o a las instrucciones expresas del

---

<sup>945</sup> Cfr. RODRÍGUEZ DEL BOSQUE, I.A. / DE LA BALLINA BALLINA, J., *Comunicación comercial: conceptos y aplicaciones*, cit., pág. 144.



anunciante"; visto esto, resulta claro que la agencia conoce el bien o servicio que anuncia a través del fabricante o empresario, y con base en los datos que éstos le faciliten elaborará el mensaje publicitario.

Ante tal estado de cosas quienes realmente determinan el contenido de la publicidad, los verdaderos autores del delito, van a ser precisamente los fabricantes y los comerciantes de bienes y servicios<sup>946</sup>. Aparece entonces la posibilidad de considerar autor mediato al fabricante o comerciante, tomando como base la definición de la autoría mediata como "*dominio de la voluntad*", es decir, como existencia de una voluntad rectora que domina el hecho típico sin realizar ninguna "acción" ejecutiva<sup>947</sup>.

Se trataría del clásico supuesto en que un sujeto utiliza para cometer un acto delictivo un *instrumento que actúa bajo error de tipo*: en el caso que nos ocupa, esta situación se produciría cuando el empresario, conocedor de la falsedad de los datos que aporta a la agencia, comete el delito de publicidad falsa utilizando a la citada agencia, la cual actuará en error de tipo porque no sabe que las alegaciones publicitarias con las que creará el anuncio son falsas; se puede decir, entonces, que el dominio del hecho, el dominio de la voluntad rectora del acontecer típico, recae única y exclusivamente en el empresario<sup>948</sup>.

La posición de este último aparece todavía más clara en los casos en que los fabricantes o comerciantes le ofrezcan ya a la agencia el mensaje publicitario íntegramente redactado, de tal modo que la misión de esta última sólo fuese añadir un diseño atractivo y contactar con los medios de difusión. Se trata de una hipótesis que sin duda podrá encontrarse en la práctica, dada la gran diversidad y el diferente

---

<sup>946</sup> Menciona la posibilidad de que los fabricantes o comerciantes sean considerados autores dado que poseen el "dominio del hecho", si bien quien realiza materialmente las alegaciones publicitarias falsas es la agencia publicitaria, CUGAT MAURI, M., *La protección de intereses colectivos*, cit., pág. 1187.

<sup>947</sup> Cfr. ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal* (Traducción por Cuello Contreras, J. / Serrano González de Murillo, J.L.), Marcial Pons, Madrid 2000, pág. 165-166.

<sup>948</sup> Cfr. ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pág. 194 y ss y 717.

volumen de prestaciones que puede ofrecer una agencia publicitaria<sup>949</sup>; por ello, en este supuesto que se acaba de presentar, en que la agencia ni conoce la falsedad y ni siquiera llega a elaborar un mensaje con base en los datos inveraces, puede afirmarse aún con más razón que constituye un instrumento en manos del empresario, limitándose a dar forma y difundir la publicidad delictiva.

Cabe acudir aquí a la Jurisprudencia francesa para corroborar la solución propuesta, puesto que pueden encontrarse sentencias en este país en las que se sanciona al anunciante como único autor del delito de publicidad engañosa, sin atribuir responsabilidad a la agencia ya que no tenía forma alguna de conocer la inveracidad de los datos que le proporcionaban<sup>950</sup>. Debe recordarse además, a este respecto, que la doctrina admite con carácter general que, en un delito especial propio como es el art. 282 del CP, es posible la autoría mediata de un "intraeus" (aquí, el fabricante o comerciante) que utiliza un "extraneus" (la agencia publicitaria) como instrumento<sup>951</sup>.

La solución de considerar autor mediato al empresario en esta concreta hipótesis se puede mantener incluso desde la catalogación de la autoría mediata como "*dominio del riesgo*": se trataría no de un dominio fáctico y absoluto del proceso delictivo, sino de una responsabilidad por haber creado un peligro para un bien jurídico, por haber desencadenado un riesgo que, como no existe una decisión autónoma respecto al mismo por parte del instrumento, sólo será atribuible al hombre de atrás<sup>952</sup>.

---

<sup>949</sup> Pone de relieve SÁNCHEZ GUZMÁN, J.R., *Teoría de la publicidad*, Tecnos, Madrid 1993, pág. 159, la diversa calidad de las prestaciones que los empresarios requieren de una agencia de publicidad: desde agencias que actúan como auténticos "socios mercadotécnicos" con total conocimiento de todos los aspectos y funciones del marketing, hasta supuestos en que la empresa le ofrece su estrategia publicitaria a la agencia y sólo le pide que diseñe los anuncios.

<sup>950</sup> Cfr. GREFFE / GREFFE, *La publicité et la loi*, cit., marg. 825-826.

<sup>951</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid 1966, pág. 230; CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección...*, cit., pág. 347.

<sup>952</sup> Vid. BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pág. 130-138, 179 y 407. Esta es la postura mantenida por MIR PUIG, S.,

En el caso que nos ocupa, puede afirmarse que el empresario, al entregar a una agencia datos falsos de sus bienes o servicios con el objetivo de que elabore con ellos anuncios publicitarios, está tomando una decisión autónoma respecto a la creación de un riesgo para el bien jurídico protegido; la actuación de la agencia, si bien dirige materialmente el proceso delictivo, no es consciente del peligro que éste encierra para el colectivo de consumidores<sup>953</sup>.

Finalmente, conviene hacer hincapié de nuevo en que la atribución de responsabilidad al empresario en los supuestos indicados es la solución que parece acogerse en Derecho francés, ya que el art. 121-5 del Code de la consommation establece que el principal responsable del delito de publicidad engañosa es el anunciante, es decir, el sujeto por cuenta del cual se difunde el mensaje publicitario<sup>954</sup>; este es, en realidad, el oferente que da a conocer sus propios bienes o servicios por medio de la publicidad. La doctrina francesa acoge positivamente esta previsión del legislador, argumentando que en definitiva los mensajes falsos llegan a conocimiento del público porque el anunciante ha ordenado difundirlos para hacer públicas sus ofertas; además, al ofrecer sus propios bienes y servicios, será a él a quien corresponda verificar, antes de proceder a la difusión del mensaje, que las declaraciones en él contenidas son realmente veraces<sup>955</sup>.

No obstante, cierta doctrina y jurisprudencia afirman que no sólo cabe considerar anunciante al que se beneficia económicamente de los resultados de la

---

*Derecho penal. PG, cit., pág. 367 y por SILVA SÁNCHEZ, J.M., Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario, en CPC 1989, nº 38, pág. 388. En esta línea puede situarse también a CORCOY BIDASOLO, M., Delitos de peligro y protección..., cit., pág. 319-320 y 324, ya que defiende una interpretación de la autoría como "dominio funcional del hecho, entendido como competencia sobre el riesgo: autor es la persona o personas que tienen el dominio, directo o por competencia específica, de controlar o evitar el riesgo típico, independientemente que ejecute materialmente la conducta típica o no".*

<sup>953</sup> Cfr. BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata en Derecho penal*, cit., pág. 191.

<sup>954</sup> Cfr. RENUCCI, J.F., *Droit pénal économique*, cit., pág. 125.

<sup>955</sup> Cfr. CALAIS-AULOY / STEINMETZ, *Droit de la consommation*, cit., marg. 131; GREFFE / GREFFE, *La publicité et la loi*, cit., marg. 732-734.

publicidad (el propio oferente en el sentido expuesto), sino también al sujeto que da la orden de difundir los mensajes<sup>956</sup>. De todos modos, no resulta muy acertada esta interpretación extensiva, puesto que no resulta imaginable que cualquier mandatario, especialmente una agencia publicitaria, proceda a la difusión de la publicidad elaborada sin que previamente el propio oferente de los bienes o servicios apruebe el trabajo realizado, constatando que se han seguido las directrices por él impartidas; por lo tanto, esta supervisión efectuada por el oferente determina que va a ser este último quien podrá recibir la auténtica consideración de "anunciante", quien posea un dominio sobre el proceso completo de elaboración y difusión de la publicidad<sup>957</sup>.

b) *Supuestos de elaboración de la publicidad falsa por las propias agencias publicitarias*

Otra posibilidad que podría darse en la práctica es que efectivamente *las agencias de publicidad hayan elaborado el mensaje falso*, que de ellas haya partido la idea de difundir un mensaje publicitario inveraz, con lo cual estarán realizando una auténtica conducta de autoría. Si bien se ha aducido que en tales casos se produciría una laguna de punibilidad, realmente no habría ningún problema para entender que la agencia de publicidad actúa "en nombre o representación" del fabricante o comerciante (el sujeto cualificado en el art. 282) y, por lo tanto, debe responder como autora del delito de publicidad falsa en virtud del art. 31 del CP, que establece

---

<sup>956</sup> Cfr. WALTER, T., *Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland*, cit., pág. 401-402 (refiriéndose como posible anunciante no sólo al que ordena la difusión, sino también al que concibe el mensaje); RENUCCI, J.F., *Droit pénal économique*, cit., pág. 125 (mencionando también algunas sentencias que consideraban "anunciantes" a ciertos sujetos que participaban de forma muy relevante en la actividad publicitaria); FOURGOUX / MIHAÏLOV / JEANNIN, *Principes et pratiques du Droit de la consommation*, cit., F17; MAYER, D., *Droit pénal de la publicité*, cit., pág. 93.

<sup>957</sup> Vid. lo dicho supra en este mismo epígrafe 1. Como afirma SÁNCHEZ GUZMÁN, J.R., *Teoría de la publicidad*, cit., pág. 161, "la agencia no realiza inserciones de anuncios que, previamente, no hayan sido supervisados por la empresa"; vid. también en este sentido ABANTO VÁSQUEZ, M.A., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 186.

lo siguiente: "el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá 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, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre".

Tal solución se puede sostener desde el mantenimiento de una concreta fundamentación basada en criterios jurídico-penales, que sirva para legitimar la *transmisión de la responsabilidad penal, en el ámbito de los delitos especiales*, al representante mencionado en el art. 31. El esfuerzo de construir esta fundamentación se debe a Schünemann, quien ha señalado que el ámbito de responsabilidad del representante quedará configurado cuando en él concurren los elementos especiales de autor que expresen una "relación de dominio sobre la causa del resultado igual a la del garante"; la cual puede concretarse en el "dominio sobre una cosa o procedimiento peligroso" o en el "dominio sobre el desvalimiento y la susceptibilidad de lesión del objeto del bien jurídico amenazado"<sup>958</sup>. Así, y como concluye el mismo Schünemann, la posibilidad de sancionar al representante se deriva de que ha asumido de hecho las actividades del sujeto cualificado y ha ejecutado la acción típica<sup>959</sup>.

La tesis del penalista alemán ha sido tomada como base por alguna doctrina española al desarrollar nuestra institución del "*actuar en lugar de otro*", contenida en el vigente Código en el citado art. 31. Así, según Gracia Martín lo que fundamenta la atribución de responsabilidad al representante es que el significado de su conducta es materialmente idéntico al de la conducta del sujeto cualificado en el delito especial<sup>960</sup>; para ello, habrá que descubrir el fundamento material de la restricción del

---

<sup>958</sup> Vid. SCHÜNEMANN, B., *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*, en ADPCP 1988, Fasc. II, pág. 544.

<sup>959</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, B., *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal...*, cit., pág. 546.

<sup>960</sup> GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, Vol. I, Zaragoza 1986, pág. 357, discrepa de Schünemann en la circunstancia de que éste centre el dominio del "actuante en lugar de otro" en la "causa fundamental del resultado"; según Gracia, lo que

sujeto activo en los delitos especiales, y a continuación comprobar que está presente el mismo fundamento cuando la acción típica es realizada por quien no se incluye en ese círculo de posibles autores<sup>961</sup>.

Gracia concluye que tal fundamento material consiste en la "relación de dominio social" que el sujeto cualificado tiene con el bien jurídico protegido. Tal relación se establece, dicho de forma resumida, porque este bien jurídico sólo se involucra de modo especialmente relevante al llevar a cabo determinadas conductas que son desempeñadas desde el interior de una determinada estructura social; se trataría de una situación de dominio que resulta equivalente a una posición de garante con respecto al bien jurídico protegido<sup>962</sup>. Por estos motivos, en algunos delitos especiales el legislador ha pretendido delimitar el concreto ámbito social en el que se ha de proteger el bien jurídico; o en otras palabras, se acota el sujeto activo a aquel círculo de sujetos que poseen un "dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico", constituyéndose entonces un "delito de dominio social"<sup>963</sup>.

---

esencialmente hay que indagar para saber si concurren los presupuestos de una actuación en lugar de otro es si se dan las posibilidades de que un sujeto realice la concreta acción típica, ya que sólo así podrá adquirir relevancia jurídico-penal la causación del resultado. Continúa diciendo Gracia que habrá que constatar si el sujeto no cualificado accede materialmente al ejercicio de las facultades inherentes al círculo de sujetos activos delimitado típicamente, porque sólo desde esa posición podrá lesionarse el bien jurídico en la concreta forma que describe el tipo (vid. pág. 365 y 371).

<sup>961</sup> Vid. GRACIA MARTÍN, L., *La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el Derecho penal español*, en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, cit., pág. 118; vid. también MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*. PG, cit., pág. 222 y ss.

<sup>962</sup> Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante...*, cit., pág. 121; el mismo, *El actuar en lugar de otro...*, cit., Vol. I, pág. 374-375. Vid. también en la línea expuesta SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español*, en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin (Silva Sánchez, J.M., ed. española), Bosch, Barcelona 1995, pág. 378; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*. PG, cit., pág. 222 y ss.

<sup>963</sup> Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, Bosch, Barcelona 1986, pág. 27; el mismo, *El actuar en lugar de otro...*, cit., Vol. I, pág. 305; el mismo, *La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante...*, cit., pág. 120. Vid. también SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El actuar en lugar de otro (artículo 31) en el nuevo Código penal español*, en *Estudios de*

Precisamente se ha manifestado así con respecto a este art. 282 García Cavero, afirmando que se trata de un delito especial configurado materialmente "como un delito de dominio 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"<sup>964</sup>; estaríamos aquí, asumiendo las palabras de Gracia, en presencia de "un bien jurídico esencialmente involucrado en el ejercicio de la función de empresario, comerciante [...]"<sup>965</sup>. Así, cuando una agencia publicitaria (representante) ha accedido al ejercicio del mismo dominio social del empresario (representado), nos encontramos con que tal "actuante en lugar de otro" realiza materialmente su acción en las mismas circunstancias que han fundamentado la configuración del delito especial, o en otras palabras, se encuentra materialmente en posición de poder afectar al objeto penalmente protegido, motivo por el cual puede ser asimilado valorativamente al sujeto cualificado<sup>966</sup>.

---

Derecho penal (Silva Sánchez, J.M.), Editorial Jurídica GRILEY, Lima 2000, pág. 137-138.

<sup>964</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, Bosch, Barcelona 1999, pág. 190. Como explica este mismo autor (pág. 39-40), los delitos de dominio se construyen con base en el rol de ciudadano, de tal modo que generalmente se configurarán como delitos comunes, sin restricción alguna del sujeto activo; sin embargo, encontraremos delitos especiales en aquellos ámbitos sociales caracterizados por el hecho de que sólo un conjunto determinado de sujetos se halla en situación de mayor proximidad al bien jurídico. En este sentido, y tomando como base a Schünemann, se manifiesta también GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro...*, cit., Vol. I, pág. 342, afirmando que los delitos especiales son delitos de dominio puesto que en ellos la posición del autor presupone un "dominio de la protección sobre la vulnerabilidad del bien jurídico" y, como se ha dicho antes, Schünemann equipara la posesión de este dominio con la existencia de una posición de garante; cabe advertir aquí que, si bien estos dos autores coinciden en estas premisas básicas, Gracia no comparte la tesis de Schünemann del "dominio sobre la causa fundamental del resultado", sino que prefiere hablar del ya mencionado "dominio social", entendido como un criterio normativo mediante el que se averiguan las posibilidades de un sujeto de realizar la acción típica (vid. GRACIA, op. cit., pág. 357).

<sup>965</sup> Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante...*, cit., pág. 122.

<sup>966</sup> Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes...*, cit., pág. 27. Vid. también en este sentido SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español*, en

Se ha dicho ya repetidas veces que la incriminación de las conductas de publicidad falsa del art. 282 del CP responde a la necesidad de proteger el bien jurídico "patrimonio" ante el carácter especialmente peligroso de los ataques que se dirigen al mismo en el ámbito de una específica actividad: la difusión de mensajes publicitarios por parte de los fabricantes o comerciantes con el objeto de que los consumidores puedan conocer sus productos o servicios. Si es el propio desarrollo de la actividad publicitaria lo que supone un especial riesgo para los patrimonios de los consumidores, será indiferente el concreto sujeto que ponga en marcha tal proceso; así, el desvalor de una conducta de difusión de publicidad falsa será el mismo independientemente de si es efectuada por el propio fabricante o comerciante de los bienes o servicios o por una agencia publicitaria<sup>967</sup>.

Si bien el art. 282 del CP restringe el círculo de posibles autores a los fabricantes o comerciantes, las agencias de publicidad podrán entonces responder también como autoras en virtud de la cláusula del "actuar en lugar de otro", ya que la misma permite castigar a sujetos no cualificados que han accedido a un ámbito de actividad ajeno para realizar tareas relacionadas con dicha actividad, y así entran en contacto con el ámbito de protección de la norma<sup>968</sup>. Cifándonos más al caso que

---

Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, cit., pág. 378; GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho...*, cit., pág. 86 y 190.

<sup>967</sup> Como dice GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro...*, cit., Vol. I, pág. 291, "todos los elementos personales que caracterizan el desvalor de la acción, aunque radiquen en la persona del autor, están referidos al hecho típico", concluyendo que "los elementos objetivos de la autoría de los delitos especiales son elementos del hecho típico, pues sólo son jurídico-penalmente relevantes en cuanto dan un sentido valorativo al hecho".

<sup>968</sup> Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro...*, Vol. I, cit., pág. 60 y 218. Reconoce expresamente la aplicabilidad aquí del art. 31, de modo que las agencias publicitarias podrán asumir el papel de autor del delito de publicidad falsa, CUGAT MAURI, M., *La protección de intereses colectivos*, cit., pág. 1188.

Señala SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El actuar en lugar de otro (artículo 31) en el nuevo Código penal español*, cit., pág. 154-155, las dificultades que presenta la aplicación sucesiva del art. 31 del CP, circunstancia que se daría en este art. 282 ya que, tras considerar autora a la agencia publicitaria en virtud del art. 31, habrá que volver a aplicar este último artículo para depurar responsabilidades en el interior de la propia agencia, ya que prácticamente siempre se tratará de una persona jurídica. Para solventar esta problemática, la solución propuesta por el autor es que la persona representante de la agencia en virtud del art. 31 sea considerada como administrador de hecho o simplemente como sujeto que obra en nombre de la empresa que comercia en el mercado con sus bienes o servicios.



aquí se plantea, se puede afirmar que la agencia ha accedido a un campo de actividad propio de los fabricantes o comerciantes: dar a conocer al público los bienes o servicios que producen u ofertan como presupuesto necesario para que los consumidores lleguen a adquirirlos; de este modo, desde que la agencia realiza tal actividad, se sitúa en una posición que es idéntica a la del empresario y que conlleva la posible puesta en peligro del patrimonio del colectivo de consumidores<sup>969</sup>.

Además, se ha puesto también de relieve que basta con que el "actuante en lugar de otro" haya entrado fácticamente en la posición o actividad que corresponde al sujeto cualificado, de modo que si bien es frecuente la existencia de un contrato regulador de las relaciones entre agencia y empresario<sup>970</sup>, ni siquiera será necesario atender a tal circunstancia porque la agencia va a "actuar en lugar de otro" desde el momento en que se inscribe fácticamente en la esfera de actividad del empresario<sup>971</sup>.

*c) Supuestos de autoría conjunta de los anunciantes y las agencias de publicidad*

Como se ha dicho anteriormente, es prácticamente inimaginable que una agencia publicitaria pueda llegar a difundir los mensajes falsos por ella concebida sin que exista una valoración del trabajo por parte del anunciante<sup>972</sup>. Por ello, en función del grado de control o de participación del empresario en la actividad de la agencia, podemos distinguir diversos niveles de responsabilidad.

El supuesto en que puede afirmarse rotundamente que existe una auténtica autoría por parte de la agencia sería, sin duda alguna, aquel en que la agencia decide

---

<sup>969</sup> Afirma también en este sentido GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro*, cit., pág. 301, que "los elementos objetivos de la autoría (desvalor de la acción) cobran interés para el tipo en función de la protección jurídico-penal del bien jurídico (desvalor del resultado)."

<sup>970</sup> Vid. supra al comienzo de este epígrafe 1.

<sup>971</sup> Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro*, cit., pág. 118, 225 y 397.

<sup>972</sup> Vid. supra apartado a).

construir y difundir una publicidad falsa que el anunciante no ha aprobado, bien porque éste ha rechazado tal forma de publicidad en el momento de supervisar el trabajo realizado, o bien porque tal falsedad no estaba presente en la obra definitiva presentada por la agencia al empresario. Obviamente, estos supuestos tan claros de autoría serán difícilmente imaginables en la realidad práctica; sin lugar a dudas, resultaría poco rentable para el futuro profesional de una agencia dedicarse a difundir publicidad falsa sin contar con la aprobación del anunciante.

El caso más frecuente será, por el contrario, aquel en que *el empresario y la agencia de publicidad se pongan de acuerdo para elaborar y difundir el mensaje publicitario falso*. En estos casos será posible apreciar una *coautoría*, a pesar de que en principio podría parecer inadmisibles ya que uno de los coautores (la agencia publicitaria) no presenta la cualificación que el tipo exige al sujeto activo y, por otra parte, puede entenderse que no cabe considerar que efectúa una "actuación en lugar de otro" desde el momento en que ese "otro", el representado, ha realizado la acción típica. Sin embargo, y siguiendo a Gracia Martín, el hecho de que el representado actúe no tiene por qué conducir a una exclusión de la responsabilidad del representante si éste ha intervenido efectivamente en concepto de autor; así, si en virtud del art. 31 del CP puede considerarse que una agencia publicitaria ha realizado una actuación en lugar del empresario, realizando actos materiales de autoría, no habrá razón alguna para exonerarla de tal responsabilidad, independientemente de la concreta actuación que lleve a cabo el propio empresario, que puede ser tanto de autoría como de participación<sup>973</sup>.

Una vez aceptada la posibilidad de que empresarios y agencias sean coautores de un delito de publicidad falsa, sólo quedaría por examinar si efectivamente se dan los presupuestos de fundamentan la coautoría de dos o más sujetos.

Así, se puede constatar un amplio acuerdo a la hora de configurar la coautoría como dominio conjunto del hecho, que siempre va a partir de la existencia de un plan o un dolo comunes, un acuerdo de voluntades, que han de abarcar siempre la realización conjunta del hecho, no solamente la propia aportación al proceso

---

<sup>973</sup> Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro*, cit., pág. 33-34.

delictivo<sup>974</sup>; a partir de aquí, hay divergencias al configurar los exactos contornos de una conducta de coautoría.

Así, cabe destacar por una parte la línea de Roxin, definiendo la coautoría como "*dominio del hecho funcional*", expresión que según él viene a equivaler a una cooperación vinculada, entendida de forma que si uno de los coautores deniega su intervención fracasa el proceso delictivo; a esta idea base se une la exigencia de que la contribución de cada coautor resulte esencial para lograr el plan común y que además se lleve a cabo no en la fase preparatoria del delito, sino en la propia ejecución del mismo<sup>975</sup>.

Por otra parte Díaz y García Conlledo, aun partiendo del "dominio funcional" de Roxin, acaba definiendo la coautoría como "*dominio positivo y conjunto del hecho*" (con base en la "determinación objetiva y positiva del hecho", expuesta por Luzón Peña)<sup>976</sup>, queriendo poner de relieve que los sujetos acordados (los coautores) han de realizar en conjunto la acción que determina positivamente el sí y el cómo del hecho; este dominio positivo sólo se da, según esta teoría, cuando se realiza la acción típica nuclear, rechazándose además con carácter general la exigencia de esencialidad de la contribución del coautor y de que sólo sea una intervención en fase ejecutiva<sup>977</sup>.

---

<sup>974</sup> Cfr. ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pág. 316; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona 1991, pág. 653; PÉREZ ALONSO, E.J., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Comares, Granada 1998, pág. 210. Vid. una amplia enumeración de autores españoles que defienden la teoría del dominio del hecho en PÉREZ ALONSO, op. cit., pág. 78, nota 204.

<sup>975</sup> Vid. ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pág. 309 y ss. Vid. una enumeración de seguidores de esta teoría en PÉREZ ALONSO, E.J., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, cit., pág. 213, nota 39, incluyendo también al propio PÉREZ ALONSO.

<sup>976</sup> Vid. LUZÓN PEÑA, D.M., *La "determinación objetiva del hecho". Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado*, en *Estudios penales*, cit., pág. 202 y ss.

<sup>977</sup> Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho penal*, cit., pág. 583, 653 y ss y 677. Vid. también desarrollando esta postura, pero admitiendo que autor es quien realiza cualquiera de las acciones descritas en el tipo, no sólo la acción nuclear, LÓPEZ PEREGRÍN, M.C., *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pág. 395 y ss. Esta última cuestión, aunque posee indudable relevancia en la delimitación del concepto de autor, no va a plantear problemas en relación con el art. 282 del CP, ya que se puede afirmar que este precepto sólo describe una única acción típica: la realización de alegaciones

Lo que pretende poner de relieve Díaz y García es que no puede considerarse conducta de coautoría aquella intervención que, si es retirada por quien la efectúa, llega a desbaratar el plan delictivo (postura mantenida por Roxin, como se ha visto); según esta última interpretación doctrinal estaríamos ante un "dominio puramente negativo" que no puede equipararse con un auténtico dominio del hecho en calidad de autor<sup>978</sup>.

Decantándonos por esta última interpretación restrictiva de la autoría, habrá que constatar entonces si tanto la agencia como el anunciante poseían un dominio positivo y conjunto del hecho; es decir, para considerar coautores a ambos debe examinarse si los dos realizan una acción que determina positivamente el si y el cómo del hecho. Partiendo de que el presupuesto indispensable de la coautoría es la existencia de una resolución común, habrá que examinar los concretos términos de ese acuerdo para averiguar si realmente ambos determinaban conjuntamente el desarrollo del hecho delictivo, o si la dirección del plan correspondía básicamente a uno de ellos y sólo se requería del otro un mero auxilio o cooperación<sup>979</sup>.

En primer lugar, podríamos seguir hablando de una auténtica autoría por parte de la agencia si ha elaborado el mensaje falso tras haber sido inducida a ello por el fabricante o comerciante. Nada habría que objetar a esta hipótesis si

---

publicitarias, las cuales han de poseer dos cualidades, que son la falsedad y la aptitud para perjudicar a los consumidores.

<sup>978</sup> Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, op. cit., pág. 666 y ss. Vid. también DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal*, en *El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal*, CGPJ, Madrid 1996, pág. 239, quien, realizando una crítica de la teoría del "dominio funcional del hecho", se muestra favorable a esta distinción entre dominio positivo y negativo como método para diferenciar en un gran número de casos conductas de autoría y de participación (pág. 242, nota 53).

<sup>979</sup> Como ya se ha dicho con anterioridad, el Code de la consommation francés hace principal responsable del delito de publicidad engañosa al anunciante de los bienes o servicios (art. 121-5). Sin embargo, afirma la doctrina que la intervención de una agencia publicitaria no va a resultar impune, ya que ésta podrá tener responsabilidad como partícipe o como coautora (debe recordarse que el Derecho francés configura un delito común, con lo cual no habrá problemas para atribuir responsabilidad penal a la agencia); cfr. GUÉRY, G., *Droit des affaires*, cit., pág. 186; CALAIS-AULOY / STEINMETZ, *Droit de la consommation*, cit., marg. 131.

recordamos que, como ya se ha dicho, la actuación de un sujeto cualificado en un delito especial no tiene por qué ser siempre en calidad de autor, sino que es posible que el autor sea el "actuante en lugar de otro" (en este caso la agencia) y el propio sujeto cualificado (aquí el empresario) lleve a cabo una conducta de participación, que en este caso sería de inducción a elaborar la publicidad falsa<sup>980</sup>.

En segundo lugar, fuera de los claros supuestos de inducción, se nos presenta la problemática de delimitar las conductas de cooperación necesaria y las de autoría. Como ya se ha dicho, va a ser necesario comprobar quién determina positiva y objetivamente el hecho para atribuir al mismo la condición de autor.

Así, en los casos en que *la idea rectora del proceso de elaboración de la publicidad falsa corresponda al anunciante*, el cual consigue ponerse de acuerdo con una agencia con el objeto de confeccionar con mayor perfección y profesionalidad el mensaje publicitario y asimismo con el propósito de encargarle todo lo relacionado con la difusión de la publicidad, puede afirmarse que es el **anunciante** quien realmente posee el dominio positivo y objetivo del hecho como **auténtico autor** y la **actuación de la agencia sólo constituirá una cooperación necesaria**<sup>981</sup>.

Por el contrario, *si la idea de elaborar la publicidad falsa y el consiguiente trabajo de confección y difusión de la misma corresponde a la agencia*, ésta será la

---

<sup>980</sup> Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro*, cit., pág. 33-34. Se adhiere a la solución propuesta por GRACIA: HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, Granada 1996, pág. 314 y 318. Se han ofrecido, no obstante, otras soluciones contrapuestas a la aquí defendida: Gómez Rivero, siguiendo a Muñoz Conde, no aplica en estos supuestos el art. 31 del CP, y considera que el inductor "intraneus" puede ser calificado como autor porque toda cooperación necesaria constituye autoría; afirma asimismo que, incluso aunque no se admitiese la mencionada posibilidad, se produciría una laguna de punibilidad poco relevante: vid. en este sentido GÓMEZ RIVERO, M.C., *La inducción a cometer el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995, pág. 151-152.

<sup>981</sup> Han mencionado la posibilidad de considerar la actuación de la agencia como una cooperación necesaria: CUGAT MAURI, M., *La protección de intereses colectivos*, cit., pág. 1189; CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 125; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 103; MAPELLI CAFFARENA, cit., pág. 54; MUÑAGORRI LAGUÍA, cit., pág. 85; CARBONELL MATEU, cit., pág. 524-525; MUÑOZ CONDE, cit., pág. 486; JORDANA DE POZAS, L., en *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia* (Conde-Pumpido Ferreiro, C., dir.), cit., pág. 2985. Considera en cambio que las agencias publicitarias ni siquiera podrían ser cooperadores necesarios HERNÁNDEZ PLASENCIA, cit., marg. 1109.

auténtica autora del delito; el hecho de que exista un acuerdo entre agencia y anunciante determina que este último actuará como cooperador necesario ya que, por una parte, es él quien ha de facilitar los datos básicos para elaborar la publicidad, y por otra parte, su anuencia va a ser siempre necesaria para la comisión del delito, puesto que en sus manos está paralizar el trabajo que ha encargado a la agencia.

Como conclusión, por lo tanto, cabe recalcar que la coautoría del anunciante y la agencia se constatará en los casos en que *ambos determinan objetiva y positivamente el desarrollo del proceso de configuración y difusión de la publicidad falsa*; esto va a depender del ya mencionado nivel de implicación de la agencia en la actividad empresarial del anunciante: así, en los casos en que la agencia publicitaria sea un auténtico "socio mercadotécnico"<sup>982</sup> del fabricante o comerciante, podría llegar a constatarse que ambos actúan en calidad de verdaderos autores.

Las últimas hipótesis aquí previstas, centradas en la posibilidad de considerar al empresario coautor, inductor o cooperador necesario cuando la propia agencia ha realizado dolosamente las alegaciones falsas, permiten rechazar la criticable opción de considerar al empresario autor mediato del delito de publicidad falsa por utilización de la agencia como "*instrumento doloso no cualificado*". Es destacable que la gran mayoría de la doctrina ha rechazado esta construcción<sup>983</sup>; refiriéndonos al tema que aquí nos ocupa, resulta claro que si la agencia publicitaria elabora

---

<sup>982</sup> Como ya se ha dicho con anterioridad, son de muy diversa naturaleza las prestaciones que los empresarios requieren de una agencia de publicidad: desde supuestos en que la empresa le ofrece su estrategia publicitaria a la agencia y sólo le pide que diseñe los anuncios, hasta los casos a los que se hace alusión en texto, en que las agencias actúan como auténticos "socios mercadotécnicos" con total conocimiento de todos los aspectos y funciones del marketing; cfr. SÁNCHEZ GUZMÁN, J.R., *Teoría de la publicidad*, Tecnos, Madrid 1993, pág. 159.

<sup>983</sup> Cfr. ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., pág. 729-730; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata en Derecho penal*, cit., pág. 367, 397 y 416 y ss; GÓMEZ RIVERO, M.C., *La inducción a cometer el delito*, cit., pág. 147-148; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho penal*, cit., pág. 647; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro*, cit., Vol. I, pág. 109; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, cit., pág. 261-262. Vid. en cambio considerando admisible la figura del "instrumento doloso no cualificado" MIR PUIG, S., *Derecho penal*. PG, cit., L14, marg. 56 y ss.

dolosamente un mensaje publicitario falso va a poseer el dominio del acontecer típico, y por esta razón no podrá negarse que ha actuado en auténtica calidad de autora. Resumiendo, la cláusula del "actuar en lugar de otro" del art. 31 del CP permitirá calificar la conducta de la agencia como verdadera autoría, y la actuación del empresario podrá ser de coautoría, complicidad o inducción en función de su concreta intervención en el proceso delictivo<sup>984</sup>.

d) *Conclusiones en relación con la posibilidad y conveniencia de sancionar a las agencias publicitarias en calidad de autoras*

Tras defender aquí la posibilidad dogmática de imputar a las agencias publicitarias el delito del art. 282 en calidad de autoras, cabe rechazar entonces la opinión de algunos autores de que no es adecuado dirigir la prohibición penal a estas agencias<sup>985</sup>. Así, Mapelli considera que el legislador no ha querido integrar a estos sujetos específicos en el tipo penal por dos concretas razones: de un lado, porque sólo deberían responder penalmente los que se benefician del posible perjuicio causado a los consumidores, y que no serán otros que los fabricantes o comerciantes; y de otro lado, porque no podría pretenderse que los publicistas asumieran el deber de verificar las cualidades del producto o servicio más allá de la información que suministra el empresario<sup>986</sup>.

Sin embargo, no puede considerarse desacertado dirigir la prohibición penal también a las agencias publicitarias, puesto que evidentemente ellas van a recibir unos beneficios por la publicidad efectuada, y no sólo van a beneficiarse los fabricantes y comerciantes; según dispone el art. 15 de la LGP, la agencia va a crear, preparar y programar la publicidad a cambio de una contraprestación; además, en

---

<sup>984</sup> Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro*, cit., pág. 112 y ss; BOLEA BARDÓN, op. cit., pág. 153 y ss y 180 y ss.

<sup>985</sup> Cfr. MAPELLI CAFFARENA, cit., pág. 55-56; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito publicitario en el nuevo Código penal*, cit., pág. 3.

<sup>986</sup> Vid. MAPELLI CAFFARENA, *ibidem*.

realidad tampoco hay razones de peso para restringir la órbita de aplicación del delito a los sujetos que obtienen directamente un beneficio económico de la publicidad ya que, como se ha dicho repetidas veces, el desvalor del injusto se centra en la existencia de una publicidad apta para perjudicar a los consumidores, sin importar quién la realiza y para qué. Por otro lado hay que recalcar que, al incluir las agencias publicitarias en el sujeto activo del art. 282 del CP, no se pretende exigirles el deber de verificación de las cualidades de un bien o servicio más allá de la información suministrada por el empresario; lo único que se pretende es poder sancionarlas penalmente cuando ellas mismas han ideado el mensaje falso o cuando han colaborado en su elaboración, situaciones estas que se pueden dar en las múltiples modalidades que hasta aquí se han expuesto.

*e) Examen específico de los supuestos de ofertas individuales repetidas sucesivamente a múltiples individuos*

Hasta aquí se han examinado las cuestiones de autoría y participación relacionadas con la intervención de una agencia publicitaria en la elaboración de la publicidad, situación que se dará básicamente en los supuestos en que el mensaje va a ser difundido a través de medios de comunicación de masas o incluso va a ser transmitido mediante folletos, vallas publicitarias, etc.

Sin embargo, debe recordarse aquí que también se considera publicidad y por tanto es incluíble en el ámbito del art. 282 toda comunicación que, si bien en principio aparece como una oferta individual, se va a repetir manteniendo su contenido a un número indeterminado de personas<sup>987</sup>. Se trata claramente de aquellos mensajes publicitarios que un empresario hace llegar a un amplio número de consumidores a través de personas que operan colaborando con él, las cuales tendrán con el citado empresario una relación de carácter laboral (por ejemplo, los representantes de comercio) o habrán estipulado con el mismo un contrato mercantil

---

<sup>987</sup> Vid. supra epígrafe III.1.b).



(comisión, agencia, corretaje, etc.), sin obviar la posibilidad de que se celebren contratos de colaboración totalmente atípicos o de que no exista ningún vínculo contractual sino sólo una asunción fáctica de concretas tareas en la empresa<sup>988</sup>.

El tratamiento de estas situaciones realmente no necesita una mención aparte, puesto que se podrán constatar las mismas posibilidades que se han descrito hasta ahora aplicadas a las agencias publicitarias. Existe no obstante una diferencia que es preciso señalar: si, como se ha dicho al hablar de la actuación de las agencias publicitarias, es prácticamente impensable que éstas difundan un mensaje sin que haya una previa valoración del mismo por parte del anunciante, en cambio en los casos que ahora analizamos *sí sería posible que el colaborador elabore y emita una publicidad falsa sin que el empresario tenga noticia de la misma*.

Efectivamente, muchas de estas situaciones se caracterizan por la existencia de una total autonomía e independencia entre el empresario y su colaborador (v.gr. un agente o un corredor), lo cual determina, y así se observa en el régimen de los contratos en este ámbito, que este último puede desarrollar libremente su actuación para lograr los resultados pretendidos por el empresario, sin estar sometido a una supervisión constante de todos sus movimientos<sup>989</sup>. Por estas razones sería posible que cualquiera de estos colaboradores del empresario respondiesen como autores del delito de publicidad falsa en virtud del art. 31 del CP, como "actuales en lugar de otro", sin que existiese a la vez responsabilidad alguna por parte del propio empresario que solicita tal cooperación en la tarea de introducir sus bienes o servicios en el mercado.

Un ejemplo que ilustra claramente lo que se acaba de exponer ha sido el de los *agentes de la propiedad inmobiliaria*, tratado en varias ocasiones por la doctrina y la jurisprudencia francesas. Estos agentes desempeñan una función de corretaje, dedicándose a aproximar a los contratantes interesados en operaciones

---

<sup>988</sup> Vid. sobre estas posibilidades de colaboración con el empresario ANGULO RODRÍGUEZ, L., *Derecho mercantil II* (Jiménez Sánchez, G.J., coord.), cit., pág. 259 y ss; VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, cit., pág. 669 y ss.

<sup>989</sup> Cf. ANGULO RODRÍGUEZ, op. cit., pág. 279 y 281; VICENT CHULIÁ, cit., pág. 679; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, cit., pág. 169.

inmobiliarias<sup>990</sup>. Si bien los bienes ofrecidos no pertenecen a las agencias inmobiliarias, está claro que su actividad empresarial consiste en favorecer la compra o alquiler de los mismos, resultando indiferente para los dueños de los inmuebles (que pueden ser empresarios o también particulares) la concreta forma en que se desempeñen su función. Dicho de otra forma: mientras que a la agencia publicitaria se le encarga específicamente la confección de la publicidad, y será este trabajo el que tenga que supervisar el empresario, a una agencia de la propiedad inmobiliaria se le encarga únicamente que busque un comprador o un arrendatario para un inmueble, y sólo ella es responsable de cómo desarrolla esta tarea<sup>991</sup>. Así, si la agencia consigue sus objetivos haciendo uso de una publicidad falsa, sólo a ella podrá imputársele la comisión de este delito en calidad de *autora*<sup>992</sup>.

## **2. Atribución de responsabilidades cuando el autor del delito de publicidad falsa sea una persona jurídica**

La segunda problemática ya citada que aparece al tratar de delimitar los posibles autores del delito del art. 282 es la relativa a la atribución de responsabilidades dentro de una persona jurídica, ya que en la gran mayoría de

---

<sup>990</sup> Cfr. ANGULO RODRÍGUEZ, op. cit., pág. 281; SÁNCHEZ CALERO, op. cit., pág. 182.

<sup>991</sup> Cfr. WALTER, T., *Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland*, cit., pág. 403-404.

<sup>992</sup> La doctrina y jurisprudencia francesas han afirmado expresamente que el agente inmobiliario puede considerarse auténtico "anunciante" en el sentido del antes examinado art. 121-5 del Code de la consommation; vid. la sentencia de la Cour d'Appel de Paris de 16-2-1990, en ROBERT / VÉRON, *Le Droit pénal des affaires en 350 décisions*, cit., pág. 80. Vid. también FOURGOUX / MIHAÏLOV / JEANNIN, *Principes et pratique...*, cit., F17.

casos el fabricante o comerciante tendrá esa naturaleza; en estos casos, indudablemente será de aplicación el ya transcrito art. 31 del CP<sup>993</sup>.

Lo que resulta decisivo a la hora de atribuir responsabilidades, es indagar quién ha ideado y elaborado con pleno dominio del hecho el mensaje publicitario falso. Para ello, hay que distinguir dos posibles situaciones que se pueden encontrar en el marco de organización de una empresa: en primer lugar, aquellos casos en que, si bien existe en la organización de la empresa un Departamento de publicidad y marketing, en última instancia va a ser el órgano directivo de la empresa el que dé la aprobación definitiva del plan publicitario; en segundo lugar, supuestos en que el propio Departamento encargado de la confección de la publicidad actúa y decide con plena autonomía<sup>994</sup>. Antes de comenzar la exposición de esta problemática, cabe advertir que las situaciones que se van a describir no sólo pueden estar referidas a la elaboración de la publicidad en sentido estricto, sino también a la confección del etiquetado de los productos, de lo que generalmente se encargará un Departamento específico en el seno de la empresa.

*a) Casos en que la actuación del Departamento de publicidad de la empresa es revisada por el órgano directivo*

El primero de los casos expuestos es aquel en el que la actividad del *Departamento de publicidad siempre va a ser supervisada por el órgano directivo* de la empresa. Recayendo en este último órgano la verdadera capacidad decisoria en torno a la difusión o no de la publicidad proyectada, será él quien tenga el pleno dominio del hecho y responderá penalmente en virtud del art. 31 del CP.

---

<sup>993</sup> Vid. por todos CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 125; y MUÑAGORRI LAGUÍA, cit., pág. 85-86. Se pronuncia también expresamente a favor de aplicar el art. 31 del CP a los delitos contra los consumidores CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección...*, cit., pág. 331.

<sup>994</sup> Supuestos diferenciados por GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*, cit., pág. 191.

Ciertamente en estos casos el **órgano directivo** posee un "dominio de la configuración del hecho" que fundamenta indudablemente la atribución de responsabilidad penal a título de **autoría**<sup>995</sup>. De todos modos, si los **miembros del Departamento de publicidad** prestan dolosamente su ayuda en la elaboración del mensaje, cabe hablar de una responsabilidad de los mismos como **cooperadores necesarios**<sup>996</sup>.

b) *Casos en que el Departamento de publicidad actúa con plena autonomía. Responsabilidades derivadas de la delegación de competencias en el seno de la empresa*

En el segundo de los supuestos citados, en el que el Jefe del *Departamento de publicidad tiene plena autonomía* para dirigir este sector específico de la empresa, se puede afirmar que posee la **calidad de administrador de hecho**, de tal modo que a él, según el art. 31 del CP, se le **atribuiría la responsabilidad por la publicidad falsa**. Desde una interpretación fáctica de este concepto, que englobaría a todos aquellos que asuman de hecho, fácticamente, las funciones propias de la administración de una empresa<sup>997</sup>, García Caveró afirma en relación con el propio art. 282 del CP que "administrador de hecho a estos efectos es aquella persona que decide sobre la orientación publicitaria de la empresa y no depende para ello de un órgano superior"<sup>998</sup>; lo que se está haciendo es castigar como autores a los que "no

---

<sup>995</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO, op. cit., pág. 90.

<sup>996</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Criterios de asignación de responsabilidad...*, cit., pág. 19; NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pág. 212.

<sup>997</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO, op. cit., pág. 140 y ss. Vid. también SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El actuar en lugar de otro (artículo 31) en el nuevo Código penal español*, cit., pág. 144 y ss, defendiendo una interpretación amplia de "administrador de hecho" que abarque a cualquier delegado que posea una capacidad decisoria que constituya un auténtico "dominio social típico".

<sup>998</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO, op. cit., pág. 191.

poseyendo el status requerido por el tipo penal, materialmente se encuentren en posición de poder afectar al objeto penalmente protegido"<sup>999</sup>. Efectivamente, en este supuesto de hecho están presentes todas las circunstancias que fundamentan la aplicación de la cláusula del "actuar en lugar de otro", expuestas anteriormente: se están asumiendo fácticamente las actividades que corresponden al sujeto cualificado<sup>1000</sup>.

En el supuesto que ahora comentamos, no se podría descartar la hipótesis de **que los directivos de la empresa aporten datos falsos al Departamento de publicidad para que éste elabore, con base en tal información, un mensaje publicitario que resultará falso.** Estamos aquí en una situación idéntica a aquella en la que el empresario aportaba datos inveraces a la agencia publicitaria: se constatará entonces una **autoría mediata por parte del directivo de la empresa**, que se sirve de los trabajadores del Departamento de publicidad como instrumentos que actúan en error de tipo<sup>1001</sup>.

Esta situación de plena autonomía del Departamento de publicidad va a ser relativamente frecuente, ya que la organización de la gran mayoría de empresas descansa en el principio de **delegación de competencias**, es decir, en la creación por el empresario titular de la empresa de distintos niveles de toma de decisiones relativas al funcionamiento de la actividad empresarial. Sin duda alguna, esta diversificación de los centros de decisión va a ampliar también los ámbitos en los que puede surgir responsabilidad penal; sin embargo, **subsiste una responsabilidad originaria del empresario que ha efectuado las delegaciones.**

---

<sup>999</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO, op. cit., pág. 190.

<sup>1000</sup> Vid. supra epígrafe 1.b).

<sup>1001</sup> Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante...*, cit., pág. 102 y 113; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La regulación de la "comisión por omisión"*, en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales* (Silva Sánchez, J.M.), Bosch, Barcelona 1997, pág. 39 y 41; del mismo, *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español*, cit., pág. 369; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PG*, cit., pág. 200; NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, cit., pág. 207-208.

Desde el momento en que un delegado puede actuar con plena autonomía sin sujetarse a instrucciones vinculantes y consecuentemente ha cometido un acto delictivo con pleno dominio del hecho, con absoluto control del riesgo para un bien jurídico, puede resultar chocante que subista una posible responsabilidad penal del delegante; sin embargo, esta situación se explica con base en determinados fundamentos que a continuación se detallarán. El examen detallado del reparto de responsabilidades en el seno de la empresa es importante porque, como ya se ha dicho, el delito de publicidad falsa será cometido prácticamente siempre por una persona jurídica; de hecho, y como se examinará más adelante, el legislador extranjero ha sido especialmente consciente de esta circunstancia, y en los mismos preceptos penales que tipifican la publicidad engañosa existen previsiones específicas relativas a la depuración de responsabilidad en el ámbito de la empresa. Como el art. 282 del CP no dispone nada en este sentido, habrá que examinar, como se hará a continuación, las reglas generales de autoría y participación en el seno de una persona jurídica.

b.1. Análisis de las relaciones entre delegación de competencias y responsabilidad penal en el seno de la empresa, con referencias al delito de publicidad falsa

**La atribución de responsabilidad penal al empresario delegante se debe a que le corresponde una "posición de garantía inicial" por haber creado una organización para la producción y distribución de bienes o para la realización de servicios, lo cual conlleva la asunción del compromiso de no producción de hechos lesivos derivados de la propia actuación organizatoria. Es lógico, en efecto, que el ordenamiento jurídico exija el mantenimiento de un cierto control o vigilancia a quien inicia un curso de riesgo, aunque tales procesos arriesgados no deriven directamente de quien ha originado el ámbito de peligro, sino de las personas que**

actúan en tal círculo de organización<sup>1002</sup>. Así pues, nos encontramos que tanto al delegante como al delegado se les puede atribuir responsabilidad penal porque ambos, cada uno en su medida, poseen una determinada esfera de competencia que implica la asunción de funciones de control de riesgos derivados de la propia actividad<sup>1003</sup>.

No podemos olvidar que la existencia de un sujeto capaz de tomar decisiones en el desarrollo de una actividad empresarial (el delegado) es debida única y exclusivamente a una decisión autónoma del sujeto titular de la empresa (el delegante), decisión que se incardina en el ejercicio libre de una actividad de producción y distribución de bienes y servicios. Por lo tanto, la responsabilidad residual del sujeto delegante se fundamenta en el hecho de que la actuación de su delegado, aunque se efectúe en un ámbito de competencia autónoma y libre de este último, se halla enmarcada en la esfera de libre organización del primero; de este modo, el delegante es siempre titular de una esfera de competencias relacionadas con la selección adecuada de los delegados, el suministro de información, el mantenimiento de una cierta vigilancia sobre la actuación de sus dependientes, etc<sup>1004</sup>.

Se ha afirmado también, en esta misma línea, que "un sujeto que en virtud de su posición social detenta un dominio sobre la vulnerabilidad de los bienes jurídicos

---

<sup>1002</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas*, en *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, CGPJ, Madrid 1997, pág. 14-15; FRISCH, W., *Problemas fundamentales de la responsabilidad penal 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*, en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto* (Mir Puig / Luzón Peña), cit., pág. 113-114. Vid. también LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Fundamento y límites del deber de garantía del empresario*, en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, cit., quien, si bien comienza por delimitar la posición de garantía del empresario en relación con actuaciones de subordinados sin margen relevante de autonomía (pág. 212-214), reconoce posteriormente el mantenimiento de esta posición de control con respecto a delegados que poseen un concreto ámbito de dominio propio (pág. 219-223).

<sup>1003</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas*, cit., pág. 16; GARCÍA CAVERO, op. cit., pág. 93-94.

<sup>1004</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Criterios de asignación...*, cit., pág. 17. Vid. también CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección...*, cit., pág. 331.

inscritos en su esfera de dominio no sólo tiene el deber de omitir las acciones tendentes a lesionar o poner en peligro esos bienes jurídicos sino también el deber de realizar acciones tendentes a evitar dicha lesión o peligro. Sobre todo debe evitar lesiones provenientes de personas a él subordinadas<sup>1005</sup>.

Con base en las consideraciones anteriores, puede resumirse que quien pone en marcha una actividad empresarial va a asumir el compromiso específico y efectivo de actuar como barrera de contención de determinados riesgos derivados del desarrollo de la propia empresa que dirige<sup>1006</sup>. La existencia de este *compromiso material de control de riesgos por parte del empresario* implica que éste va a poseer un dominio de los procesos delictivos que se originen en el desarrollo de la actividad empresarial; se puede afirmar siguiendo a Schünemann que la responsabilidad de garantía del superior en la empresa deriva, por una parte, de su dominio fáctico sobre los elementos peligrosos del establecimiento, y por otra parte, de su dominio sobre los subordinados a causa de la organización jerárquica de la empresa, la cual lo sitúa en una posición de mando y le dota de una mayor información que le hace ser consciente (dominar) los procesos desarrollados en el seno de la misma empresa<sup>1007</sup>.

Hay que añadir también aquí la puntualización efectuada por alguna doctrina de que no sólo esta posición de dominio fundamenta la responsabilidad del empresario como garante, sino que debe constatarse además que el hecho delictivo se ha producido en el seno de un ámbito creado por las "facultades individuales de autoorganización" del propio empresario<sup>1008</sup>. Por todas estas razones, si en un

---

<sup>1005</sup> Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro*, cit., pág. 379.

<sup>1006</sup> Vid. en este sentido FRISCH, W., *Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa*, cit., pág. 113 y ss.

<sup>1007</sup> Vid. SCHÜNEMANN, B., *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal...*, cit., pág. 537 y ss. Vid. también sobre esta teoría MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*. PG, cit., pág. 204.

<sup>1008</sup> Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Fundamento y límites del deber de garantía del empresario*, cit., pág. 210-211; FRISCH, W., *Problemas fundamentales de la responsabilidad penal...*, cit., pág. 113; BOTTKE, W., *Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica*, en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, cit., pág. 145 y ss. Cfr. también sobre ello MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*. PG, cit., pág. 205-



momento concreto el titular del compromiso deja de actuar como barrera de contención de riesgos, obviando su función social de mantener controlados los posibles peligros que su empresa cree, se puede afirmar que tal omisión, creadora de un riesgo hasta entonces inexistente o conjurado, presenta una estructura normativa equivalente a una conducta dirigida a la vulneración del bien jurídico. Estamos entonces ante las características configuradoras de la comisión por omisión, estructura por la cual se van a atribuir responsabilidades al titular de la empresa<sup>1009</sup>.

Debe puntualizarse que al margen de la genérica posición de garantía del empresario por los procesos delictivos que puedan generarse en su empresa, cuestión a la que se refiere Schünemann, en España Silva Sánchez ha especificado que la división funcional del trabajo en la empresa genera diversos ámbitos de competencia individual de los que serán responsables los distintos titulares de cada unidad funcional; existen así en el seno de la empresa un número variable de esferas de dominio, cuyo titular asume el compromiso de controlar los riesgos que se puedan derivar en su propia esfera de organización<sup>1010</sup>. En realidad lo que ocurre es que los delegados que ha nombrado el titular de la empresa, por cuyas actuaciones este último es responsable debido a la existencia de su "posición de garantía inicial", pasan también a constituirse en garantes de las conductas peligrosas realizadas por los subordinados situados en su "pequeña" esfera de organización<sup>1011</sup>.

Ante tal estado de cosas se ha hablado de que, dejando al margen la posibilidad de que el delegado sea auténtico autor de un delito si ha actuado con pleno dominio del hecho, va a existir una responsabilidad del sujeto delegante que con carácter general podría presentar dos modalidades: a título de autor en comisión

---

206.

<sup>1009</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, D.M., *La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS*, en Estudios penales, cit., pág. 235 y 238-240; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aspectos de la comisión por omisión*, cit., pág. 374-377.

<sup>1010</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Responsabilidad penal de las empresas...*, cit., pág. 371. Cfr. asimismo MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PG*, cit., pág. 204-205.

<sup>1011</sup> Habla de la existencia de sucesivas delegaciones dentro de la empresa SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Criterios de asignación de responsabilidad...*, cit., pág. 14 y ss.

por omisión, que sería la responsabilidad propia del superior jerárquico inmediato del ejecutor del delito, a cuya esfera de competencia incumbe la evitación directa del hecho; o a título de partícipe en comisión por omisión, que correspondería a aquel que, si bien no posee la competencia directa de evitación del hecho delictivo, sí retiene la competencia de instar al delegado a no actuar, o en otras palabras, podía y debía impedir el desarrollo de la actividad punible del subordinado<sup>1012</sup>.

Teniendo en cuenta que el delito de publicidad falsa es de mera actividad y además pertenece a la categoría de los tipos de peligro abstracto, no va a admitir la autoría en comisión por omisión, que sólo es posible en los delitos con un resultado material separable espacio-temporalmente de la conducta<sup>1013</sup>; por lo tanto, la única opción restante es la de atribuir a todo delegante una responsabilidad penal como partícipe en comisión por omisión, hipótesis admisible desde el momento en que se pone de manifiesto que el titular delegante realmente podía controlar e impedir la producción del hecho delictivo<sup>1014</sup>.

---

<sup>1012</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Criterios de asignación...*, cit., pág. 18-19; el mismo, *Responsabilidad penal de las empresas...*, cit., pág. 371. Vid. también la opinión de LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Fundamento y límites del deber de garantía del empresario*, cit., pág. 223-224, considerando preferible atribuir la responsabilidad penal al delegante en calidad de autor; por otro lado, decantándose por hacer responsable al delegante a título de cooperación omisiva: CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección...*, cit., pág. 33; GARCÍA CAVERO, op. cit., pág. 94.

<sup>1013</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La regulación de la "comisión por omisión"*, cit., pág. 74-75; LUZÓN PEÑA, D.M., *La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS*, cit., pág. 235. Debe aclararse aquí que este resultado material separable de la conducta puede ser tanto de lesión como de peligro concreto; cfr. SILVA SÁNCHEZ, op. cit., pág. 75; LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho penal*, cit., pág. 348-349. Conviene recordar aquí de nuevo la ya mencionada línea doctrinal de GIMBERNAT ORDEIG, E., *Otra vez: los delitos contra la propiedad intelectual*, cit., pág. 440 y ss, quien sostiene que todos los delitos poseen un resultado, definiendo éste como la modificación de mundo exterior a consecuencia de la acción delictiva; por lo tanto, desde esta interpretación podría admitirse la comisión por omisión en todo tipo de delitos.

<sup>1014</sup> Vid. al respecto LUZÓN PEÑA, D.M., *La participación por omisión...*, cit., pág. 228 y 244-245, quien sitúa el núcleo de la participación omisiva en que la no evitación del delito realmente va a facilitar la realización del hecho delictivo a su autor; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aspectos de la comisión por omisión*, cit., pág. 389-390; del mismo, *La regulación de la "comisión por omisión"*, cit., pág. 75-76: este autor se centra en que el partícipe actúa como barrera de contención del riesgo de que otros sujetos (en este caso el encargado del Departamento de publicidad de la empresa) realicen un hecho delictivo. Vid. también PÉREZ

Dadas las concretas características de una conducta de emisión de publicidad falsa, tal responsabilidad a título de participación por omisión podría predicarse del titular de la empresa en relación con la actuación desarrollada por el Jefe del Departamento de publicidad; si este último elabora y difunde dolosamente un mensaje publicitario falso, el directivo podrá considerarse partícipe ya que retiene una posición de garantía inicial con respecto a las conductas de sus delegados. Aunque ciertamente podría hablarse de una responsabilidad como partícipe del Jefe del Departamento de publicidad por las conductas delictivas desarrolladas por sus subordinados, en este caso parece poco factible, puesto que resulta poco imaginable que un simple trabajador del citado Departamento llegue a difundir por cuenta propia una publicidad falsa.

Dicho esto, debe hacerse finalmente una específica mención al denominado "principio de confianza" que limita los contornos del deber de vigilancia en el marco de una división vertical del trabajo como la que estamos tratando, delimitándose así la posible responsabilidad penal tanto a título de autor como de partícipe; se ha afirmado que tal principio de confianza permite limitar el deber de control del delegante a dos momentos fundamentales: en primer lugar se ha de constatar que el delegado tiene capacidad suficiente para desempeñar la actividad que corresponda, y en un momento posterior se debe realizar un seguimiento para comprobar si la función delegada está siendo desempeñada correctamente<sup>1015</sup>.

El fundamento básico de este principio de confianza se halla en la no obligatoriedad de revisar constantemente las actuaciones del delegado, ya que de esta forma el mecanismo de delegación de funciones devendría completamente imposible e inútil<sup>1016</sup>. Aplicando este principio a los supuestos en que el directivo de la empresa

---

CEPEDA, A.I., *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, Cedecs, Barcelona 1997, pág. 442, a favor de este último criterio de contención del riesgo. También se manifiesta a favor de exigir responsabilidad como partícipe al titular de la empresa, refiriéndose expresamente al art. 282 del CP, GARCÍA CAVERO, op. cit., pág. 191.

<sup>1015</sup> Cfr. CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección...*, cit., pág. 333-334.

<sup>1016</sup> Cfr. CORCOY BIDASOLO, op. cit., pág. 333; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.C., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi

nombre un delegado para que se encargue de la realización de la publicidad, puede afirmarse que sería suficiente con una *supervisión final del trabajo realizado*, es decir, la publicidad deberá ser examinada al menos una vez antes de que salga del ámbito de la propia empresa y se difunda al público, y ha de tratarse de un examen lo suficientemente serio como para permitir la eliminación a tiempo de eventuales falsedades o incorrecciones.

#### b.2. Examen de la atribución de responsabilidades en el seno de la empresa en el delito de publicidad engañosa en Derecho comparado

Resulta ciertamente destacable que en Alemania existe una disposición específica sobre la responsabilidad del titular de la empresa en el propio precepto que incrimina la publicidad engañosa, el art. 4 de la UWG; se trata de una previsión especial que pretende simplemente exigir **responsabilidad penal a los propietarios y directores de empresa siempre y cuando estén al corriente de la conducta delictiva llevada a cabo por sus subordinados**, ya que ello implica un tácito consentimiento en la comisión del delito<sup>1017</sup>. Estamos aquí ante un reconocimiento legal expreso, y con referencia a un concreto acto delictivo, de la recién expuesta posición de garante del titular de la empresa por hechos punibles de sus subordinados que aquél conoce y que, dada su posición de superioridad sobre los ejecutores del delito, puede evitar.

Por ello, se ha afirmado que el derecho de mando del titular de una empresa es lo que fundamenta su posición de garantía relativa a la evitación de los delitos cometidos por sus subordinados; se ha precisado, al respecto, que tal poder de mando deber ser jurídicamente reconocido y observado dentro de la empresa, y que además

---

2000, pág. 186; PAREDES CASTAÑÓN, J.M., *El caso de la colza*, cit., pág. 187.

<sup>1017</sup> Hay que recalcar que, para exigir esta responsabilidad penal a los propietarios o directores de la empresa, éstos deben estar al corriente de todos los elementos típicos que constituyen la conducta delictiva desarrollada por sus empleados; cfr. BAUMBACH / HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, cit., Rn. 15.

el titular del mismo, para tener una auténtica responsabilidad como garante, debe haber participado de alguna forma en el hecho delictivo con actos propios peligrosos<sup>1018</sup>. Asimismo se ha dicho que esta facultad de mando justifica que el empresario sea garante de la veracidad de los mensajes publicitarios realizados con su conocimiento; y que, como ya se ha defendido en párrafos anteriores, tal posición de garantía es debida al dominio que el sujeto posee sobre un ámbito concreto (aquí, la empresa) en el que pueden surgir determinados peligros<sup>1019</sup>.

Sin embargo, como ha puesto de manifiesto la doctrina, no se debe llegar al extremo de exigir un "deber de conocimiento", ya que el art. 4 de la UWG no se configura como un delito imprudente; por lo tanto, no existe un especial deber de cuidado por parte del titular de la empresa<sup>1020</sup>. Así, no se le podrá imputar el delito de publicidad engañosa en el supuesto de que no haya impedido la conducta de sus empleados si realmente no tenía conocimiento de ella, o en el caso de que estuviese al corriente de tal conducta delictiva pero fuese imposible materialmente impedir sus resultados<sup>1021</sup>. Por lo tanto, será responsable del delito del art. 4 de la UWG el titular de la empresa que permanece inactivo tras conocer la existencia de una publicidad engañosa efectuada por un miembro de la empresa a él subordinado, siempre que tenga la posibilidad material de no iniciar o de interrumpir su difusión (dependiendo de si la publicidad aún está en fase de preparación o ya se ha hecho accesible al público)<sup>1022</sup>.

---

<sup>1018</sup> Cfr. BOTTKE, W., *Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica*, cit., pág. 132 y ss. También en España se ha fundamentado el deber de vigilancia del empresario en su función y derecho de mando en la empresa que él mismo ha configurado, razón por la cual resulta obligado a responder en alguna forma por los riesgos inherentes al desarrollo de su actividad empresarial; cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.C., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, cit., pág. 183.

<sup>1019</sup> Cfr. LAMPE, E.J., *In welcher Weise...*, cit., pág. 53-55.

<sup>1020</sup> Cfr. BAUMBACH / HEFERMEHL, cit., Rn. 15; KÖHLER / PIPER, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, cit., Rn. 12.

<sup>1021</sup> Cfr. FUHRMANN, *Strafrechtliche Nebengesetze*, cit., Rn. 72-73; PFEIFFER, G., *Strafbare Werbung*, cit., pág. 220; OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 123.

<sup>1022</sup> Vid. OTTO, op. cit., Rn. 123 y 126.

Por otra parte se ha propuesto suprimir este párrafo segundo del art. 4 de la UWG, que establece la responsabilidad del titular de la empresa como autor del delito de publicidad engañosa si ésta es realizada por sus subordinados y con su conocimiento; en su lugar, se ha abogado por la existencia de un precepto que castigue la infracción del deber de vigilancia del empresario, pero no en el ámbito penal sino en una norma contravencional, es decir, un "tertium genus" entre una infracción administrativa y una penal<sup>1023</sup>.

En realidad, en Alemania ya existe una norma contravencional que castiga, con carácter general, la pura infracción del deber de vigilancia en el seno de la empresa: se trata del art. 130 de la Ley de infracciones del orden (Ordnungswidrigkeitengesetz), que establece lo siguiente: "Comete una 'infracción del orden' quien, como propietario de una empresa, omite dolosa o imprudentemente las medidas de cuidado necesarias para impedir, en el seno de la empresa, la comisión de infracciones de deberes que conciernen al empresario y cuya vulneración está sancionada penalmente o con multa, siempre que tales infracciones hubieran podido impedirse o esencialmente obstaculizarse de adoptar el cuidado debido."<sup>1024</sup> Precisamente en la línea de esta infracción general se han formulado las mencionadas propuestas de regular, en concreta relación con el art. 4 de la UWG, la dejación del deber de vigilancia por parte del empresario en los supuestos en que sus subordinados emiten publicidad falsa sobre los productos o servicios de la empresa.

Así, podemos destacar la propuesta del Gobierno alemán de comienzos de la década de los 70, a favor de sancionar como contravención la omisión dolosa o imprudente, por parte del titular de una empresa, de las medidas de cuidado necesarias para impedir que un subordinado cometa el delito de publicidad

---

<sup>1023</sup> Vid. sobre la naturaleza de estas contravenciones supra Capítulo primero C)IV.

<sup>1024</sup> Vid. un comentario sobre esta infracción del orden en REBMANN / ROTH / HERRMANN, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 2 Aufl., 5 Lfg. 1995, y 3 Aufl., 2 Lfg. 1998, y bibliografía allí citada; también LEMKE, M., *Ordnungswidrigkeitengesetz*, C.F. Müller, Heidelberg 1999. Vid. asimismo un examen de las críticas recibidas por esta norma, citando bibliografía, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*. PG, cit., pág. 210 y ss.

engañososa<sup>1025</sup>. También se manifiesta a favor de configurar en este mismo sentido una infracción contravencional la Comisión central de economía de la publicidad, si bien con ligeras divergencias con respecto a la propuesta gubernamental: por una parte, se pretende sancionar sólo las infracciones del deber de cuidado del empresario realizadas a título de dolo y de imprudencia grave o temeraria<sup>1026</sup>; por otra parte, considerando que la referencia genérica a la "infracción del deber de cuidado" origina inseguridad jurídica, la Comisión propone darle contornos más precisos a tales medidas obligatorias de cuidado definiéndolas como las exigibles en una correcta dirección empresarial<sup>1027</sup>.

Sin embargo, parte de la doctrina manifiesta que, aun siendo conveniente establecer un precepto general relativo a la infracción de los deberes de cuidado del empresario, no hay por qué renunciar a la previsión de este párrafo segundo del art. 4 de la UWG<sup>1028</sup> o, al menos, no serían desechables los presupuestos de los que parte esta última norma. Así, por ejemplo, los autores del Proyecto Alternativo de Código penal alemán, si bien consideran preferible establecer una norma que regule con carácter general la responsabilidad del directivo de la empresa, se muestran a favor de configurar tal responsabilidad en los mismos términos que el párrafo segundo del art. 4 de la UWG: sancionar al titular de la empresa como autor de los actos delictivos cometidos por sus subordinados, siempre que se desarrollen con su conocimiento, es

---

<sup>1025</sup> Vid. esta propuesta gubernamental en LAMPE, E.J., *In welcher Weise...*, cit., pág. 55. Por su parte, OTTO, H., *Die Reform des strafrechtlichen Schutzes gegen irreführende Werbung*, cit., pág. 281-282, se muestra a favor de eliminar este párrafo segundo del art. 4 de la UWG, considerando que si bien existe una posición de garante del titular de la empresa por los peligros originados en su ámbito de dominio, no puede catalogarse como auténtico riesgo la realización consciente de un acto delictivo por un subordinado.

<sup>1026</sup> Vid. sobre la especial gravedad de la imprudencia temeraria JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, cit., pág. 569.

<sup>1027</sup> Vid. ZAW, *Werbewirtschaft gegen unangemessene...*, cit., pág. 301-302.

<sup>1028</sup> Se manifestaba expresamente a favor del mantenimiento de este párrafo segundo del art. 4 de la UWG la Comisión de expertos para la lucha contra la criminalidad económica; cfr. *Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, cit., pág. 109.

decir, se constituye en garante de la veracidad de los mensajes publicitarios creados por sujetos integrantes de su empresa<sup>1029</sup>.

Por otra parte, cabe destacar que el propio Lampe, si bien ha sido siempre partidario del establecimiento de una responsabilidad general del titular de la empresa por la infracción de medidas de cuidado dirigidas a evitar la comisión de hechos delictivos por sus subordinados<sup>1030</sup>, también presentó en su momento una propuesta de redacción del art. 4 de la UWG en la que se mantenía el mismo tipo de responsabilidad contenido en el vigente párrafo segundo de esta norma; junto a esta previsión específica del precepto de la UWG, acogía también la ya citada proposición gubernamental de crear una norma contravencional referida a la infracción general de los deberes de cuidado del empresario<sup>1031</sup>. De este modo, según Lampe, por un lado el directivo sería autor del delito del art. 4 de la UWG cuando tuviese conocimiento de la conducta delictiva llevada a cabo por sus subordinados y aún así no actuase para impedirla; por otro lado, infringiría la propuesta norma contravencional en dos circunstancias concretas: cuando a causa de su negligencia o imprudencia no ha llegado a tener conocimiento de la conducta delictiva desarrollada por sus subordinados, y cuando, tras haber conocido tal clase de conductas, no hace nada para impedir actos delictivos posteriores<sup>1032</sup>.

Pasando ahora al **Derecho francés** cabe destacar que, en lógica conexión con lo hasta aquí expuesto, no puede ser convincente la afirmación de la propia doctrina francesa de que, en relación con el desarrollo de la actividad publicitaria, sería posible exonerar de responsabilidad al titular de la empresa si delega sus poderes

---

<sup>1029</sup> Cfr. LAMPE, E.J. Y OTROS, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, cit., pág. 41 y 43.

<sup>1030</sup> Cfr. LAMPE, E.J., *In welcher Weise...*, cit., pág. 57; LAMPE, E.J. Y OTROS, cit., pág. 41.

<sup>1031</sup> En un sentido parecido se manifestó también TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, cit., pág. 38, afirmando que el titular de la empresa tiene una especie de posición de garante, pero que ello no da lugar como consecuencia necesaria al merecimiento de una sanción penal.

<sup>1032</sup> Cfr. LAMPE, E.J., *In welcher Weise...*, cit., pág. 56-57.



a un individuo provisto de la competencia y autoridad necesarias para desempeñar tal actividad<sup>1033</sup>.

Sin embargo, la propia jurisprudencia ha matizado en ocasiones esta regla que permite eliminar completamente la responsabilidad del delegante: así, si no se prueba que la delegación conlleva la imposibilidad total del titular de la empresa de asegurar personalmente el control de la actividad publicitaria, se entiende que la delegación es nula y que el directivo de la empresa se convierte en el principal responsable; por otra parte, también se ha reconocido jurisprudencialmente que el desarrollo de una gran campaña publicitaria por una empresa implica que los directivos van a ejercer un control sobre la misma aunque deleguen sus competencias de actuación<sup>1034</sup>. No obstante, esta posibilidad de eliminar la responsabilidad del titular de la empresa no se compagina con la tesis aquí mantenida de que el delegante retiene determinadas competencias que impiden cancelar su posición de garantía originaria, la cual va a permitir en determinados casos atribuirle responsabilidad por la producción de un hecho penalmente relevante en el seno de la empresa<sup>1035</sup>.

### b.3. Conclusiones

Como colofón de todo lo dicho, cabe repetir aquí que la solución en Derecho español es la que ya se puso de manifiesto al tratar la responsabilidad del anunciante en los supuestos de autoría dolosa de la agencia: **castigar al titular de la empresa que publicita falsamente sus bienes o servicios como partícipe por omisión**, ya que tal sujeto, al poseer la máxima facultad de mando y el más alto poder de organización

---

<sup>1033</sup> Cfr. JEANDIDIER, W., *Droit pénal des affaires*, cit., marg. 415; GREFFE / GREFFE, *La publicité et la loi*, cit., marg. 820-821; FOURGOUX / MIHAILOV / JEANNIN, *Principes et pratiques du Droit de la consommation*, cit., F17.

<sup>1034</sup> Cfr. RENUCCI, J.F., *Droit pénal économique*, cit., pág. 126. Vid. también las sentencias de la Cour de Cassation de 30-12-1990 y de 29-3-1995, en ROBERT / VÉRON, *Le Droit pénal des affaires en 350 décisions*, cit., pág. 85-86.

<sup>1035</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Criterios de asignación de responsabilidad...*, cit., pág. 15 y ss.

en el seno de su empresa, puede y debe evitar la difusión de publicidad falsa referida a bienes o servicios que él mismo produce y pretende vender, siendo él mismo el beneficiario directo de las ganancias derivadas de tal venta en el mercado<sup>1036</sup>.

Conscientes de esta posición privilegiada del directivo de la empresa, alguna jurisprudencia y doctrina francesas han considerado que la delegación de poderes efectuada por este sujeto no permite exonerarlo completamente de responsabilidad, ya que la envergadura e importancia del desarrollo de la publicidad en una empresa determinan necesariamente que el titular de la misma va a poseer un cierto control sobre la forma en que se desempeña esta actividad<sup>1037</sup>. Realmente, es impensable que un proyecto publicitario salga directamente desde el Departamento de publicidad a los medios de difusión sin haber pasado por una previa supervisión de la dirección de la empresa; incluso en las empresas con un mayor grado de descentralización sólo se trata de conceder más capacidad decisoria a las unidades operativas, pero la dirección general conserva sus poderes de asesoramiento y control<sup>1038</sup>.

Ante tal estado de cosas, no parece rechazable que la ley alemana exija responsabilidad al directivo si el delito de publicidad engañosa es llevado a cabo con su conocimiento por parte de los empleados; debe hacerse notar, además, que la UWG ni siquiera establece una presunción de conocimiento de la publicidad por parte del titular de la empresa, sino que sólo se le atribuye responsabilidad penal "si

---

<sup>1036</sup> Este es precisamente el criterio manejado por Lampe cuando se muestra a favor de que el titular de la empresa sea sancionado como autor de la publicidad falsa realizada por sus subordinados; cfr. LAMPE, E.J., *In welcher Weise...*, cit., pág. 55. Asimismo, también la doctrina francesa adopta este mismo fundamento para justificar que el art. 121-5 del Code de la Consommation considere al empresario anunciante como principal responsable del delito de publicidad engañosa; cfr. CALAIS-AULOY / STEINMETZ, *Droit de la consommation*, cit., marg. 131.

<sup>1037</sup> Cfr. CALAIS-AULOY / STEINMETZ, op. cit., marg. 131; RENUCCI, op. cit., pág. 126.

<sup>1038</sup> Vid. BUENO CAMPOS, E., *Organización de empresas. Estructura, procesos y modelos*, Pirámide, Madrid 1996, pág. 187-189. También afirma PAREDES CASTAÑÓN, J.M., en *El caso de la colza*, cit., pág. 177, nota 354, al tratar la responsabilidad penal por el producto, que siempre habrá una unidad-matriz directiva aunque en la empresa se constaten unidades separadas.

la acción tiene lugar con su conocimiento". Precisamente la combinación de este conocimiento con la facultad suprema de mando del directivo de la empresa va a determinar que en cualquier caso, si éste hubiese querido, tal publicidad fraudulenta no habría llegado a ser accesible al público; por ello, en el momento en que se demuestre que el directivo no había tenido conocimiento de tal publicidad, v.gr. en el hipotético supuesto de que fuese eficazmente engañado por el Departamento de publicidad, no se le podrá atribuir ningún tipo de responsabilidad penal por la difusión de los mensajes publicitarios.

Así, nos encontramos con que en Derecho alemán el titular de la empresa será responsable del delito cometido por sus subordinados siempre que se pruebe que la acción tiene lugar con su conocimiento; en Derecho español, como se ha dicho antes, la atribución de responsabilidad al directivo exige comprobar que realmente podía y debía impedir la actividad delictiva del subordinado<sup>1039</sup>. La diferencia reside en que el art. 4 de la UWG configura una responsabilidad del directivo en calidad de autor, mientras que en nuestro ordenamiento, dada la inexistencia de una disposición específica en la materia, sólo cabe apreciar una responsabilidad a título de partícipe por omisión<sup>1040</sup>. Sin embargo, no resulta rechazable la solución mantenida para nuestro ordenamiento; por un lado, se evita la exoneración de responsabilidad del titular de la empresa, y por otro lado, es la solución más acorde con el concepto restringido de autor del que aquí se parte, como "determinación objetiva y positiva del hecho".

### **3. Responsabilidad en los casos de utilización de medios o soportes de difusión mecánicos (art. 30 del CP)**

---

<sup>1039</sup> Vid. supra apartado b.1.

<sup>1040</sup> Vid. supra apartado b.1. Precisamente en Alemania se ha manifestado GREBING, G., *Strafrecht und unlauterer Wettbewerb*, cit., pág. 89, a favor de configurar la posición de garante del titular de la empresa con los mismos contornos que definen a la autoría o participación por omisión.

Es necesario tener en cuenta que en la mayoría de los casos la actividad publicitaria se realiza utilizando un medio o soporte de difusión mecánico<sup>1041</sup>, como la prensa, la radio o la televisión; por este motivo, cabe preguntarse si en los supuestos de comisión del delito de publicidad falsa es posible aplicar el art. 30 del CP, que establece lo siguiente: "1. 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. 2. Los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden: 1º. Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo. 2º. Los directores de la publicación o programa en que se difunda. 3º. Los directores de la empresa editora, emisora o difusora. 4º. Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora".

a) *Examen de los fundamentos que permiten aplicar el art. 30 del CP al delito de publicidad falsa*

En primer lugar, una parte de la doctrina considera inaplicable el art. 30 del CP al delito de publicidad falsa<sup>1042</sup>. Esta posición doctrinal tiene su base en lo que se

---

<sup>1041</sup> A pesar del empleo de esta expresión tan arcaica, debe entenderse en un sentido muy amplio y abierto que abarque todos los medios de comunicación de masas existentes y los que puedan surgir en el futuro; así, en esta noción se integran la prensa, la radio, la televisión e incluso Internet: vid. en este sentido QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *Manual de Derecho penal. Parte general*, Aranzadi 1999, pág. 644; GÓMEZ TOMILLO, M., *Libertad de información y teoría de la codelinquencia (La autoría y la participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masas)*, Comares, Granada 1998, pág. 126-130.

<sup>1042</sup> Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*, cit., pág. 186; CARRASCO ANDRINO, op. cit., pág. 127; MORENO Y BRAVO, op. cit., pág. 107; CUGAT MAURI, M., *La protección de intereses colectivos*, cit., pág. 1190.

ha considerado origen histórico de la responsabilidad en cascada: el establecimiento de un sistema especial de responsabilidad penal en los "delitos de imprenta", consistentes en la difusión de un contenido de pensamiento punible; tales infracciones han sido tradicionalmente los delitos contra el honor y contra la intimidad, es decir, aquellos en los que el bien jurídico puede ser afectado mediante el ejercicio de la libertad de expresión<sup>1043</sup>. Así, se ha situado la razón de ser de esta normativa en la necesidad de limitar la responsabilidad en este tipo de delitos con el objeto de salvaguardar las libertades de expresión e información; se evitaría así que, con la aplicación de las reglas generales de autoría y participación, resultase castigada la multitud de personas que contribuye de cualquier forma a la elaboración, impresión, distribución o venta del mensaje delictivo<sup>1044</sup>.

A pesar de esta limitación tradicional del art. 30 a los clásicos "delitos de prensa", es decir, los delitos contra el honor y contra la intimidad, realmente no existe ningún fundamento legal que obligue a mantener esta restricción. Como manifiesta Quintero, el sentido del art. 30 se halla en la idea de difusión, de tal modo 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 tanto, sería aplicable el art. 30 a delitos que se cometan utilizando medios de difusión, pero cuyo injusto esencial no dependa de tal circunstancia<sup>1045</sup>.

---

<sup>1043</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Manual de Derecho penal*. PG, cit., pág. 644; GÓMEZ TOMILLO, M., *Libertad de información y teoría de la codelinquencia*, cit., pág. 13; MIRA BENAVENT, J., *Los límites penales a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995, pág. 53; 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.

<sup>1044</sup> Vid. VIVES ANTÓN, T.S., *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, cit., pág. 36 y 51; en el mismo sentido vid. QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal*, cit., pág. 643; MIRA BENAVENT, J., *Los límites penales a la libertad de expresión...*, cit., pág. 210. Vid. también una enumeración de los defensores de esta teoría en GÓMEZ TOMILLO, M., *Libertad de información y teoría de la codelinquencia*, cit., pág. 31, nota 67.

<sup>1045</sup> Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal*, cit., pág. 644; no obstante, este autor se manifiesta en contra de aplicar el art. 30 del CP al delito de publicidad falsa.

Además, últimamente se ha afirmado también que el establecimiento de la responsabilidad escalonada no se ha originado para salvaguardar la libertad de expresión, sino que responde a la necesidad de impedir que el anonimato derivado de la introducción de una comunicación delictiva en un medio de difusión pueda favorecer la impunidad de estos comportamientos<sup>1046</sup>. Esta interpretación doctrinal está de hecho apoyada por la circunstancia de que un buen número de autores aplican el art. 30 del CP no sólo a los delitos contra el honor y la intimidad, sino también a otras infracciones generalmente cometidas a través de medios de difusión mecánicos que no consisten en la exteriorización de contenidos de pensamiento atentatorios contra los bienes jurídicos antes citados (honor e intimidad), y por lo tanto no se corresponden con los delitos que motivaron históricamente el nacimiento de la responsabilidad en cascada: cabe citar, por ejemplo, los delitos contra la propiedad intelectual, descubrimiento y revelación de secretos, promoción del consumo ilegal de drogas tóxicas, difusión de material pornográfico, etc<sup>1047</sup>.

Merece ser tomado aquí como base el análisis efectuado por Gimbernat de la aplicación del art. 30 a los delitos contra la propiedad intelectual, puesto que explicita cuál es el fundamento del que parte tal precepto, lo que permitirá determinar en qué supuestos será aplicable. Afirma este autor que no a todos los supuestos comprendidos en el art. 270 del CP (que recoge las infracciones penales contra la propiedad intelectual) es aplicable el citado art. 30: como dice este autor, refiriéndose a los arts. 13 y 15 del CP de 1973 (que regulaban, con algunas variantes con respecto al vigente art. 30, la responsabilidad en cascada), tales preceptos parten de la existencia de un autor que ha injuriado, calumniado o plagiado; por lo tanto, no tiene sentido aplicar el art. 30 en los casos de reproducción de una obra sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios y en los

---

<sup>1046</sup> Vid. GÓMEZ TOMILLO, M, *Libertad de información y teoría de la codelinquencia*, cit., pág. 9-11 y 33 y ss. Tienen en cuenta también este aspecto como justificante del establecimiento de la responsabilidad en cascada VIVES ANTÓN, T.S., *Libertad de prensa...*, cit., pág. 202; MIRA BENAVENT, J., *Los límites penales a la libertad de expresión...*, cit., pág. 59.

<sup>1047</sup> Vid. por todos GÓMEZ TOMILLO, op. cit., pág. 204 y ss, y 305 y ss.

supuestos de plagio como "delito con objeto plural inequívocamente ilícito", esto es, distribución de copias íntegramente plagiarias o ilegalmente reproducidas.

Efectivamente, en el primer caso citado el autor del texto no es el que comete el delito, sino justo lo contrario: es el que ve vulnerados sus derechos de propiedad intelectual; en el segundo caso expuesto, tampoco se aplica el art. 30 porque quien comete el delito no plagia directamente el texto, sino que su conducta consiste únicamente en difundir copias plagiadas por otro sujeto. Así, el art. 30 del CP se aplicará a aquellos supuestos de plagio en los que, en palabras de Gimbernat, existe un "autor-delincuente [...] que ha plagiado", de modo que "el principal responsable de la infracción es precisamente el que ha concebido el escrito o dibujo en cuestión"<sup>1048</sup>.

Como consecuencia de todo lo dicho, tampoco habría nada que objetar a la aplicación del art. 30 del CP al delito de publicidad falsa, en la inmensa mayoría de los supuestos en que el mensaje publicitario se difundiese a través de un medio de comunicación de masas<sup>1049</sup>. En primer lugar, hay que afirmar que esta figura delictiva constituye claramente una **infracción cuyo pleno sentido como injusto se capta en virtud de la extensión del conocimiento generalizado de lo que alguien**

---

<sup>1048</sup> Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Los delitos contra la propiedad intelectual*, en *Delitos contra la propiedad*, CGPJ, Madrid 1995, pág. 215-219; vid. también de acuerdo con él y en relación con el nuevo Código, GONZÁLEZ GÓMEZ, A., *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid 1998, pág. 134 y ss; GARCÍA RIVAS, N., *Los delitos contra la propiedad intelectual en el Código Penal de 1995*, en *Propiedad intelectual: aspectos civiles y penales*, CGPJ, Madrid 1995, pág. 220-221. Por su parte, reconoce sin más la aplicabilidad del art. 30 del CP a estos delitos QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal*, cit., pág. 613. Vid. también una enumeración de la doctrina favorable a aplicar la responsabilidad en cascada a los delitos de propiedad intelectual, en relación con el Código derogado, en GÓNZÁLEZ GÓMEZ, op. cit., pág. 133, nota 73.

<sup>1049</sup> A favor de esta opción MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*. PE, cit., pág. 103; MUÑAGORRI LAGUÍA, op. cit., pág. 85-87; SÁNCHEZ GARCÍA, op. cit., marg. 571. Queda así claro que precisamente aplicando la argumentación de Gimbernat al art. 282 obtenemos como resultado que en este último precepto sí se dan los presupuestos necesarios para dar entrada al art. 30 del CP, según este mismo autor: la existencia de un autor-delincuente que ha elaborado un texto delictivo; por lo tanto, no pueden compartirse las manifestaciones de Carrasco y Terradillos, compartidas también por Moreno y Bravo (vid. al principio de este apartado), quienes afirman que partiendo de los argumentos de Gimbernat se llega a la conclusión de que el art. 30 no puede aplicarse al delito de publicidad falsa.

**manifiesta**<sup>1050</sup>; efectivamente, aunque el desvalor de la conducta (que ha motivado la criminalización de estos comportamientos) se centra en la ofensa a los intereses patrimoniales de los consumidores, precisamente lo que justifica la construcción de este tipo penal como un delito de peligro hipotético es la concreta forma de ataque al bien jurídico patrimonial, caracterizada por una amplia capacidad ofensiva.

Como ya se ha dicho en anteriores ocasiones, se castiga ya la publicidad falsa y apta para perjudicar económicamente a los consumidores porque, dada la gran difusión que alcanza esta forma de comunicación, se produce un grave riesgo para los patrimonios de los integrantes del colectivo de consumidores. Ya que ha sido precisamente la peligrosidad de la gran difusión de la ofensa lo que ha justificado la configuración de un tipo penal autónomo, entonces puede afirmarse que su pleno sentido como injusto se halla en dar a conocer públicamente un mensaje falso apto para causar un perjuicio. Así, extendiendo la aplicación del art. 30 del CP a delitos no consistentes en la difusión del pensamiento, cabría defender la aplicación de este precepto al delito de publicidad falsa aunque se interprete que "cometidos" por medios de difusión mecánicos debe considerarse sinónimo de "consumados", en la línea propuesta por Vives<sup>1051</sup>. Efectivamente, el art. 282 del CP se consuma ya con la mera emisión de la publicidad a través de tales medios de difusión, siempre que presente la idoneidad objetiva requerida por el tipo<sup>1052</sup>.

En segundo lugar, estamos en este precepto ante el mismo supuesto que da entrada a la aplicación del art. 30 del CP a los delitos contra la propiedad intelectual: la existencia de un **autor-delincuente** que, en este caso, ha realizado una publicidad falsa. La existencia de un autor en este sentido es innegable a pesar de que, como acaba de verse al analizar las posibles formas de autoría y participación en este delito, resulte a veces tarea complicada determinar a quién se le atribuye responsabilidad por la redacción del mensaje publicitario. Cuando Gimbernat habla de que se aplicará el

---

<sup>1050</sup> Esta es la idea fundamentadora, manifestada anteriormente, que determina la aplicación del art. 30 del CP, vid. supra al comienzo de este apartado.

<sup>1051</sup> Vid. VIVES ANTÓN, T.S., *Libertad de prensa...*, cit., pág. 200.

<sup>1052</sup> Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA, cit., marg. 571, nota 123; vid. de la misma opinión MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*. PG, cit., pág. 103.



art. 30 del CP en los casos en que exista "un autor-delincuente" como creador de un texto delictivo que se difunde a través de un medio de comunicación de masas, lo hace para distinguir estos supuestos de plagio como imitación fraudulenta de los otros dos casos antes citados que son completamente diferentes: el plagio como "delito con objeto plural inequívocamente ilícito", es decir, un plagio que tiene como objeto material copias íntegramente plagiarias o ilegalmente reproducidas, y por otra parte, la reproducción ilícita de copias.

Como ya se ha explicado en párrafos anteriores, en estas dos últimas hipótesis el que comete el delito no ha elaborado ningún texto, sino que su conducta consiste en la reproducción ilícita de textos auténticos o en la difusión de copias ya plagiadas; en cambio, en el plagio como imitación fraudulenta sí estamos ante un delito que presupone que un sujeto ha elaborado ilícitamente un texto. Es en esta forma en la que debe entenderse la referencia a la existencia de "un autor-delincuente" y no, como hace Carrasco Andrino, en el sentido de que resulte fácil la determinación de quién es el verdadero autor del texto<sup>1053</sup>. La dificultad de averiguar el sujeto concreto que ha elaborado un mensaje publicitario no modifica en nada el hecho de que conceptualmente exista una publicidad delictiva que ha sido concebida y elaborada por un autor-delincuente.

Resumiendo, entonces, no queda más remedio que reconocer la aplicabilidad del art. 30 del CP al delito de publicidad falsa, porque no hay ninguna previsión legal que restrinja tal precepto a una categoría de infracciones concretas. Lo que cabe preguntarse inmediatamente es si la aplicación de tal norma restrictiva de responsabilidad penal va a crear lagunas de punibilidad en algunas de las variadas situaciones que se han descrito en páginas anteriores al delimitar las conductas de autoría y participación.

b) *Incardinación en la escala del art. 30 de los sujetos que intervienen en la realización del delito de publicidad falsa*

---

<sup>1053</sup> Cfr. CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 127.

Al margen de la inconveniencia de que el delito de publicidad falsa venga configurado como un tipo especial propio, se puede afirmar que la aplicación del art. 30 del CP no crea lagunas de punibilidad en relación con el art. 282, tal y como se encuentra ahora redactado.

El ap. 1º del art. 30.2 del CP establece que responderán como autores en primer lugar "los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo". Ante esta previsión, debe recordarse que en gran parte de los casos serán los propios *fabricantes o comerciantes* los auténticos redactores de la publicidad falsa, con lo cual entran dentro de la categoría de autores del art. 30.2.1º del CP. Cuando los que elaboran el texto publicitario son otros sujetos distintos de los fabricantes o comerciantes, no incluidos en el círculo de sujetos activos del art. 282 (principalmente las *agencias de publicidad*), tampoco habrá problema para integrarlos en este primer número de la escala de autores del art. 30, puesto que actúan "en lugar" del sujeto cualificado. Asimismo, y dado que el texto del art. 30.2.1º hace expresa referencia a los inductores, tampoco habría inconveniente para castigar los supuestos de inducción que se pueden presentar en el desarrollo práctico de una conducta de elaboración de publicidad falsa<sup>1054</sup>.

Los problemas van a surgir a la hora de castigar las posibles conductas de *cooperación necesaria* que pueden darse en relación con el delito del art. 282. Leyendo el art. 30 del CP, puede observarse que en su ap. 2 establece que van a responder de forma escalonada, excluyente y subsidiaria "los autores a los que se refiere el artículo 28"; acudiendo a este último precepto, se constata que "también serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo [el hecho delictivo]. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado." Sin embargo, después de esta referencia genérica al art.

---

<sup>1054</sup> La remisión del art. 30 al art. 28 del CP disipa cualquier duda sobre la posibilidad de incluir al autor mediato en este primer grado de la escala, ya que el art. 28 considera autor al que realiza el hecho delictivo por medio de otro que utiliza como instrumento; cfr. GÓMEZ TOMILLO, op. cit., pág. 140.

28, el primer nivel de la escala del art. 30 se refiere, como ya se ha transcrito antes, a los que realmente hayan elaborado el texto o signo y a los que hayan inducido a realizarlo, omitiendo toda referencia a los cooperadores necesarios.

Ante este confuso panorama, se ha afirmado con razón que podría entenderse tanto que esta última forma de participación está contemplada en el art. 30 como que su falta de mención expresa en los grados de la escala determina que se halla excluida<sup>1055</sup>. De todos modos, hay que señalar que la doctrina que se ha pronunciado al respecto admite la *inclusión de los cooperadores necesarios en esta primera escala del art. 30 del CP*<sup>1056</sup>.

Por último, debe añadirse que la posibilidad de incluir en el primer grado de la escala a cualquiera de los sujetos que ha elaborado la publicidad impide que entren en juego los siguientes niveles de responsabilidad, que atribuyen responsabilidad penal a los directores de la publicación o programa (art. 30.2 n° 2°), a los directores de la empresa editora, emisora o difusora (n° 3°) y a los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora (n° 4°). De este modo, la aplicación del art. 30 del CP no supone un obstáculo para sancionar a los verdaderos autores de un mensaje publicitario falso, y además se evita la indeseable consecuencia de que resulte sancionado el director de un medio de difusión que no ha intervenido en la concepción del mensaje y probablemente ni siquiera tiene noticia de su falsedad.

c) *Referencia a la propuesta de eliminación del sistema de responsabilidad del art. 30 del CP*

---

<sup>1055</sup> Cfr. GÓMEZ TOMILLO, cit., pág. 132-133, citando además a Ruiz Antón.

<sup>1056</sup> Vid. GÓMEZ TOMILLO, cit., pág. 133-135, y bibliografía citada (nota 19). En cambio, manifestándose específicamente en relación con el delito de publicidad falsa, HERNÁNDEZ PLASENCIA, cit., marg. 1109-1110, afirma que los cooperadores necesarios están excluidos en el art. 30 del CP. Por su parte, MUÑAGORRI LAGUÍA, cit., pág. 90, dice que las agencias de publicidad no podrían castigarse como cooperadoras necesarias en virtud del n° 1° del art. 30.2, pero acabarían incluyéndose en el n° 3° de tal precepto. Sin embargo, esta última solución realmente no posee efectividad práctica puesto que la escala del art. 30 es de carácter excluyente, y al castigarse los autores incluidos en el n° 1°, ya no se podrá seguir avanzando en la escala para sancionar a más sujetos.

Al margen de la inevitabilidad de la aplicación del art. 30 del CP al delito de publicidad falsa, cuestión aparte sería propugnar la desaparición de esta norma restrictiva de la responsabilidad penal en los delitos cometidos empleando medios de comunicación de masas. Un tratamiento profundizado de esta problemática, que desbordaría los límites de este trabajo, ha sido realizado por Gómez Tomillo, el cual aboga por la supresión del art. 30 del CP después de comprobar que en los delitos cometidos a través de medios de comunicación de masas es posible delimitar correctamente la responsabilidad penal con el único apoyo de los instrumentos de la teoría general del delito<sup>1057</sup>.

Haciendo una breve referencia a la propuesta anterior cabe comenzar afirmando que, suprimiendo el art. 30, la *definición general de la autoría como "determinación objetiva del hecho"*, como auténtica capacidad decisoria en relación con el acontecer delictivo, permitiría ya excluir del concepto de autor a los sujetos antes mencionados que se inscriben en los números 2º, 3º y 4º del art. 30.2 del CP. Como se ha dicho con anterioridad, generalmente los sujetos responsables de la difusión del texto publicitario no llegan siquiera a conocer su falsedad, y por lo tanto no ejercen ningún poder de decisión sobre el proceso delictivo, con lo cual en ningún momento podría atribuírseles responsabilidad penal a título de autores<sup>1058</sup>. Hipotéticamente podría contemplarse la posibilidad de que estos sujetos participasen en un plan común con el autor real del texto publicitario falso, llevando a cabo una auténtica conducta de cooperación necesaria; sin embargo, en el terreno de la realidad no es imaginable que un fabricante o comerciante haga partícipe de su conducta delictiva al director de un medio de difusión, teniendo en cuenta que este

---

<sup>1057</sup> Vid. GÓMEZ TOMILLO, cit., pág. 321 y ss.

<sup>1058</sup> Cfr. GÓMEZ TOMILLO, op. cit., pág. 273-275, refiriéndose únicamente al grado 4º de la escala, pero que en el caso de la publicidad falsa podría trasladarse a los niveles 2º y 3º, puesto que tampoco al director de una publicación o de una empresa editora o difusora se les podría exigir un control total de la publicidad que aparece en sus publicaciones o programas.

último no tiene obligación de contrastar la veracidad de los mensajes publicitarios que difunde, y por lo tanto no posee ningún sentido contar con su colaboración<sup>1059</sup>.

Por otra parte, partiendo de que las actuaciones llevadas a cabo a través de los medios de comunicación de masas están vinculadas con el desarrollo de la actividad en el marco de estructuras organizadas, de empresas, Gómez Tomillo ha apuntado la utilidad de la *teoría de la imputación objetiva* para delimitar la responsabilidad penal en estos ámbitos donde existe una importante organización y división del trabajo. Como él mismo señala, precisamente Tiedemann había puesto de relieve esta situación refiriéndose expresamente a las conductas de publicidad engañosa, al afirmar que no es responsable de tal ilícito el encargado de transmitir el mensaje en prensa o televisión, sino el titular del negocio que ha originado la publicidad, es decir, aquel a cuya esfera de responsabilidad corresponde ser especialmente cuidadoso con los riesgos que se pueden originar a determinados bienes jurídicos<sup>1060</sup>. Así, siguiendo con esta argumentación, no se podrá imputar objetivamente la realización de una conducta delictiva de publicidad falsa a quien, aun llegando a conocer el carácter delictivo del texto que se va a difundir, se limita a realizar su trabajo habitual en el seno de una empresa difusora o de la propia empresa productora de los bienes o servicios anunciados<sup>1061</sup>.

Finalmente, debe recordarse que se ha afirmado que la mejor forma de limitar la responsabilidad en los delitos cometidos a través de medios de difusión consiste en la verificación de la presencia de *dolo* en los sujetos que intervienen a lo largo del proceso delictivo<sup>1062</sup>. Así, desde el momento en que se constate que quien ha tomado parte en un proceso de confección y elaboración de un mensaje publicitario falso

---

<sup>1059</sup> Como afirma GÓMEZ TOMILLO, cit., pág. 371, "ausente la capacidad de decisión sobre la publicación, no se puede afirmar que exista un deber de contrastar la veracidad de los contenidos".

<sup>1060</sup> Cfr. TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho penal económico*, cit., pág. 168. Vid. sobre esto GÓMEZ TOMILLO, cit., pág. 352 y ss.

<sup>1061</sup> Cfr. GÓMEZ TOMILLO, cit., pág. 363.

<sup>1062</sup> Cfr. GÓMEZ TOMILLO, cit., pág. 372 y bibliografía citada.

desconocía el carácter delictivo de tal proceso, no se le puede atribuir responsabilidad en calidad de autor porque no ha actuado dolosamente.

## VIII. UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS

La posibilidad de que el delito de publicidad falsa entre en concurso con otros delitos se prevé en el último inciso del art. 282, introducido por vez primera en el Proyecto de 1992: "sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos". Algún autor ha señalado que esta específica cláusula tiene el objetivo de excluir la aplicación de la reglas concursales generales, de tal modo que deberían imponerse las penas correspondientes a cada uno de los delitos cometidos<sup>1063</sup>.

Sin embargo, no parece lógico que el legislador haya efectuado esta previsión tan insólita, sino que más bien habría que entender que su inclusión responde al deseo de disipar toda duda sobre el carácter socioeconómico de esta figura delictiva<sup>1064</sup>: como aquí se protegen los intereses difusos del grupo colectivo de los

---

<sup>1063</sup> Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS / DE LA CUESTA RUTE, cit., pág. 20.

<sup>1064</sup> Se trata de una auténtica "cláusula concursal", si bien resulta superflua porque a idénticas conclusiones que las expresadas por el legislador se llega aplicando las reglas generales sobre el concurso de delitos; cfr. VALLE MUÑIZ, cit., pág. 1302; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Curso de Derecho penal español*, cit., pág. 808; CARBONELL MATEU, cit., pág. 525-526; GÓMEZ RIVERO, cit., pág. 1234. En el mismo sentido se expresa la doctrina con respecto a cláusulas semejantes, como la contenida en el art. 188.5 del CP, en relación con los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores ("Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales sobre la persona prostituida"); cfr. al respecto TAMARIT SUMALLA, J.M., *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*, Aranzadi 2000, pág. 99; MORALES PRATS / GARCÍA ALBERO, *Comentarios al Nuevo CP*, cit., pág. 923; ORTS BERENGUER, E., *Derecho penal. PE* (Vives Antón y otros), cit., pág. 261; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. PE*, cit., pág. 233.

consumidores, es admisible un concurso de delitos con figuras que protegen el patrimonio individual del consumidor concreto (por ejemplo, la estafa); por otra parte, cabe también apreciar un concurso con figuras que implican una afectación de la salud pública o que suponen un daño efectivo en la salud o en la vida de un consumidor individual<sup>1065</sup>. A continuación se realizará un examen de las posibles situaciones concursales que se pueden producir.

### 1. Relación con el delito de estafa (art. 248 del CP)

---

<sup>1065</sup> QUERALT JIMÉNEZ es el único autor que sugiere la posibilidad de apreciar un concurso con el delito de falsedad en documento mercantil (art. 392 del CP); cfr. *Derecho Penal Español*, cit., pág. 602. Sin embargo, no resultan muy imaginables estas situaciones concursales una vez leído detenidamente el art. 392 del CP. En primer lugar, observamos que se sanciona al particular que cometa alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del art. 390.1; se excluye entonces el nº 4º de este último precepto, que sanciona las "falsedades ideológicas", es decir, "faltar a la verdad en la narración de los hechos" (cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, Cedecs, Barcelona 1999, pág. 547-548). Por lo tanto, de ningún modo tendría cabida la publicidad falsa en el art. 392 del CP, ya que se trata de una mera falsedad ideológica y consecuentemente impune al ser realizada por un particular.

En segundo lugar, como argumento de apoyo a esta solución podemos mencionar la necesidad de emplear, a efectos del art. 392 del CP, una concepción restringida de "documento mercantil"; de hecho, el propio Queralt parte de esta interpretación de carácter restrictivo (op. cit., pág. 512-514). Efectivamente, la equiparación en el art. 392 de los documentos mercantiles a los documentos oficiales y públicos exige que los primeros tengan la relevancia suficiente para merecer la misma protección que los segundos. Por consiguiente, puede afirmarse que tendrán la consideración de documentos mercantiles aquellos que, "además de estar expresamente previstos en una norma de carácter mercantil, sean materialmente equiparables a los públicos, por gozar de una mayor eficacia jurídica, bien sea por otorgárseles legalmente el carácter de títulos con valor ejecutivo, bien sea porque obedezcan al cumplimiento de una obligación normativa de documentación que funcionalmente los acerque a los documentos emitidos por ciertos funcionarios públicos documentadores": cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, op. cit., pág. 285. Parece, por lo tanto, que la comunicación publicitaria no va a transcurrir por las vías de un documento mercantil así caracterizado.

En primer lugar, es necesario justificar la admisibilidad de un concurso entre el delito de publicidad falsa y delitos que dañan directamente el patrimonio individual, básicamente la estafa<sup>1066</sup>. Estamos aquí ante el controvertido supuesto de un posible concurso entre un delito que supone un peligro para bienes individuales (publicidad falsa, que implica la posibilidad de un resultado de peligro para los patrimonios de un número indeterminable de consumidores) y un delito que lesiona los mismos bienes individuales (estafa, que equivale al menoscabo efectivo de uno o más patrimonios concretos). Así, cuando a consecuencia de la publicidad falsa uno o más consumidores adquieran el bien o servicio anunciado, siendo de este modo víctimas de un menoscabo en su patrimonio a causa de una adquisición que no se correspondía con sus expectativas, puede afirmarse que estamos ante un concurso de delitos: publicidad falsa y estafa.

Precisamente en este sentido se ha manifestado la doctrina alemana, que unánimemente admite la posibilidad de apreciar un concurso de delitos entre el art. 4 de la UWG, que recoge el delito de publicidad engañosa, y la estafa, regulada en el art. 263 del CP alemán. Tal posición doctrinal se basa en que el art. 4 de la UWG no exige la producción de un perjuicio patrimonial para los consumidores, sino que simplemente se incrimina la difusión de un mensaje publicitario falso e idóneo para engañar al público; así, cuando a causa de este mensaje el consumidor realice la adquisición de un bien o servicio que repercuta negativamente en su patrimonio, entonces se podrá apreciar también un delito de estafa<sup>1067</sup>.

---

<sup>1066</sup> Reconocen la existencia de un concurso de delitos entre publicidad falsa y estafa: MORENO Y BRAVO, E., *El delito de publicidad falsa*, cit., pág. 133; BAJO / BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, cit., pág. 553; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 104; CARBONELL MATEU, cit., pág. 525-526; JORDANA DE POZAS, L., *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia* (Conde-Pumpido Ferreiro, dir.), cit., pág. 2985; RODRÍGUEZ RAMOS / DE LA CUESTA RUTE, cit., pág. 20; SUÁREZ GONZÁLEZ, cit., pág. 545; QUERALT JIMÉNEZ, cit., pág. 602-603; MORENO CÁNOVES / RUIZ MARCO, cit., pág. 173; TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, cit., pág. 186.

<sup>1067</sup> Cfr. BAUMBACH / HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, cit., Rn. 2; PFEIFFER, G., *Strafbare Werbung*, cit., pág. 220; FUHRMANN, *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 75; KÖHLER / PIPER, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, cit., art. 4, Rn. 16; TIEDEMANN, K., *Strafrecht in der Marktwirtschaft*, cit., pág. 541; OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 134; RICHTER, H., *Strafbare Werbung beim Vertrieb von*



Por una parte, si contemplamos los bienes jurídicos lesionados en la situación anterior, deducimos que con un mismo hecho *se están vulnerando dos bienes distintos*, lo cual constituye el presupuesto del concurso de delitos<sup>1068</sup>: se lesiona, por un lado, el "patrimonio" de los concretos consumidores que han adquirido el bien o servicio, y por otro lado, el "interés de los consumidores en la veracidad publicitaria"<sup>1069</sup>. Realmente también es importante no perder de vista que, como se ha dicho repetidas veces, este último bien jurídico carece de autonomía y su configuración se debe a la necesidad de proteger bienes individuales (en este caso el patrimonio), y al fin y al cabo son estos últimos los que han de servir como criterio rector interpretativo del tipo.

Partiendo de esta perspectiva, nos encontraríamos con la problemática de la *relación entre delitos de peligro y de lesión que inciden sobre un mismo bien jurídico* (aquí, la publicidad falsa y la estafa como infracciones que ponen en peligro y lesionan el patrimonio, respectivamente); con respecto a esta cuestión, la doctrina se ha dividido entre los que consideran que se produce un concurso de leyes resoluble a favor de aplicación del delito de lesión en virtud del principio de subsidiariedad, y los que se decantan por la solución del concurso de delitos, afirmando, con razón, que la lesión de uno o varios bienes jurídicos concretos no absorbe el desvalor propio de

---

*Kapitalanlagen*, cit., pág. 120. Es de señalar que todos los autores alemanes hablan de un concurso ideal ("Tateinheit", cfr. art. 52 StGB) entre la publicidad engañosa y la estafa (también en esta línea ABANTO VÁSQUEZ, M.A., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 190); de todos modos, hay que señalar que la doctrina alemana considera suficiente, para que exista concurso ideal, la identidad parcial de las acciones ejecutadas: vid. por todos JESCHECK, H.H., *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, cit., pág. 720. Por el contrario, en Francia esta cuestión se ha resuelto a favor de la apreciación de un concurso real: cfr. ROBERT / VÉRON, *Le droit pénal des affaires en 350 décisions*, cit., pág. 84, analizando la sentencia de la Cour de cassation de 30-10-1995. Vid. infra, en este mismo apartado, sobre la naturaleza de esta situación concursal con respecto a la regulación española.

<sup>1068</sup> Vid. por todos SANZ MORÁN, A.J., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid 1986, pág. 149; QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal. PG*, cit., pág. 745-746; MIR PUIG, S., *Derecho penal. PG*, cit., L27, marg. 42.

<sup>1069</sup> Pone de relieve esta diferenciación de bienes jurídicos para admitir una relación concursal MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 104; VALLE MUÑIZ, J.M., *Comentarios al Nuevo CP*, cit., pág. 1302; SÁNCHEZ GARCÍA, cit., marg. 571.

una conducta que resulta peligrosa para un número mucho más amplio de bienes jurídicos. Como afirma Rodríguez Montañés, decantándose por esta solución del concurso de delitos, la absorción del delito de peligro por el delito de lesión sólo se produciría en los excepcionales casos en que el bien jurídico puesto en peligro fuese el mismo que resulta lesionado, y todo el desvalor del peligro resultase absorbido por la producción de la lesión<sup>1070</sup>.

Efectivamente, hay que reconocer aquí la posibilidad de un concurso entre los delitos de los arts. 248 y 282 del CP<sup>1071</sup>, rechazando que el tipo de lesión consuma al de peligro ya que el desvalor propio de este último no es absorbido por el primero<sup>1072</sup>. Podría afirmarse que la conducta típica del art. 282 del CP constituye un peligro de carácter "abierto", es decir, que no se limita a los que han sufrido la lesión de su patrimonio, sino que afecta a un número mucho más extenso e indeterminable de individuos (por ello se ha construido un delito de peligro abstracto, en la modalidad de los tipos de aptitud); por lo tanto, no se puede aceptar que el delito de lesión absorbe todo el riesgo creado por el delito de peligro, sino que tal riesgo permanece para multitud de sujetos que no han sido lesionados pero corren peligro de serlo<sup>1073</sup>. Por otra parte, del mismo modo que el desvalor del delito de publicidad

---

<sup>1070</sup> Vid. una enumeración de autores a favor de una y otra teoría en RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *El caso de la colza*, cit., pág. 237 nota 468 y pág. 238 nota 469.

<sup>1071</sup> Por ello, para apreciar un concurso de delitos no resulta obligado partir de la consideración de la salud pública como un bien jurídico autónomo, tal y como hace CORCOY BIDASOLO, M., *Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública*, cit., pág. 336 (se decanta por la autonomía de este bien jurídico en pág. 338, nota 30 y pág. 356, y también en *Delitos de peligro...*, cit., pág. 356), y los autores citados en nota 21.

<sup>1072</sup> Cfr. CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro...*, cit., pág. 359; la misma, *Resultados de muerte...*, cit., pág. 356.

<sup>1073</sup> Vid. en relación con los delitos contra la salud pública DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., pág. 365; PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor*, cit., pág. 221; CORCOY BIDASOLO, M., *Resultados de muerte...*, cit., pág. 356; vid. también recientemente ÍÑIGO CORROZA, M.E., *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, cit., pág. 304-305. Vid. también en este sentido MAQUEDA ABREU, M.L., *La idea de peligro en el moderno Derecho penal*, cit., marg. 496; asimismo al tratar específicamente el delito de publicidad falsa CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 129-130; MAPELLI CAFFARENA, cit., pág. 95.

falsa no es absorbido por las posibles estafas cometidas, tampoco la realización del delito del art. 282 abarcará el desvalor que conlleva la causación de efectivos menoscabos patrimoniales a los consumidores que han llegado a ser estafados.

Es cierto que una actuación dirigida a engañar a los consumidores podría incardinarse tanto en el "engaño" del art. 248 del CP (siempre que fuese engaño bastante para causar error) como en el tipo del art. 282 (siempre que existiese falsedad objetiva y aptitud para lesionar los intereses económicos de los consumidores), y ante esta situación, se ha dicho que el art. 282 desplazaría al 248 en virtud del principio de especialidad, dado que la conducta típica del primer precepto está más específicamente determinada que la del segundo<sup>1074</sup>. Sin embargo no debe olvidarse que, si una comunicación publicitaria falsa da lugar a la causación real de daños económicos en una o varias personas concretas, ese específico e importante desvalor de lesión no viene abarcado en el art. 282 del CP, que sólo contempla la aptitud lesiva de la conducta tipificada.

Debemos recordar que el fundamento del concurso de leyes se halla en que sólo una de las normas será aplicable, ya que recoge la plenitud del injusto cometido, de tal modo que la aplicación de cualquier otra norma que abarque una parte menor de ese mismo injusto va a suponer una vulneración del principio "ne bis in idem", valorándose y castigándose dos veces el mismo hecho<sup>1075</sup>. En el supuesto que estamos tratando, por lo tanto, *no puede afirmarse que resulte de aplicación preferente el art. 282 del CP, ya que cuando se producen las lesiones patrimoniales concretas, el citado precepto no va a abarcar la plenitud del injusto cometido*. El fundamento del injusto del art. 282 se centra en el peligro para los intereses económicos del amplio e indelimitable colectivo de consumidores; por lo tanto, el desvalor inherente a la verificación de concretas lesiones patrimoniales sufridas por

---

<sup>1074</sup> Cfr. CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro...*, cit., pág. 364.

<sup>1075</sup> Vid. sobre los fundamentos del concurso de leyes: GARCÍA ALBERO, R., *"Non bis in idem" material y concurso de leyes penales*, cit., pág. 217-218 y 228; QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal*, cit., pág. 755; MIR PUIG, S., *Derecho penal*. PG, cit., L27, marg. 63 y ss.

personas determinadas no es absorbido por el desvalor de una conducta peligrosa para el colectivo de consumidores.

Habrá que discernir a continuación si el concurso apreciable entre la publicidad falsa y la estafa es un concurso ideal o real de delitos. El primer caso se producirá, según el art. 77 del CP, cuando "un solo hecho constituya dos o más infracciones"; por el contrario, habrá concurso real cuando exista una pluralidad de hechos de un mismo sujeto que da lugar a una pluralidad de delitos<sup>1076</sup>. Refiriéndonos en primer lugar al concurso ideal de delitos, nos encontramos con que, además de la diversidad de bienes jurídicos afectados, lo definitorio de tal concurso es que existe un único hecho entendido como hecho típico, como acto o conjunto de actos que integran la descripción típica, y precisamente este comportamiento único vulnera "idealmente" varios bienes jurídicos<sup>1077</sup>. Estamos entonces ante un comportamiento caracterizado por cualidades diversas que coinciden a su vez con los elementos de diversos tipos penales<sup>1078</sup>; un sector doctrinal considera suficiente una identidad parcial de los procesos delictivos en cuestión<sup>1079</sup>, es decir, "basta con que al menos una parte del comportamiento concreto integrante de un hecho típico, y por tanto unitario, sea a su vez condición de la realización de otro tipo"<sup>1080</sup>.

---

<sup>1076</sup> Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho penal. PG*, cit., L27, marg. 53.

<sup>1077</sup> Definen "unidad de hecho" tomando como base "un hecho típico" en su conjunto (si bien matizando en mayor o menor medida esta problemática) los siguientes autores: MIR PUIG, S., *Derecho penal. PG*, cit., L 27, marg. 6-7 y 42; COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. PG*, cit., pág. 772-773; GARCÍA ALBERO, R., "Non bis in idem"..., cit., pág. 317; JOSHI JUBERT, U., *Unidad de hecho y concurso medial de delitos*, en ADPCP 1992, Fasc. II, pág. 618; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la "conducción suicida"*, en La Ley 1988-3, pág. 973, nota 23. En contra, hablando de "unidad de acción", SANZ MORÁN, A.J., *El concurso de delitos*, cit., pág. 145 y ss.

<sup>1078</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, op. cit., pág. 300.

<sup>1079</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, cit., pág. 316-317; SANZ MORÁN, cit., pág. 147.

<sup>1080</sup> Vid. GARCÍA ALBERO, cit., pág. 317.

Si partimos de la concepción de "unidad de hecho típico" como identidad parcial de los hechos tipificados como delito, llegaría a aceptarse un concurso ideal entre una publicidad falsa y una estafa. Atendiendo en primer lugar al art. 282 del CP, podemos recordar que se tipifica la emisión de publicidad falsa que sea además idónea para causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores; lo que se pretende con la incriminación de este comportamiento es evitar la producción de múltiples menoscabos patrimoniales, los cuales tendrían su origen en el hecho de que los consumidores afectados son engañados, mediante la falsedad publicitaria, sobre las verdaderas características del bien o servicio ofrecidos. De este modo cuando un oferente, para estafar a los eventuales adquirentes de sus bienes o servicios, utiliza como método de engaño y producción de error una publicidad falsa, se podría afirmar que el "hecho típico" del art. 282 del CP es parte integrante del correspondiente delito de estafa<sup>1081</sup>.

Además, también se ha dicho en la doctrina que, para poder hablar simultáneamente de unidad de hecho y pluralidad de bienes jurídicos lesionados, se ha considerado necesario al menos uno de los siguientes requisitos: que uno de tales bienes sea inmaterial, o que uno de los delitos represente meramente un peligro "ex ante" para un diverso bien jurídico<sup>1082</sup>. Así, en la situación concursal que estamos tratando se cumpliría la exigencia de que uno de los bienes jurídicos involucrados

---

<sup>1081</sup> Por todos los motivos expuestos, no puede aceptarse la teoría de quienes opinan que si se produce un perjuicio patrimonial que pueda ser calificado como estafa, este último delito absorberá al de publicidad falsa, existiendo una relación de consunción a favor de la estafa; cfr. en este sentido SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal. PE*, cit., pág. 463; LÓPEZ GARRIDO / GARCÍA ARÁN, en *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid 1996, pág. 142. También CUERDA RIEZU, A., *Contribución a la polémica...*, cit., pág. 74, nota 20, se muestra a favor de esta solución en los casos en que el posible perjuicio del delito del art. 282 vaya a quedar consumido por la efectiva producción del resultado de perjuicio patrimonial de la estafa (recuérdese que este autor, cfr. pág. 75, considera que en el art. 282 no sólo se protegen los intereses económicos de los consumidores, sino también su vida, salud y seguridad; así, cuando estos últimos intereses resultasen afectados, según este autor ya no habría una consunción por parte de la estafa, sino que se verificaría un concurso idea de delitos).

<sup>1082</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, cit., pág. 295 y 303-304. Vid. también poniendo de relieve el primer criterio SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la "conducción suicida"*, cit., pág. 973, nota 23.

fuese de naturaleza inmaterial, ya que posee tal carácter el "interés de los consumidores en la veracidad publicitaria" protegido en el art. 282 del CP; por otra parte, también se verificaría el segundo requisito propuesto, pues puede constatarse que, mientras el delito de estafa supone una lesión de uno o varios patrimonios concretos, en el art. 282 se tipifica una conducta peligrosa para un número mucho más amplio e indeterminable de patrimonios (en el cual se halla el conjunto concreto de patrimonios efectivamente lesionados).

De opinión contraria, existe otro sector doctrinal que no se conforma con la identidad parcial del hecho típico, sino que exige una **identidad total de todos los presupuestos del tipo objetivo**<sup>1083</sup>. Realmente esta posición resulta más acorde con el texto legal, ya que el art. 77 del CP exige la concurrencia de un solo hecho, y desde el momento en que el presupuesto objetivo de los tipos concurrentes coincide sólo de forma parcial, estaríamos propiamente ante dos hechos típicos diferenciados<sup>1084</sup>.

Partiendo de esta concepción, no se podría aceptar la existencia de un concurso ideal entre la publicidad falsa y la estafa porque no coinciden todos los elementos de cada tipo objetivo: en primer lugar, el sujeto pasivo de la acción no es el mismo, ya que en la publicidad falsa estará constituido por el colectivo difuso de los consumidores, y en la estafa se limita a los concretos individuos que han sufrido un daño económico<sup>1085</sup>; en segundo lugar, en la estafa se produce un resultado material tangible que es el menoscabo patrimonial valorable económicamente, mientras que en el art. 282 no se exige resultado de ningún tipo, sino únicamente la posibilidad de un resultado de peligro para los patrimonios de los miembros del

---

<sup>1083</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. PG*, cit., pág. 772-773; MIR PUIG, S., *Derecho penal. PG*, cit., L27, marg. 6 y ss; JOSHI JUBERT, U., *Unidad de hecho y concurso medial de delitos*, cit., pág. 627-628; GUINARTE CABADA, G., *El concurso medial de delitos*, en EPC 1988-89, n° XIII, pág. 163.

<sup>1084</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *ibidem*.

<sup>1085</sup> Cfr. en este sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PG*, cit., pág. 105.

colectivo de consumidores. En conclusión, resulta más correcto afirmar que se produce un **concurso real**, en vez de ideal, entre ambas figuras delictivas.

Profundizando más en la situación concursal que aquí se produce, puede afirmarse que nos encontramos específicamente ante un **concurso medial** de delitos. Si bien esta clase de concurso, tal y como dispone el art. 77 del CP, recibe el mismo tratamiento punitivo que el de naturaleza ideal, la doctrina actual es unánime al manifestar que se trata verdaderamente de un concurso real, es decir, de hechos distintos que dan lugar a infracciones distintas, con la particularidad de que una de las figuras delictivas constituye un "medio necesario para cometer la otra"<sup>1086</sup>.

En el supuesto que comentamos, puede afirmarse que la difusión de publicidad falsa apta para perjudicar a los consumidores constituye un medio necesario para la comisión de múltiples estafas a un número indeterminado de sujetos, de modo que cada menoscabo patrimonial individual redundará en un beneficio global para el oferente de los bienes o servicios. Es posible realizar esta afirmación ya que la doctrina comparte que la "necesidad" de ejecutar un delito para cometer otro debe apreciarse en cada caso concreto, siempre según criterios objetivos<sup>1087</sup>. Por lo tanto, si nos centramos en la específica actividad de ofrecimiento en el mercado de bienes o servicios, para conseguir estafar a un número importante de consumidores se puede considerar sin duda necesaria la difusión de publicidad falsa, ya que sin el empleo de una modalidad masiva de comunicación no se llegarían a verificar múltiples estafas a los integrantes del colectivo de consumidores.

La necesidad del empleo de la publicidad falsa resulta todavía más palmaria si recordamos que el peligro de lesiones patrimoniales contemplado en el art. 282 del

---

<sup>1086</sup> Vid. GUINARTE CABADA, G., *El concurso medial de delitos*, cit., pág. 160 y ss. (y bibliografía citada); vid. también QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal*, cit., pág. 751; COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. PG*, cit., pág. 771-772; JOSHI JUBERT, U., *Unidad de hecho...*, cit., pág. 634; SANZ MORÁN, A.J., *El concurso de delitos*, cit., pág. 218.

<sup>1087</sup> Cf. MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pág. 534; MIR PUIG, S., *Derecho penal. PG*, cit., L27, marg. 48; GUINARTE CABADA, op. cit., pág. 190-192; SANZ MORÁN, op. cit., pág. 219.

CP tiene sentido desde una óptica socioeconómica, ya que en la mayoría de los casos cada menoscabo económico aislado no será de gran cuantía, siendo el daño global lo realmente importante. Por lo tanto, en tales supuestos en que el autor de la estafa pretende causar un perjuicio económico a múltiples consumidores, será necesario que el engaño utilizado alcance a un elevado número de sujetos, y para lograr esta amplia difusión aparece como un instrumento idóneo un mensaje publicitario falso.

Ante esta situación, comprobamos que también pueden concurrir aquí, incluso conjuntamente, los dos supuestos en los que según Joshi Jubert el delito medio es preciso o necesario para realizar el delito fin: se trata, en primer lugar, de los casos de coincidencia parcial de acciones ejecutivas, y en segundo lugar, de los supuestos en que según el plan del autor valorado "ex ante" y objetivamente no se puede alcanzar el delito fin sin realizar el delito medio<sup>1088</sup>. Por una parte, existe en la hipótesis que comentamos la mencionada coincidencia parcial de acciones típicas, ya que, como se verá a continuación, la publicidad falsa constituye una forma de llevar a cabo el engaño previsto en el delito de estafa. Por otra parte, también se podrá constatar en numerosos casos que el plan del autor de una estafa dirigida a los consumidores prevé como necesaria la emisión de publicidad falsa, ya que sólo así podrá engañar simultáneamente al mayor número posible de individuos y, consecuentemente, podrá causarles un perjuicio económico considerable.

A mayor abundamiento, cabe traer aquí a colación la opinión de Gómez Rivero, quien afirma que será bastante infrecuente la aparición aislada del delito del art. 282, pues en la mayoría de los casos la apreciación del delito de publicidad falsa irá unida a la verificación de alguna figura delictiva lesiva del patrimonio, básicamente una estafa intentada o consumada. Esta autora afirma precisamente que la publicidad falsa funcionará como un instrumento para la comisión del delito de estafa; se apreciará entonces el ya referido concurso medial de delitos y, así, la infracción del art. 282 del CP acabará operando como una cualificación de la penalidad de la figura delictiva con la que concurre<sup>1089</sup>.

---

<sup>1088</sup> Cfr. JOSHI JUBERT, op. cit., pág. 635.

<sup>1089</sup> Cfr. GÓMEZ RIVERO, M.C., *Hacia una nueva interpretación del delito publicitario*, cit., pág. 1233-1234; también MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. PE*, cit., pág. 485.



No obstante, existe la opinión totalmente divergente de algún autor que se manifiesta en contra de apreciar esta relación concursal; así, González Rus<sup>1090</sup> se muestra bastante restrictivo en este ámbito, basándose en que uno de los requisitos típicos de la estafa es que el sujeto activo ha de emplear engaño "bastante" para inducir a error al sujeto pasivo. Por lo tanto, la publicidad u oferta han de contener dicho engaño "bastante", y según este autor, sólo el engaño tendrá la entidad suficiente para integrar el delito de estafa en los supuestos de ventas directas mediante catálogo o cuando el producto se adquiere por las características técnicas ofertadas; en los demás casos, no parece posible apreciar el engaño "bastante", puesto que es exigible al comprador la máxima diligencia a la hora de adquirir un producto o servicio<sup>1091</sup>.

Sin embargo, no resulta convincente que una publicidad típica según el art. 282 del CP no constituya engaño bastante para dar lugar a un delito de estafa. El "engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición", ha sido catalogado como un "engaño que crea un riesgo jurídico-penalmente desaprobado de lesión del bien jurídico, esto es del patrimonio ajeno"<sup>1092</sup>, y precisamente se puede afirmar que el relevante peligro de lesionar un enorme e indelimitable número de patrimonios ajenos ha justificado la tipificación del delito de publicidad falsa. En la estafa, la creación del citado riesgo jurídico-penalmente desaprobado como consecuencia de un engaño dependerá de que este último sea adecuado para producir un error; en otras palabras, "el éxito de la conducta engañosa, esto es, la disposición patrimonial injusta, depende, sin duda, de su capacidad para alterar los elementos de juicio de que disponga o pudiera disponer

---

Afirma asimismo que aquí se produce un concurso medial de delitos MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito de publicidad fraudulenta*, cit., pág. 96.

<sup>1090</sup> Vid. GONZÁLEZ RUS, J.J., *Curso de Derecho Penal Español*, cit., pág. 808; de acuerdo con él MUÑAGORRI LAGUÍA, I., *La protección penal...*, cit., pág. 129.

<sup>1091</sup> Vid. GONZÁLEZ RUS, *ibidem*, y también en *Los intereses económicos de los consumidores*, cit., pág. 212-213.

<sup>1092</sup> Cfr. VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., pág. 165.

la víctima, provocando así una decisión errónea que le llevará, fatalmente, a una disminución injusta de su acervo patrimonial"<sup>1093</sup>.

Por ello, y continuando con la comparación con la publicidad falsa, puede afirmarse que un mensaje de tales características constituye tal "engaño bastante" si ha sido capaz de causar un error en los consumidores y la consiguiente disposición patrimonial. Si en la estafa se exige que el engaño presente idoneidad o probabilidad objetiva para producir un error, atendiendo conjuntamente a las concretas circunstancias del sujeto pasivo<sup>1094</sup>, en el ámbito de la publicidad falsa encontramos una construcción similar. Efectivamente, en el art. 282 se exige que el mensaje falso sea objetivamente idóneo para perjudicar a los consumidores, lo cual sólo puede entenderse en el sentido de que el texto publicitario va a provocar en el consumidor una falsa imagen, un error sobre la oferta, que conducirá a una disposición patrimonial perjudicial para el adquirente. Además, como se ha dicho, si en el delito de estafa hay que atender a las circunstancias del sujeto pasivo al delimitar la idoneidad objetiva del engaño para causar error, en el delito de publicidad falsa también al precisar la aptitud del mensaje para perjudicar a los consumidores va a resultar útil atender, entre otros parámetros, no a una o varias víctimas concretas (ya que estamos ante un delito con sujeto pasivo difuso), sino a la categoría genérica del "consumidor medio", cuyos caracteres definitorios dependen de las particularidades que objetivamente presenta el círculo de consumidores a los que se dirige la publicidad<sup>1095</sup>.

## 2. Relación con los delitos contra la salud pública (arts. 359-365 del CP)

---

<sup>1093</sup> Cfr. VALLE MUÑIZ, op. cit., pág. 166.

<sup>1094</sup> Vid. VALLE MUÑIZ, ibidem; PÉREZ MANZANO, M., *Compendio de Derecho penal*, cit., pág. 443-444; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Función y contenido del error en el tipo de estafa*, en ADPCP 1985, Fasc. II, pág. 336 y ss.

<sup>1095</sup> Vid. supra epígrafe III.3.a).

Además del concurso con un delito lesivo del patrimonio individual, la publicidad falsa también puede entrar en relación concursal con delitos que afectan a la salud pública e, incluso, a la salud individual (v.gr. lesiones)<sup>1096</sup>. Efectivamente, como ya se ha puesto de relieve en ocasiones anteriores, en el Capítulo del Código Penal dedicado a los delitos contra la salud pública se castigan ataques de carácter colectivo que ponen en peligro la salud de los individuos que integran la comunidad social, justificándose este adelantamiento de la intervención penal ante el grave riesgo de producción de innumerables e indelimitables daños en la salud individual. Entonces, la diversidad de bien jurídico protegido en el art. 282 del CP y en los delitos contra la salud pública va a permitir apreciar un concurso de delitos cuando se difunda una publicidad falsa que ponga en peligro tanto la salud como el patrimonio de los consumidores<sup>1097</sup>.

---

<sup>1096</sup> Aceptan con carácter general la existencia de un concurso de delitos entre la publicidad falsa y delitos contra la salud pública e incluso lesiones: MORENO Y BRAVO, cit., pág. 133; CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 130; MAPELLI CAFFARENA, cit., pág. 97; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 104; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Curso de Derecho penal*, cit., pág. 808; MUÑAGORRI LAGUIA, cit., pág. 131; RODRÍGUEZ RAMOS / DE LA CUESTA RUTE, *El delito publicitario*, cit., pág. 20; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Compendio de Derecho penal*, cit., pág. 545; MORENO CÁNOVES / RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, cit., pág. 173. Se refiere sólo a la posibilidad de concurso con lesiones imprudentes QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español*, cit., pág. 602.

<sup>1097</sup> Vid. supra Primera parte, Capítulo segundo, epígrafe I.1. y I.2.a.3., sobre la definición de los bienes jurídicos protegidos en el art. 282 del CP y en los delitos contra la salud pública.

Precisamente la doctrina alemana fundamenta la existencia de un concurso de delitos ("Tateinheit", concurso ideal) en la diversidad de bienes jurídicos protegidos en el art. 4 de la UWG (publicidad engañosa) y en un conjunto de preceptos contenidos en leyes especiales que sancionan penalmente la publicidad engañosa llevada a cabo en determinados ámbitos del mercado (arts. 17, 23, 27 y 52 de la Ley de productos alimenticios; art. 67 de la Ley del vino; y art. 3 de la Ley de publicidad de medicamentos); cfr. BAUMBACH / HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, cit., Rn. 2; FUHRMANN, *Strafrechtliche Nebengesetze*, cit., Rn. 75; PFOHL, M., en MÜLLER-GUGENBERGER / BIENECK (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., cap. 59, Rn. 22 y 44. En cambio, hay otra doctrina que considera que las citadas infracciones son leyes especiales que desplazan al art. 4 de la UWG; cfr. PFEIFFER, G., *Strafbare Werbung*, cit., pág. 220; OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 135. Vid. más extensamente sobre este tema supra Capítulo primero C)I.1.e.3.

Al hablar de los delitos contra la salud pública, podemos referirnos en primer lugar a los preceptos tratados ya en el apartado del bien jurídico, los cuales se centran básicamente en la introducción en el mercado y puesta en conocimiento de los consumidores de determinados productos peligrosos para la salud: el art. 362.1.3º, que sanciona la publicidad de medicamentos que han sido alterados y privados de su eficacia terapéutica; el art. 363.1, que prohíbe el ofrecimiento en el mercado de alimentos cuyos requisitos legales sobre caducidad o composición han sido alterados u omitidos; y el art. 363.4, que castiga a quien comercie con productos cuyo uso no se halle autorizado o sea perjudicial para la salud.

Por un lado, en *aquellos casos en que el mensaje falso recae exactamente sobre los productos que constituyen el objeto material de las tres normas citadas*, verificándose por lo tanto en todos sus extremos el concreto delito contra la salud pública, ya no cabe aplicar conjuntamente el art. 282 del CP. Esta conclusión obedece al hecho de que *los citados delitos contra la salud pública, sancionados además con una pena notablemente superior a la prevista en el art. 282, absorben ya todo el desvalor del injusto de este último tipo penal*. La lógica más elemental nos lleva a concluir que el peligro para la salud en los casos de publicidad u ofrecimiento en venta de productos dañinos, lleva ya implícito el peligro para la integridad patrimonial de los sujetos a quienes alcanzan tales ofertas<sup>1098</sup>. Efectivamente, si se llegara a producir el daño a la salud que pretende evitarse con la creación de esos tipos de peligro, simultáneamente se estaría causando un menoscabo patrimonial, puesto que se estaría adquiriendo un bien cuyo consumo reportará daños a la salud del comprador o, en el mejor de los casos, no llegará a ser consumido<sup>1099</sup>.

---

<sup>1098</sup> Por ello no puede afirmarse, tal y como hace CARRASCO ANDRINO, op. cit., pág. 131, que la consunción del delito del art. 282 por parte de los delitos contra la salud pública se produce siempre que no se cause conjuntamente un peligro para el patrimonio: como venimos diciendo, la oferta en el mercado de un producto nocivo para la salud conlleva implícitamente un peligro para el patrimonio de los consumidores.

<sup>1099</sup> Precisamente en este sentido ha manifestado AZZALI, G., *La responsabilità penale del produttore per danni alla salute*, cit., pág. 865, que la actividad comercial de oferta en venta de un producto determinado que pueda dañar la salud constituye el medio por el cual ese producto se encamina al consumo, se destina a los consumidores. Por lo tanto, es correcto afirmar que el peligro para el patrimonio de los consumidores es inherente al peligro que presenta para su salud el producto ofrecido en el mercado.

Se puede afirmar, entonces, que cualquiera de los tres delitos contra la salud pública antes mencionados va a consumir al delito del art. 282, el cual resulta desplazado dado que sus presupuestos vienen ya implícitos en los arts. 362.1.3º y 363.1 y 4; evidentemente, el legislador no ha podido desconocer que la oferta de productos peligrosos para la salud implica también una afectación del patrimonio, y así parece reflejarse en el marco penal previsto en los delitos contra la salud pública<sup>1100</sup>. Así, la absorción del art. 282 por parte de cualquiera de los otros preceptos se produce porque casi siempre los presupuestos típicos del primero van a acompañar a la realización del segundo delito<sup>1101</sup>: por un lado, como ya se ha dicho, se produce un riesgo para el patrimonio de los consumidores; por otro lado, se puede constatar la falsedad de la publicidad u oferta desde el momento en que el producto dañino se está presentando como apto para el consumo humano.

Únicamente cuando la falsedad no se limite a negar que el producto presenta las características definidas en los tipos contra la salud pública, sino que se refiere a otros extremos como condiciones de venta, posibles efectos secundarios, origen, etc., cabrá apreciar un concurso de delitos entre el art. 282 y el correspondiente delito

---

<sup>1100</sup> Se puede afirmar que el delito contra la salud pública contempla todo el desvalor que el ordenamiento jurídico atribuye a una determinada conducta, prevaleciendo sobre el delito del art. 282 que contempla tal desvalor sólo de forma parcial; cfr. COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. PG*, cit., pág. 177. De todos modos, aunque tal situación se refleja correctamente en este caso en la elevación del marco penal, en algunas ocasiones ocurre que la norma que capta el desvalor total prevé una pena más benigna que el precepto que contempla el desvalor parcial; cfr. COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, op. cit., pág. 177, nota 20; GARCÍA ALBERO, R., "*Non bis in idem*"..., cit., pág. 386 y 390-391. Ha afirmado específicamente que entre el art. 282 y el art. 362.1.3º existe un concurso de normas resoluble a favor de este último precepto, CUGAT MAURI, M., *La protección de intereses colectivos*, cit., pág. 1180.

<sup>1101</sup> Aplican el principio de consunción en estos casos en que "normalmente" la realización de un supuesto de hecho típico conlleva la ejecución de otro: MIR PUIG, S., *Derecho penal. PG*, cit., L27, marg. 74-75; GARCÍA ALBERO, op. cit., pág. 385 y 392. Vid. en contra, exigiendo la presencia "obligada" del hecho absorbido en la ejecución del hecho principal, CASTELLÓ NICÁS, N., *El concurso de normas penales*, Comares, Granada 2000, pág. 163-164. En el supuesto que estamos tratando no va a resultar necesario proceder a tal distinción ya que, al sancionarse conductas de introducción en el mercado de sustancias nocivas, el peligro para la salud vendrá siempre acompañado del riesgo para el patrimonio; únicamente no existiría tal peligro para los intereses económicos de los consumidores en casos excepcionales como sería la publicidad de muestras gratuitas de un producto dañino para la salud.

contra la salud pública. En estos últimos casos, las falsedades ya no vendrían implícitas en los preceptos que protegen la salud, los cuales ya no abarcan el mayor riesgo que se produce para el patrimonio de los consumidores. Se producirá entonces un *concurso de delitos de naturaleza ideal* puesto que en los casos descritos podrá constatarse una auténtica "unidad de hecho": realización de una conducta de difusión publicitaria que incide sobre un único sujeto pasivo (los consumidores receptores del mensaje), y en la que encontraremos diferentes alegaciones (sobre unos concretos productos), unas de las cuales van a suponer un riesgo para la salud y otras un riesgo para el patrimonio de los consumidores<sup>1102</sup>. De todos modos, conviene dejar claro que también serían imaginables situaciones de *concurso real*, en aquellos supuestos en que los dos tipos de falsedades descritos (las referidas a la salud y las que inciden únicamente sobre el patrimonio) se divulguen en acciones separadas, es decir, en mensajes publicitarios distintos.

La situación que se acaba de describir puede darse también en las relaciones entre el art. 282 del CP con otros delitos contra la salud pública, particularmente con los arts. 360 y 361 del CP. El art. 360 del CP castiga a quien, hallándose autorizado para el tráfico de sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos, los despache o suministre sin cumplir con las formalidades legalmente exigidas; el art. 361 del CP sanciona a los que expendan o despachen medicamentos deteriorados o caducados o que incumplan las exigencias técnicas sobre su composición, estabilidad y eficacia, o sustituyan unos por otros, y con ello pongan en concreto peligro la salud de las personas. Teniendo en cuenta que partimos de un concepto muy amplio de publicidad, abarcando desde los típicos mensajes difundidos por los medios de comunicación hasta la propia publicidad en el puesto de venta e incluso el etiquetado, puede afirmarse que las mencionadas

---

<sup>1102</sup> Cfr. CARRASCO ANDRINO, op. cit., pág. 131. Por su parte, MAPELLI CAFFARENA, op. cit., pág. 97, habla también de la existencia de un concurso ideal, si bien refiriéndose en general a los delitos contra la salud pública, sin distinguir situaciones diferentes. Admite sin matizaciones un concurso entre el art. 282 y el 362.1.3º GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios al Nuevo CP*, cit., pág. 1692.

actuaciones de despacho, suministro o tráfico comercial llevan implícita la realización de alguna de las anteriores formas de publicidad.

Así, ocurrirá que el desvalor del art. 282 del CP será absorbido por el art. 360 cuando en el etiquetado, publicidad u oferta de las sustancias o productos referidos en el tipo, el vendedor afirme falsamente que sí cumple con las formalidades legalmente exigibles; y habrá *absorción* por parte del art. 361 cuando en las ofertas, publicidad o etiquetas de medicamentos deteriorados o caducados, o que incumplan las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, se afirme falsamente que tal medicamento se halla en perfecto estado o que cumple los requisitos mencionados. Por lo tanto, sólo cuando la falsedad publicitaria recaiga sobre otros extremos no recogidos en los arts. 360 y 361 será posible apreciar un *concurso ideal* entre estas infracciones y el art. 282 del CP; o también, como se ha dicho antes, habrá *concurso real* cuando se produzcan dos acciones separadas: por un lado, la publicidad falsa que afecte al patrimonio, y por otro, el mensaje que incida sobre aspectos relativos a la salud.

En relación con los demás delitos contra la salud pública no relativos a la realización de publicidad u ofertas referidas a productos peligrosos para la salud o al despacho o tráfico de los mismos, sino que consisten en la alteración, simulación o cualquier otra forma de convertir un producto en peligroso o nocivo, puede afirmarse que existe una situación concursal cuando quien ha realizado tales conductas manipuladoras procede después a publicitar el bien alterado. Estaríamos en estos casos ante un *concurso real* de delitos, que se podría dar en los siguientes supuestos:

- publicidad sobre sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos, elaboradas por quien no se halla debidamente autorizado, en la cual el anunciante se presenta falsamente como poseedor de la preceptiva autorización para el tráfico de los mismos (art. 359 CP).

- publicidad de medicamentos imitados o simulados afirmando inverazmente que son verdaderos (art. 362.1.2º CP).

- publicidad de bebidas o comestibles nocivos para la salud, de géneros corrompidos, o de efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados que han sido

ocultados o sustraídos para comerciar, anunciando falsamente que se hallan en buen estado o que son aptos para el consumo humano (art. 363.2,3 y 5 CP).

- alimentos, sustancias o bebidas destinadas al comercio alimentario anunciados como aptos para consumir, cuando en realidad han sido adulterados con aditivos u otros agentes no autorizados susceptibles de causar daños a la salud de las personas (art. 364.1 CP).

- carnes o productos de animales de abasto anunciados como aptos para el consumo humano, mientras que realmente al animal se le han administrado sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas, o se ha realizado cualquier otra modalidad de actuación de las previstas en los nº 1º a 4º del art. 364.2 del CP.

- aguas potables o de sustancias alimenticias destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas, que son anunciadas como aptas para el consumo, mientras que en realidad han sido envenenadas o adulteradas con sustancias infecciosas u otras que puedan ser gravemente nocivas para la salud (art. 265 CP).

Finalmente, como se ha apuntado con anterioridad, es posible que se causen lesiones o incluso muertes como consecuencia de la adquisición del producto nocivo anunciado mediante un mensaje publicitario falso. Estaríamos aquí ante un supuesto que ha sido objeto de tratamiento por la doctrina en el ámbito de los delitos contra la salud pública, y que ha sido solucionado con carácter general apreciando un concurso ideal entre el delito de peligro para la salud y la muerte o las lesiones producidas<sup>1103</sup>.

---

<sup>1103</sup> Cfr. ÍÑIGO CORROZA, M.E., *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, cit., pág. 304; BOIX REIG, J., *Derecho penal. PE* (Vives Antón y otros), cit., pág. 680; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. PE*, cit., pág. 614 y 617; CARMONA SALGADO, C., *Curso de Derecho penal español*, cit., Tomo II, pág. 148; DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., pág. 365; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *El caso de la colza...*, cit., pág. 240; PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor*, cit., pág. 220; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Madrid 1988, pág. 122; RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Fraudes alimentarios nocivos*, cit., pág. 824. Vid. también CORCOY BIDASOLO, M., *Resultados de muerte...*, cit., pág. 357, puntualizando que, para apreciar un concurso ideal entre las lesiones o muertes y el delito contra la salud pública, es necesario que el riesgo al cual se imputan los resultados lesivos esté presente ya en el inicio de la concreta actuación constitutiva del delito contra la



Sin embargo, esta solución no está en consonancia con lo anteriormente expuesto al tratar la concurrencia entre el delito de publicidad falsa y la estafa, supuesto análogo al presente ya que entran en concurso una figura delictiva que supone un peligro para la salud de los miembros de la comunidad social y otra figura que lesiona efectivamente la salud de varias personas concretas.

Por lo tanto, en primer lugar aquí no se encuentra una identidad de sujeto pasivo de la acción: en el delito de lesión es una o varias personas individualizadas, y el delito de peligro abarca a toda la sociedad, no sólo a los que efectivamente han sido lesionados. Y en segundo lugar, las lesiones o muertes causadas constituyen un resultado material que no aparece en los delitos contra la salud pública, en los cuales o no se va a producir ningún resultado o a lo sumo se causará un resultado de peligro concreto para la salud. En conclusión, parece que, al margen de las relaciones entre el art. 282 y los delitos de peligro contra la salud pública, que como hemos visto pueden ser concursales o de consunción, la producción de muertes o lesiones implicará la aparición de un *concurso real* con cualquiera de los anteriores delitos de peligro para la salud o el patrimonio.

### **3. Relación con el delito de falsedad en documentos sociales (art. 290 del CP)**

Continuando con la exposición de las situaciones concursales, merece una mención la posibilidad de que, cuando la publicidad típica según el art. 282 del CP tenga por objeto títulos-valores, exista un concurso con el delito del art. 290 del CP, el cual sanciona a los administradores de hecho o de derecho de una sociedad “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

---

salud pública.

económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero”. Al definir el objeto material en el art. 282, ya se puso de relieve que, dada la amplitud de los términos típicos "productos" y "servicios", no había ningún inconveniente para integrar en este tipo la publicidad referida a títulos-valores; de este modo se logra no dejar en la impunidad a aquellas sociedades que, para captar inversores, publican folletos informativos con datos falsos sobre la situación de la sociedad, es decir, pretenden ofrecer una imagen sobre la envergadura, el estado de cuentas, la solvencia, etc., de la sociedad que no resulta acorde con los hechos reales<sup>1104</sup>.

Tal situación delictiva se presentaría aislada cuando la sociedad se limitase a publicar datos falsos relativos a su propio estado; sin embargo, podría ocurrir que tal conducta viniese precedida por un anterior falseamiento de las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica de la entidad: así, en este último supuesto, se plantearía cómo tratar la posible concurrencia del art. 282 con el art. 290 del CP. En principio parece que nos encontramos ante dos conductas distintas y separables (el falseamiento de los documentos sociales y la difusión de publicidad falsa), y por lo tanto susceptibles de integrarse en los dos preceptos citados dando lugar a una situación concursal; sin embargo, la solución más correcta es, como ahora se verá, considerar que la publicación de datos falsos es un **acto posterior copenado** en la actividad de falseamiento de documentos sociales, es decir, que habría un concurso entre normas, los arts. 282 y 290 del CP, de modo que en virtud del **principio de consunción** esta última abarcaría ya el desvalor de la primera.

Para empezar, podemos adoptar la definición de acto posterior copenado recogida por García Albero: “aquella realización típica y punible que subsigue a un delito previo *-lex consumens-* y que supone, bien la utilización o aprovechamiento del resultado ilícito del hecho precedente, bien su sostén o aseguramiento”<sup>1105</sup>; por lo tanto, habrá que valorar si la publicación de los datos previamente falseados en los

---

<sup>1104</sup> Vid. sobre esta cuestión, y sobre la existencia en otros países de una infracción penal autónoma relativa a la publicidad de títulos-valores, supra Capítulo primero C)I.2. y C)III.2.

<sup>1105</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, R., “*Non bis in idem*”..., cit., pág. 394.

documentos sociales constituye una utilización o aprovechamiento del mismo hecho ilícito de falsear los documentos citados. De lo que se trata básicamente es de averiguar si con el segundo acto delictivo (aquí, el de difusión de publicidad falsa) se está produciendo el mismo desvalor presente en la primera actuación (aquí, el falseamiento de documentos sociales), de tal modo que debe evitarse la doble valoración que implica el concurso real de delitos y consecuentemente ha de entenderse que la segunda conducta ilícita es un acto posterior ya copenado.

Realmente no es fácil concretar unos parámetros firmes para determinar cuándo estamos ante un acto posterior cuyo desvalor ya se contiene en la primera actuación delictiva: así, en primer lugar, la doctrina ha manifestado que el hecho posterior ha de dirigirse contra el mismo bien jurídico vulnerado por la conducta delictiva principal; en segundo lugar, se ha afirmado que la segunda actuación no debe aumentar el daño producido por el hecho precedente<sup>1106</sup>. De todos modos, la misma doctrina ha afirmado que los criterios expuestos no son absolutamente firmes y válidos para todos los casos<sup>1107</sup>; en fin, parece que no queda otro remedio que efectuar, con la mayor precisión posible, una interpretación teleológica del delito principal para averiguar si en él ya está desvalorado el acto posterior<sup>1108</sup>.

Por consiguiente, habrá que examinar los caracteres de la conducta típica del art. 290 del CP para comprobar si en ella puede incluirse la desvaloración de la posterior difusión al público de datos falsos relativos a la sociedad. Hay que recordar que este precepto no tipifica el mero falseamiento de documentos de la sociedad, sino que exige a mayores que esta conducta se realice “de forma idónea para causar un

---

<sup>1106</sup> Vid. GARCÍA ALBERO, op. cit., pág. 394-395; MIR PUIG, S., *Derecho penal. PG*, cit., L27, marg. 77; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. PG*, cit., pág. 541.

<sup>1107</sup> Así, por ejemplo, afirman expresamente que no es necesaria la vulneración del mismo bien jurídico por ambas conductas CEREZO MIR, J., *Derecho penal. Parte general. Lecciones 26-40*, UNED, Madrid 2000, pág. 271; CASTELLÓ NICÁS, N., *El concurso de normas penales*, cit., pág. 53; también señala en algún caso la diversidad de bien jurídico protegido GARCÍA ALBERO, op. cit., pág. 398.

<sup>1108</sup> Vid. GARCÍA ALBERO, cit., pág. 397-398 y 400; vid. también COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. PG*, cit., pág. 178-179.

perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero”. Estamos entonces ante un delito de aptitud en el mismo estilo que el art. 282 del CP; es decir, las falsedades en los documentos han de presentar unas características determinadas que permitan afirmar su idoneidad lesiva para el patrimonio de la sociedad, de algún socio o de un tercero<sup>1109</sup>. Empleando los mismos términos que aquí se han utilizado para definir el elemento de aptitud en el delito de publicidad falsa, puede afirmarse que habrá que averiguar si en el caso concreto ha sido posible un contacto entre la información falsa y el patrimonio de alguno de los sujetos mencionados (la sociedad, algún socio o un tercero), como consecuencia del cual se hubiera podido producir un peligro efectivo para tal patrimonio.

Pues bien, puede afirmarse sin lugar a dudas que una de las formas de colmar este elemento de aptitud lesiva va a consistir en la difusión al público de los datos falseados. Precisamente se ha afirmado que el requisito de idoneidad de la conducta falsaria para causar un perjuicio “parece imponer el momento consumativo en el instante en que los documentos adquieran cierta publicidad”<sup>1110</sup>, ya que “de otro modo la acción no puede estimarse peligrosa”<sup>1111</sup>.

Así, puede afirmarse que la sociedad, al emitir un folleto informativo reflejando los datos previamente falseados en los documentos sociales, está dotando a esta última conducta falsaria de una idoneidad para lesionar el patrimonio de terceros ajenos a la sociedad; de este modo, se aprecia que el desvalor propio de la difusión de publicidad falsa en este ámbito se encuentra ya comprendido en la propia conducta delictiva de falsedad en los documentos sociales. De hecho, puede traerse a colación

---

<sup>1109</sup> Vid. por todos FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pág. 155 y ss; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 207-209; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos societarios en el Código penal español*, Dykinson, Madrid 1998, pág. 190-193, y demás bibliografía por ellos citada.

<sup>1110</sup> Cfr. VALLE MUÑIZ / QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS, *Comentarios al Nuevo CP*, cit., pág. 1335.

<sup>1111</sup> Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J., *Los delitos societarios*, en *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995* (Del Rosal Blasco, B., ed.), Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pág. 274.

un supuesto semejante que ha sido tratado de la misma forma que aquí se propone: se ha considerado como acto posterior copenado el mero uso de un documento público u oficial falso por parte de quien lo había falsificado previamente. Este supuesto, citado por García Albero, ha sido resuelto en tal sentido por el TS, que en su sentencia de 14 de septiembre de 1992 señala que “toda falsedad documental debe estar, de una u otra forma, dirigida a una ulterior utilización de lo alterado”<sup>1112</sup>; y en la misma línea, se ha señalado en la doctrina que un sujeto falsificador habrá realizado su trabajo con alguna finalidad y, por lo tanto, el uso del documento que ha falsificado no constituirá más que el mero agotamiento material del delito<sup>1113</sup>.

#### **4. Relación con los delitos contra la propiedad industrial (arts. 274.1 y 275 del CP)**

También se ha hecho referencia en la doctrina a la posibilidad de apreciar un concurso entre el art. 282 y los arts. 274.1 y 275 del CP, que se refieren a la utilización indebida de denominaciones de origen o de indicaciones geográficas<sup>1114</sup>. El art. 274.1 sanciona 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 idéntico o confundible con aquél, para distinguir los mismos o similares bienes o servicios para los que el derecho de propiedad industrial se halla registrado. El art. 275 castiga a quien, sin estar autorizado, utilice en el

---

<sup>1112</sup> Cfr. GARCÍA ALBERO, op. cit., pág. 398, nota 279.

<sup>1113</sup> Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Nuevo CP*, cit., pág. 1819; vid. también VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, cit., pág. 739 ss.

<sup>1114</sup> Mencionan la posibilidad de estas situaciones concursales MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 52 y 61; CARRASCO ANDRINO, op. cit., pág. 132; MORENO Y BRAVO, op. cit., pág. 133.

tráfico económico una denominación de origen o una indicación geográfica representativa de una calidad determinada legalmente protegidas.

La mayoría de las conductas expuestas se caracterizan por el hecho de que un sujeto emplea en el tráfico económico un signo distintivo, denominación de origen o indicación geográfica ajenos, para designar sus bienes o servicios propios: esto ocurriría cuando se desarrollase la acción típica del art. 275 y cuando, en el ámbito del art. 274.1, se estuviese utilizando un signo distintivo idéntico al de un titular de un derecho de propiedad industrial. Por otro lado, este último precepto también contempla la posibilidad de que un sujeto ofrezca sus bienes o servicios sin hacer uso de un signo distintivo idéntico al del titular del derecho, sino empleando uno muy parecido que implique riesgo de confusión, máxime si tenemos en cuenta que los productos ofrecidos bajo tal signo confundible han de ser similares a los que designa el signo imitado; en estos supuestos, realmente no se estaría ofreciendo una imagen falsa de un bien o servicio, sino que únicamente sería una oferta engañosa, que favorece la confusión.

Pues bien, en el primer grupo de casos expuesto, realmente puede afirmarse que el empleo falsario en el mercado de tales signos distintivos, denominaciones de origen o indicaciones geográficas, va a constituir siempre una publicidad falsa (recuérdese, entendida en sentido amplio, también como oferta o etiquetado) y desde luego apta para perjudicar a los consumidores, ya que estaríamos aquí ante una falsedad sobre el origen o calidad de la oferta que, como se ha dicho anteriormente<sup>1115</sup>, constituyen aspectos esenciales de los productos o servicios. Por lo tanto, se produciría un concurso real entre el art. 282 y el art. 274.1 (en la modalidad mencionada) o el art. 275 del CP, es decir, se producen dos hechos diferentes que infringen dos preceptos penales diversos, sin que sea posible hablar de una unidad de hecho por falta de identidad de los presupuestos del tipo objetivo. Efectivamente, en primer lugar el bien jurídico protegido con carácter general en los arts. 274 y 275 puede definirse como el "monopolio legal o derecho de exclusividad que constituye el contenido jurídico de todas y cada una de las modalidades de propiedad

---

<sup>1115</sup> Vid. supra epígrafe III.2.a).

industrial"; se trata, por lo tanto, de un bien jurídico de naturaleza individual, siendo el sujeto pasivo del delito el concreto titular del derecho de propiedad industrial vulnerado<sup>1116</sup>. En cambio, recordemos una vez más que el art. 282 protege un bien jurídico de naturaleza supraindividual y, consecuentemente, el sujeto pasivo es de carácter difuso, está constituido por el colectivo de consumidores<sup>1117</sup>.

Cabe apuntar, finalmente, que diversa doctrina ha afirmado que sería recomendable proteger también en el art. 275 del CP el interés supraindividual económico general del país y el interés supraindividual difuso del colectivo de consumidores<sup>1118</sup>. Teniendo en cuenta que este delito se cometerá básicamente a la hora de comercializar bienes en el mercado y en la actividad publicitaria<sup>1119</sup>, y teniendo en cuenta que las denominaciones de origen y geográficas representativas de calidad contienen una información esencial para los consumidores, sin duda sería muy acertada la mencionada configuración del objeto de protección de este delito; en

---

<sup>1116</sup> Conectan el bien jurídico en los delitos relativos a la propiedad industrial con este derecho de exclusiva MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*. PE, cit., pág. 34-35; BOIX REIG, J., *Derecho penal*. PE, cit., pág. 514; VALLE MUÑIZ, J.M., *Comentarios al Nuevo CP*, cit., pág. 1256; JORGE BARREIRO, A., *Comentarios al Código Penal* (Rodríguez Mourullo, G., dir.), Civitas, Madrid 1997, pág. 783; GUINARTE CABADA, G., *Comentarios al CP de 1995*, cit., Vol. II, pág. 1340 y 1345; MORENO CÁNOVES / RUIZ MARCO, cit., pág. 94 y 102; PORTELLANO DIEZ, P., *Los nuevos delitos contra la propiedad industrial. Reflexiones de un mercantilista*, en CPC 1996, nº 60, pág. 649; SEGURA GARCÍA, M.J., *Derecho penal y propiedad industrial*, Civitas, Madrid 1995, pág. 209, 229 y 369. Vid. las opiniones divergentes de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *La reforma de los delitos contra la propiedad industrial*, en Documentación Jurídica, cit., pág. 741, quien considera que aquí se protege la norma de intervención del Estado en la vida económica, que concede el propio derecho de propiedad industrial; y de GONZÁLEZ RUS, J.J., *Curso de Derecho penal español*, cit., pág. 785, afirmando que sí se protege el citado derecho de exclusiva pero que lo determinante de la tutela no es esta dimensión individual, sino la protección de la competencia en general.

<sup>1117</sup> Habla de esta diversidad de bien jurídico que posibilita apreciar un concurso real de delitos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, op. cit., pág. 55 y 61-62.

<sup>1118</sup> Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, op. cit., pág. 54-55. Algunos autores afirman que este precepto tutela también a los consumidores y a la competencia en general, si bien, como ellos mismos reconocen, se trata de una protección mediata, a mayores del bien directamente protegido que es el mencionado derecho de exclusividad: cfr. VALLE MUÑIZ, op. cit., pág. 1256; JORGE BARREIRO, op. cit., pág. 783; MORENO CÁNOVES / RUIZ MARCO, op. cit., pág. 94-95 y 103; SEGURA GARCÍA, op. cit., pág. 240.

<sup>1119</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, op. cit., pág. 59.

tales circunstancias, siempre que una publicidad falsa versase sobre tales denominaciones de origen o indicaciones geográficas, sería de aplicación únicamente el art. 275 del CP, que ya contemplaría todo el desvalor del injusto realizado. Sin embargo, dado que el precepto no está ubicado en la Sección dedicada a los delitos contra el mercado y los consumidores, es decir, “de lege lata” constituye un delito de naturaleza individual, no queda otra solución que apreciar un concurso real de delitos.

Por último, en relación con la anterior modalidad mencionada del art. 274.1 del CP, la de utilización de un signo distintivo confundible con el de un titular de un derecho de propiedad industrial, debe puntualizarse que para apreciar aquí un concurso real con el art. 282 es necesario que haya una publicidad falsa relativa a aspectos que no vengan contemplados en el art. 274.1. Si alguien emplea un signo distintivo ajeno para designar productos propios, y de este modo incurre en la prohibición del art. 274.1, estará cometiendo automáticamente el delito del art. 282; en cambio, si se limita a crear un signo engañoso, confundible con otro ajeno, no realizará el delito del art. 282 si no efectúa a mayores declaraciones publicitarias falsas sobre otros aspectos de la oferta, puesto que la simple simulación de un signo distintivo no da lugar a una falsedad objetiva (requisito imprescindible del art. 282), sino a un artificio meramente engañoso.

## **5. Relación con el delito de facturación ilícita (art. 283 del CP)**

Por último, cabe analizar si sería posible una situación concursal entre el art. 282 del CP y otra figura que también atenta contra los intereses económicos difusos de los consumidores: el delito de facturación ilícita, contenido en el art. 283 del CP. Este precepto castiga 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”.



Es importante advertir que *ciertas conductas de emisión de publicidad falsa quedarán consumidas en la ejecución del delito de facturación ilícita*. Hay que recordar que el concepto de publicidad del que se parte posee unos contornos muy amplios que llevan a incluir en el mismo hasta las comunicaciones al consumidor presentes en el puesto de venta, que acompañan al propio bien o servicio. Por lo tanto, no debe considerarse que estamos ante un delito de publicidad falsa cuando en o junto al aparato automático manipulado se presenta una información relativa al precio y cantidad de los bienes o servicios ofrecidos que, si bien en condiciones normales resulta verdadera, tras la alteración del aparato constituye una información falsa, no acorde con la realidad. Cuando el art. 283 del CP exige que se "facturen cantidades superiores por productos o servicios", a pesar de que falta el segundo término de la comparación, se entiende lógicamente que tales cantidades facturadas deben ser mayores que las procedentes de no haber mediado la manipulación del aparato<sup>1120</sup>. Los precios y cantidades correctos están indicados en la mayoría de los casos en o junto al propio aparato automático (v.gr. un surtidor de gasolina, una máquina expendedora de bebidas, etc.), y es la propia conducta de manipulación la que va a convertir en falsos los precios y cantidades procedentes<sup>1121</sup>.

Por lo tanto, en tales circunstancias no puede hablarse de que existe una actuación de difusión de publicidad falsa con carácter independiente a la ejecución del tipo del art. 283 del CP, sino que sólo se estará realizando la conducta típica de este último precepto; la falsedad que se puede predicar de la mencionada información sobre precios y cantidades resulta una consecuencia inseparable de la manipulación exigida en el art. 283, de la "acción falsaria sobre los aparatos automáticos"<sup>1122</sup>.

---

<sup>1120</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de facturación ilícita en perjuicio de los consumidores*, en RDPCrim 1998, nº 1, pág. 75.

<sup>1121</sup> Por las razones expuestas no se comparte la opinión de MAPELLI CAFFARENA, op. cit., pág. 96, que en el caso indicado considera que existe un concurso ideal-medial de delitos entre los arts. 282 y 283 del CP.

<sup>1122</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, op. cit., pág. 72.

Por otra parte, cabe la posibilidad de que la conducta de facturación ilícita de unos determinados bienes o servicios vaya precedida por una campaña publicitaria en la que se difunden informaciones falsas sobre el origen, la calidad o cualquier otro extremo de esos mismos productos que no esté relacionado con el precio. En tal caso estaremos ante dos acciones completamente separadas: por un lado, la emisión de mensajes publicitarios falsos relativos a la calidad, el origen u otras cualidades sustanciales de productos o servicios; por otro lado, la manipulación de los aparatos automáticos que miden el precio de tales bienes y la consiguiente facturación ilícita de al menos uno de esos productos<sup>1123</sup>. Se dan entonces los presupuestos de un concurso real de delitos<sup>1124</sup>; únicamente podría existir una consunción del art. 282 por parte del art. 283 en el supuesto de que el mensaje publicitario versara específicamente sobre la corrección de los aparatos automáticos medidores del precio de los bienes<sup>1125</sup>: en este hipotético caso, puede afirmarse que la publicidad falsa referida concretamente al buen funcionamiento del aparato constituye un “acto previo copenado”<sup>1126</sup>, es decir, una actuación que, en el mismo sentido que los “actos posteriores copenados”<sup>1127</sup>, ya está contenida en el desvalor de otra conducta delictiva, en este caso la del art. 283 del CP.

---

<sup>1123</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, op. cit., pág. 83.

<sup>1124</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, op. cit., pág. 98; del mismo, *Derecho penal económico*. PE, cit., pág. 115.

<sup>1125</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, op. cit., pág. 98, nota 86.

<sup>1126</sup> Se refieren específicamente a esta expresión de “actos copenados anteriores” MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*. PG, cit., pág. 540; COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal*. PG, cit., pág. 178. Por su parte, QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal*. PG, cit., pág. 750-751, resuelve en este sentido, aplicando el principio de consunción, las relaciones entre un homicidio consumado y las lesiones previas necesarias para cometerlo; de opinión contraria CASTELLÓ NICÁS, N., *El concurso de normas penales*, cit., pág. 59 y ss, considera que no se trata de un concurso de normas solucionable según el principio de consunción, sino que se trata de supuestos de “progresión criminosa”, de modo que “lo anterior queda absorbido o consumido por lo ocurrido con posterioridad”.

<sup>1127</sup> Vid. supra epígrafe 3.

Efectivamente, el desvalor de la difusión de la mencionada falsedad publicitaria queda integrada en el delito de facturación ilícita, y esto se puede afirmar con base en dos razones fundamentales. En primer lugar, hallamos que el art. 283 del CP requiere una alteración de los aparatos que se oculta al consumidor, de modo que éste recibe la falsa imagen de que funcionan correctamente; precisamente esta apariencia de buen funcionamiento de las máquinas es lo mismo que viene a pretender, si bien con una difusión más amplia, la emisión de una publicidad falsa relativa a la corrección de tales aparatos. Y en segundo lugar, no debe olvidarse que la redacción típica del art. 283 del CP exige a mayores la facturación de al menos un bien o servicio por un precio superior al debido, con lo cual estamos ante una conducta delictiva con un mayor desvalor que la mera difusión de publicidad falsa, circunstancia que viene reflejada además en la previsión de una penalidad más grave para el art. 283 (prisión de seis meses a un año y multa de seis a dieciocho meses) que para el art. 282 del CP (las mismas penas previstas de forma alternativa).

## **6. Delito continuado (art. 74.1 del CP)**

En este ámbito cabe preguntarse sobre la posibilidad de que se den aquí una o las dos figuras reguladas en el art. 74 del CP: el delito continuado y el delito masa. Según el primer párrafo del citado artículo, será autor de un **delito continuado** "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 naturaleza", siendo castigado con la pena señalada para la infracción más grave en su mitad superior. La apreciación de esta figura exige la concurrencia de determinados requisitos; por un lado se necesitan elementos de carácter objetivo: homogeneidad del bien jurídico lesionado, homogeneidad de los modos de comisión del delito, y cierta conexión espacial y temporal; por otro lado debe estar presente un elemento subjetivo: la

existencia de un plan preconcebido o el aprovechamiento consciente de idénticas ocasiones para delinquir<sup>1128</sup>.

Cumpléndose estos requisitos, no habría inconveniente en apreciar esta figura con respecto al delito del art. 282<sup>1129</sup>, por ejemplo dado el caso de que un sujeto emitiese periódicamente publicidad falsa, dentro de un mismo ámbito espacial, pudiendo en cada ocasión referirse a la misma oferta o a un producto o servicio diferentes. Nos encontraríamos en tal caso ante una *pluralidad de acciones típicas*, de delitos<sup>1130</sup> (recuérdese que el art. 282 del CP se consuma ya con la emisión de un único mensaje publicitario, no con la emisión de una campaña publicitaria completa<sup>1131</sup>), que van a vulnerar siempre un mismo bien jurídico (el protegido en el art. 282).

En cuanto a la presencia del *elemento subjetivo*, en muchos casos será posible encontrar un plan preconcebido: piénsese, sin ir más lejos, en las campañas publicitarias que para un determinado período de tiempo son preparadas y ejecutadas por un anunciante o por una agencia publicitaria; o también, por no olvidar los casos de ofertas individuales repetidas sucesivamente, en tales supuestos también existirá

---

<sup>1128</sup> Vid. con carácter general MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. PG*, cit., pág. 536; MIR PUIG, S., *Derecho penal. PG*, cit., L27, marg. 27. Debe ponerse de relieve que se habla de identidad u homogeneidad de bien jurídico vulnerado en el sentido de designar una identidad en la forma de ataque al mismo, una "unidad de forma de actuación en cada uno de los ataques realizados" (cfr. CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *El delito continuado*, cit., pág. 72); la propia jurisprudencia del TS se ha referido indistintamente a la identidad u homogeneidad de bien jurídico ante el hecho de que el art. 74 exija únicamente que se infrinja la misma norma penal o preceptos de igual o semejante naturaleza (cfr. COBO DEL ROSAL, M., *Sobre el delito continuado (consideraciones doctrinales y jurisprudenciales)*, en *Unidad y pluralidad de delitos*, CGPJ, Madrid 1995, pág. 258-259).

<sup>1129</sup> Vid. en este sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal. PE*, cit., pág. 104; también MORENO Y BRAVO, cit., pág. 133.

<sup>1130</sup> En este sentido hay que entender la "pluralidad de acciones" a que se refiere el art. 74.1 del CP; cfr. CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *El delito continuado*, cit., pág. 37.

<sup>1131</sup> Por esta razón no puede compartirse la tesis de RODRÍGUEZ RAMOS / DE LA CUESTA RUTE, op. cit., pág. 16, de que no puede apreciarse un delito continuado porque una campaña publicitaria equivale a una única acción típica; con razón afirman HERNÁNDEZ PLASENCIA, cit., marg. 1108, y CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 133, que no existe concurso entre varias difusiones de anuncios que se integran en una campaña publicitaria.

una preparación previa por parte de quien comunica tales ofertas o de su superior. De todos modos, también existirá un delito continuado cuando no haya un plan preconcebido pero se estén aprovechando ocasiones con idéntica estructura<sup>1132</sup>; es decir, si no se preparan previamente los intervalos y espacios de difusión de un mensaje, pero una vez que comienza a difundirse continúa repitiéndose en lugares y ocasiones semejantes, podría hablarse igualmente de delito continuado. En realidad, el elemento subjetivo común a todas las actuaciones realizadas se deducirá de la semejanza o identidad estructural de las circunstancias externas de cada acción delictiva, porque tal coincidencia de las ocasiones en que se delinque es indicativa de que existe un plan de antemano o de que conscientemente se han aprovechado situaciones fácticas equivalentes para cometer el delito<sup>1133</sup>.

Por último, en relación con la posibilidad de aplicar la figura del delito continuado al art. 282 del CP, debe prestarse atención a la exigencia de que los *modos de comisión* de cada acción delictiva han de ser homogéneos. Tal requisito puede presentar aquí algún interrogante, teniendo en cuenta que partimos de un concepto muy amplio de publicidad en el que tienen cabida múltiples modalidades de realización de la misma: mensajes escritos, dibujos, publicidad por Internet, ofertas orales individuales, etiquetado, etc. Por ello, cabría preguntarse si para apreciar la figura del delito continuado es preciso que los mensajes publicitarios delictivos presenten la misma forma de expresión.

Simplemente examinando la redacción del art. 74 del CP podemos deducir que no es necesaria una igualdad u homogeneidad rigurosa de los modos de comisión del delito. El texto legal sólo exige que se infrinja el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, pero no se requiere que las modalidades de ejecución de las concretas figuras delictivas hayan de presentar una semejanza

---

<sup>1132</sup> En este sentido debe entenderse el aprovechamiento de "idéntica ocasión", entendiéndose que las ocasiones no han de ser perfectamente iguales sino que han de tener "idéntica estructura" (cfr. COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. PG*, cit., pág. 786), es decir, debe tratarse de circunstancias fácticas iguales o semejantes (cfr. CASTIÑEIRA PALOU, op. cit., pág. 167).

<sup>1133</sup> Cfr. CASTIÑEIRA PALOU, op. cit., pág. 146; CANTARERO BANDRÉS, R., *Problemas penales y procesales del delito continuado*, PPU, Barcelona 1990, pág. 71.

estricta. Precisamente se ha dicho que el empleo de medios o procedimientos semejantes en la ejecución del delito es un requisito meramente accidental o secundario<sup>1134</sup>; asimismo, y aunque algún autor ha exigido que todas las acciones desarrolladas fuesen idénticas, hay que partir de que tal pluralidad de acciones ha de ser entendida como pluralidad de delitos, de tal modo que lo exigible sería la realización del mismo tipo básico y no de las mismas modalidades de realización de tal tipo<sup>1135</sup>.

## 7. Delito masa (art. 74.2 del CP)

Tras regular en su párrafo 1º el delito continuado, el párrafo 2º del art. 74 continúa diciendo que "si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas"; se configura así la figura del denominado **delito masa**.

Ya de la dicción literal del artículo se desprende la *imposibilidad de aplicar al delito de publicidad falsa la figura del delito masa*. El precepto regula esta figura refiriéndose únicamente a "las infracciones contra el patrimonio", por lo tanto, no es de aplicación a este delito que, como ya es sabido, es de carácter socioeconómico<sup>1136</sup>.

---

<sup>1134</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL, M., *Sobre el delito continuado*, cit., pág. 252.

<sup>1135</sup> Cfr. CASTIÑEIRA PALOU, cit., pág. 55 y 37. Por su parte, CANTARERO BANDRÉS, R., *Problemas penales...*, cit., pág. 103, habla de "análoga técnica operativa en los medios comisivos".

<sup>1136</sup> La exigencia de que se trate de "infracciones contra el patrimonio", que ya se desprende del texto legal, ha sido acotada aún más por algún autor, que ha afirmado que el delito masa surge como figura para ser aplicada únicamente a los delitos de estafa y apropiación indebida; cfr. AYALA GÓMEZ, I., *El delito masa*, cit., pág. 285. Si bien de la

Efectivamente, el art. 282 del CP no tutela patrimonios individuales de sujetos concretos, sino que está destinado a proteger intereses supraindividuales correspondientes a un colectivo de límites difusos, es decir, el "interés del grupo colectivo de consumidores en el mantenimiento del orden global del mercado". La naturaleza del delito de publicidad falsa no se compagina con el fundamento de la figura del delito masa, surgido para imponer un castigo adecuado a los autores de defraudaciones patrimoniales que afectaban a una pluralidad de sujetos indiferenciados pero individualmente eran de escasa cuantía, generalmente faltas de estafa.

Así, con el objeto de no tratar de forma excesivamente benigna a quien había logrado grandes beneficios a costa de perjudicar económicamente a múltiples personas, surgió esta figura del delito con sujeto pasivo masa<sup>1137</sup>: se considera como un sujeto pasivo único a todo el conjunto no estrictamente perfilado de perjudicados, y consecuentemente se aplica la pena teniendo en cuenta el daño económico infligido a ese sujeto pasivo, es decir, contabilizando el perjuicio total causado<sup>1138</sup>. De todo lo anterior se desprende que sería contradictorio aplicar la figura del delito masa al delito de publicidad falsa, ya que esta última infracción ha sido construida precisamente contemplando un sujeto pasivo de carácter difuso, el colectivo indeterminado de consumidores; en fin, puede afirmarse que el sujeto pasivo masa forma parte de la esencia del delito de publicidad falsa<sup>1139</sup>.

---

redacción legal no se desprende la obligatoriedad de efectuar tal restricción (tal y como afirma DÍAZ PALOS, F., *Delito continuado*, cit., pág. 489), sí está claro que sólo ha de aplicarse el delito masa a las infracciones contra el patrimonio.

<sup>1137</sup> Vid. sobre el origen y fundamento del delito masa: LANDROVE DÍAZ, G., *Los fraudes colectivos*, Bosch, Barcelona 1978, pág. 30; CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *El delito masa en el Tribunal Supremo español*, cit., pág. 140 y ss. y 161; DÍAZ PALOS, F., *Delito continuado*, cit., pág. 482; SANZ MORÁN, A.J., *El concurso de delitos*, cit., pág. 197; AYALA GÓMEZ, I., *El delito masa*, cit., pág. 273-274.

<sup>1138</sup> Como afirma CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *El delito masa...*, cit., pág. 152, la pluralidad de personas defraudadas (pluralidad de sujetos pasivos indeterminados) pasa a considerarse como un sujeto pasivo único (sujeto pasivo masa).

<sup>1139</sup> Realiza estas afirmaciones con respecto a otro delito contra los consumidores, el de facturación ilícita (art. 283 del CP), MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El delito de facturación ilícita...*, cit., pág. 90-91; así, este autor rechaza expresamente la apreciación de la

Por otra parte, tanto de la regulación legal como del ya expuesto fundamento del delito masa se desprende que tal figura sólo será de aplicación en delitos con resultado material lesivo para el patrimonio<sup>1140</sup>, previéndose concretamente en el art. 74.2 la obligación de contabilizar el "perjuicio total causado". Por tal motivo, no puede resultar aplicable esta figura al art. 282 del CP, configurado como un delito de peligro hipotético que no exige la verificación de ningún daño patrimonial, sino solamente la aptitud de la conducta para perjudicar económicamente a los consumidores<sup>1141</sup>. Precisamente el art. 282 ha sido construido como una figura protectora del patrimonio de los consumidores en un estadio previo a la producción de lesiones efectivas, justificándose dicho adelantamiento, como ya se ha dicho repetidas veces, por el carácter colectivo y especialmente peligroso del ataque a tales patrimonios, cuyas posibles lesiones no podrán llegar a determinarse ni "a priori" ni después de producidas.

De este modo, cuando se llegue a producir un efectivo perjuicio patrimonial a una o varias personas, tal y como se ha dicho antes se podrá apreciar un **concurso entre el delito de publicidad falsa y el de estafa**; lo que cabe preguntarse, entonces, es si con relación a esta última puede apreciarse la existencia de un sujeto pasivo masa. Esta cuestión ya ha sido tratada con anterioridad<sup>1142</sup>; en resumen, aquí cabe recordar la previsión del **art. 250.2 del CP actual**, según el cual se impondrá una pena de cuatro a ocho años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses en el caso de que concurran las agravantes 1ª y 6ª del art. 250.1, esto es, en los supuestos de

---

figura del delito masa en relación con el art. 282 del CP, cfr. *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 104. También de la misma opinión, partiendo de que la afectación de una pluralidad de personas es consustancial al tipo del art. 282, RODRÍGUEZ RAMOS / DE LA CUESTA RUTE, cit., pág. 17.

<sup>1140</sup> La doctrina habla de la existencia de "fraudes" o "defraudaciones": cfr. por ejemplo LANDROVE DÍAZ, G., *Los fraudes colectivos*, cit., pág. 47; CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *El delito masa...*, cit., pág. 140 y ss.

<sup>1141</sup> Basándose en consideraciones similares rechazan la aplicación del delito masa al art. 282 del CP: MUÑAGORRI LAGUÍA, cit., pág. 128-129, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español*, cit., pág. 602-603.

<sup>1142</sup> Vid. supra Primera parte, Capítulo primero, epígrafe II.2.b).



estafas de especial gravedad que recaigan sobre cosas de primera necesidad, viviendas o bienes de reconocida utilidad social. En tales casos, se estarían verificando cualificaciones específicas que, por lo tanto, serán de aplicación preferente a la previsión genérica del delito masa contenida en el art. 74 del CP<sup>1143</sup>. Este último precepto sería aplicable, únicamente, en hipótesis de afectación de múltiples perjudicados siempre que la estafa no reúna las dos características mencionadas: que recaiga sobre alguna de las tres categorías mencionadas de bienes y que el perjuicio sea de especial gravedad<sup>1144</sup>.

Debe destacarse, por último, que Gómez Rivero acepta la posibilidad de un concurso entre el delito del art. 282 y una estafa intentada a la que se aplican las reglas del delito masa<sup>1145</sup>. Partiendo de lo que se ha dicho en el párrafo anterior sobre la preferente aplicación de una estafa agravada del art. 250.2 en lugar de una estafa con sujeto pasivo masa, es perfectamente posible apreciar un concurso entre el delito de publicidad falsa y una estafa en grado de tentativa. Como se ha expuesto en un epígrafe anterior<sup>1146</sup>, la difusión de publicidad falsa no equivale a una tentativa de estafa, ya que se trata de una conducta con un radio de expansión más amplio que una maniobra engañosa constitutiva de estafa: mientras que una publicidad falsa supone un peligro para el patrimonio de un amplio e indeterminable número de consumidores, una tentativa de estafa implica un ataque al patrimonio de uno o varios sujetos pasivos determinados, de tal modo que esta última acción peligrosa va a afectar a un número definido de individuos, delimitable “a priori”.

---

<sup>1143</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. PE*, cit., pág. 414-417. Precisamente en este mismo sentido se manifestaba, en relación con el antiguo Código, PÉREZ ALONSO, E.J., *Teoría general de las circunstancias*, cit., pág. 494, considerando que las agravaciones específicas de la estafa constituían una “regla especial” y por lo tanto de aplicación preferente a la regulación del delito masa.

<sup>1144</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, op. cit., pág. 417.

<sup>1145</sup> Cfr. GÓMEZ RIVERO, cit., pág. 1234.

<sup>1146</sup> Vid. supra epígrafe I.4.

## IX. PENALIDAD

Se prevé alternativamente en el art. 282 del CP la pena de **prisión de seis meses a un año o multa de seis a dieciocho meses**. La imposición en este ámbito de penas privativas de libertad venía siendo reclamada por la doctrina ya desde el Proyecto de Código Penal de 1980, puesto que se consideraba que establecer únicamente penas pecuniarias suponía una penalidad ciertamente benigna<sup>1147</sup>. Tal opinión doctrinal se basaba en que la privación de libertad resulta más intimidante que la multa para este tipo de delincuentes, que se caracterizan normalmente por tener importantes recursos económicos, y que además pueden repercutir el coste de la sanción en los precios de venta de sus bienes o servicios, situación que resulta especialmente verificable en el delito de publicidad falsa<sup>1148</sup>.

No obstante, hay que hacer también referencia a las opiniones que reconocen un efectivo poder disuasorio a la pena de multa, siempre que sea de una cuantía proporcionada a la situación económica del delincuente, para lo cual aparece

---

<sup>1147</sup> Tales penas eran multa de tres a veinticuatro meses en el PLOCP de 1980 y multa de tres a dieciocho meses en la PANCP de 1983. Criticaban en el sentido expuesto la benignidad de estas penas MUÑOZ CONDE, F., *La ideología de los delitos...*, cit., pág. 126; MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Consideraciones en torno...*, cit., pág. 88; TAMARIT SUMALLA, J.M., *La tutela penal de los intereses...*, cit., pág. 344.

<sup>1148</sup> Cfr. FERNÁNDEZ ALBOR, A. / MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Delincuencia y economía*, Santiago de Compostela 1983, pág. 74; TAMARIT SUMALLA, op. cit., pág. 344; SÁNCHEZ GARCÍA, I., *El nuevo delito publicitario*, cit., marg. 571; MUÑAGORRI LAGUÍA, I., *La protección penal...*, cit., pág. 135; LANDROVE DÍAZ, G., *La represión de la delincuencia económica*, en *Jueces para la Democracia* 1998, nº 31, pág. 39. Reconoce también la ineficacia de la multa para estos delincuentes con altos recursos económicos MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal*, en *Revista Penal* 1997, nº 1, pág. 43; manifiesta en cambio TIEDEMANN, K., *Poder económico y delito*, cit., pág. 169-170, que los mecanismos del mercado no permitirían que se produjera la mencionada repercusión de la multa en los precios que ha de pagar el consumidor.

especialmente idóneo el sistema de los días-multa, instaurado por el Código Penal de 1995<sup>1149</sup>. De todas formas, ante la previsible ineficacia disuasoria de una pena pecuniaria, se aduce a favor de la pena corta privativa de libertad su poder intimidatorio y asimismo su conveniencia desde la perspectiva de la prevención general<sup>1150</sup>.

Con respecto a la pena corta privativa de libertad, algunos autores han manifestado que su eficacia queda contrarrestada por la posibilidad de aplicar las medidas de suspensión o sustitución de esta pena de prisión; por ello, se ha afirmado que a los delincuentes económicos no se deberían aplicar estos mecanismos beneficiosos<sup>1151</sup>. Sin embargo no hay que perder de vista, como señala Bueno Arús, que la posible inaplicación de estas medidas debería establecerse cuidadosamente, con base en motivos razonables y únicamente en situaciones excepcionales<sup>1152</sup>.

---

<sup>1149</sup> Cfr. FERNÁNDEZ ALBOR / MARTÍNEZ PÉREZ, op. cit., pág. 74-75. También BERISTAIN IPIÑA, A., *Ciencia penal y criminología*, Tecnos, Madrid 1986, pág. 198 y ss, considera idónea la pena de multa, siempre que sea proporcional; vid. asimismo DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica*, en AP 1997-1, marg. 109.

<sup>1150</sup> Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, cit., pág. 83; QUINTERO OLIVARES, G., *Sobre los presupuestos y limitaciones de la legislación penal económica*, en Estudios Jurídicos en honor del prof. Octavio Pérez-Vitoria, Tomo II, Bosch, Barcelona 1983, pág. 792; FERNÁNDEZ ALBOR / MARTÍNEZ PÉREZ, *Delincuencia y economía*, cit., pág. 73 y ss; BUENO ARÚS, F., *Las sanciones penales en los delitos contra los consumidores*, en PJ nº especial IX, 1988, pág. 304; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal*, cit., pág. 44; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Las consecuencias jurídicas...*, cit., marg. 113 y 115; LANDROVE DÍAZ, G., *La represión de la delincuencia económica*, cit., pág. 37.

<sup>1151</sup> Vid. TIEDEMANN, K., *Poder económico y delito*, cit., pág. 161; asimismo BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico...*, pág. 84, afirma que para la delincuencia económica no resulta indicada la condena condicional. Concretamente en relación con el delito de publicidad falsa, MUÑAGORRI LAGUÍA, cit., pág. 137, manifiesta que la pena de prisión tiene básicamente una significación simbólica, debido a su corta duración y a la posibilidad de su suspensión o sustitución; en este sentido también CARRASCO ANDRINO, M.M., *La publicidad engañosa...*, cit., pág. 134.

<sup>1152</sup> Cfr. BUENO ARÚS, F., *Las sanciones penales...*, cit., pág. 304; por su parte, MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias accesorias...*, cit., pág. 45, sí reconoce la posibilidad de aplicar a los delincuentes económicos los mecanismos de suspensión y sustitución de la pena privativa de libertad.

Por otro lado, la multa prevista en el art. 282 del CP (de seis a dieciocho meses) ha sido criticada por su benignidad<sup>1153</sup>, principalmente porque es posible aplicarla como pena única, eligiendo entre esta pena pecuniaria y la pena de prisión<sup>1154</sup>. Aquí cabe traer a colación las críticas que se han vertido precisamente contra la alternatividad en la previsión de las penas, lo cual favorece la aplicación única de una multa muy leve y además merma el efecto preventivo de la pena de prisión<sup>1155</sup>. Así, ante las anteriores circunstancias que van a conducir a la benignidad y falta de intimidación de la pena prevista, Martínez Pérez ha propuesto, tomando como base la experiencia de ordenamientos de nuestro entorno, el establecimiento de una pena de prisión de hasta dos años de modo cumulativo, alternativo o en ambas formas, con una multa aproximadamente de tres a veinticuatro meses<sup>1156</sup>.

Al margen de las penas típicas de prisión y multa, se han efectuado otras propuestas sancionatorias para este campo de la delincuencia económica, en el cual se enmarca el delito de publicidad falsa. En primer lugar, diversos autores han señalado la idoneidad de la pena de *inhabilitación*<sup>1157</sup>; ciertamente, se trata de una sanción muy adecuada por su efecto intimidatorio para unos delincuentes que llevan a cabo su actuación delictiva, en este caso la difusión de publicidad falsa, precisamente en el desarrollo de una actividad profesional o empresarial.

---

<sup>1153</sup> Cfr. MUÑAGORRI LAGUÍA, cit., pág. 137.

<sup>1154</sup> Cfr. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., *El delito publicitario*, cit., marg. 1100-1101; CUERDA RIEZU, A., *Contribución...*, cit., pág. 78.

<sup>1155</sup> Cfr. CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 133; MORENO Y BRAVO, E., *El delito de publicidad falsa*, cit., pág. 133-134.

<sup>1156</sup> Vid. MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Consideraciones...*, cit., pág. 89-90.

<sup>1157</sup> Cfr. CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 134; LANDROVE DÍAZ, G., *La represión...*, cit., pág. 39-40; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español*, cit., pág. 603; TAMARIT SUMALLA, J.M., *La tutela penal...*, cit., pág. 344; TIEDEMANN, K., *Poder económico y delito*, cit., pág. 163-165; MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Consideraciones...*, cit., pág. 91. También FERNÁNDEZ ALBOR / MARTÍNEZ PÉREZ, *Delincuencia y economía*, cit., pág. 77-78, consideran adecuada, por su eficacia preventiva, la prohibición de ejercer determinadas profesiones; en este sentido también BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos contra el orden socioeconómico...*, cit., pág. 24, se refiere a la prohibición de realizar ciertas actividades.

Si bien el art. 282 del CP no prevé la inhabilitación como pena principal, realmente es posible aplicarla a este delito en virtud del art. 56 del CP, donde se establece que "en las penas de prisión de hasta diez años, los Jueces o Tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias alguna de las siguientes: [...] inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio...". Como se desprende de la redacción del art. 56, la aplicación de esta pena accesoria es de carácter obligatorio para el juez o Tribunal, siempre que se cumplan los dos requisitos mencionados en el precepto: en primer lugar, que los derechos afectados por la pena accesoria, en este caso el derecho a ejercer el comercio o una profesión, hubieran tenido relación directa con el delito cometido; en segundo lugar, que tal pena resulte adecuada a la gravedad del delito<sup>1158</sup>. En cuanto al primer requisito mencionado, es evidente que la realización y difusión de publicidad está directamente relacionada con el ejercicio de una actividad empresarial o profesional. Por lo que se refiere al segundo requisito, en principio sí podría verificarse en numerosos supuestos, ya que estamos ante un delito que afecta a un amplio e indeterminable conjunto de individuos (se protege un bien supraindividual) y, además, el propio precepto exige que la publicidad delictiva sea apta para causar un perjuicio "grave" y manifiesto a los consumidores. De todos modos, esta afirmación no puede efectuarse de un modo automático, y habrá que estar atentos al caso concreto para verificar si el delito ha sido realmente grave o, por cualquier circunstancia, como por ejemplo la afectación de un número no muy elevado de consumidores, no existe la gravedad suficiente como para aplicar la pena de inhabilitación.

Asimismo, diversos autores han coincidido al afirmar la idoneidad de ciertas sanciones para los delincuentes económicos en general; básicamente se caracterizan por poseer una importante función preventiva, y entre ellas cabe destacar aquí la

---

<sup>1158</sup> Vid. JORGE BARREIRO, A., *Comentarios al Código Penal* (Rodríguez Mourullo, G., dir.), cit., pág. 241-242; VALLDECABRES ORTIZ, I., *Comentarios al CP de 1995*, cit., Vol. I, pág. 353-354. Mencionan la posibilidad de aplicación de las penas accesorias del art. 56 del CP al delito de publicidad falsa, CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 134; MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito de publicidad fraudulenta*, cit., pág. 90; MUÑAGORRI LAGUÍA, cit., pág. 142.

*prohibición de obtener ventajas fiscales y la exclusión del acceso a subvenciones*<sup>1159</sup>. Por último, cabe mencionar que existe también alguna opinión a favor de aplicar a este delito la pena de *trabajos en beneficio de la comunidad* o el *arresto de fin de semana*<sup>1160</sup>.

Una visión del estado de cosas en Derecho comparado puede ayudarnos a intuir cuál sería la penalidad más adecuada en este ámbito. En primer lugar podemos referirnos a **Alemania**, donde el art. 4 de la UWG conmina el delito de publicidad engañosa *con pena de privación de libertad de hasta 2 años o con multa*. La previsión de estas penas se hace de forma alternativa, de modo que sólo cabe imponer una de ellas; sin embargo, considera la doctrina alemana que cuando el autor actúa con ánimo de lucro (lo cual va a ocurrir en la mayor parte de los casos subsumibles en el art. 4 de la UWG), puede imponerse una pena de multa junto a la pena privativa de libertad, en virtud de lo dispuesto en el art. 41 del CP alemán<sup>1161</sup>.

Realmente estas cuestiones de penalidad no han sido en absoluto pacíficas, hasta el punto de que una de las pocas reformas del art. 4 de la UWG ha aumentado la pena prevista: la Gesetz zur Stärkung des Schutzes des geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie o PrPG (Ley para el fortalecimiento de la protección de la propiedad intelectual y para la lucha contra la piratería industrial) de 7-3-1990 aumentó la pena privativa de libertad de un año hasta dos. Asimismo, los diferentes Proyectos y propuestas de reforma del art. 4 de la UWG (provenientes del Gobierno, del Parlamento, de Comisiones de expertos o de la doctrina penal),

---

<sup>1159</sup> Cfr. FERNÁNDEZ ALBOR / MARTÍNEZ PÉREZ, op. cit., pág. 77-78; TAMARIT SUMALLA, op. cit., pág. 344; TIEDEMANN, K., *Poder económico y delito*, cit., pág. 170; MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Consideraciones...*, cit., pág. 91; BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos contra el orden socioeconómico...*, cit., pág. 24.

<sup>1160</sup> Cfr. TAMARIT SUMALLA, op. cit., pág. 344. Vid. también refiriéndose a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad TIEDEMANN, op. cit., pág. 163-165.

<sup>1161</sup> Vid. por todos BAUMBACH / HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, cit., Rn. 18. El art. 41 del CP alemán establece: "Si el autor se ha enriquecido o ha intentado enriquecerse mediante la comisión del delito, puede ser impuesta junto a la pena privativa de libertad una pena de multa contemplada facultativamente o ni siquiera prevista, si es recomendable considerando las circunstancias personales y económicas del autor".

desarrollados sobre todo durante la década de los años 70, contenían variaciones en las sanciones aplicables a este delito.

Así, por ejemplo, el Proyecto de reforma del Gobierno propone una pena de prisión de un año, mientras que el Proyecto del Parlamento considera preferible una duración de dos años (estableciéndose siempre la aplicación alternativa de la pena de multa)<sup>1162</sup>. A favor de la pena privativa de libertad de un año se manifiesta también la Comisión central de economía de la publicidad<sup>1163</sup>; por el contrario, optan por aumentar su duración hasta dos años el Comité de expertos para la lucha contra la criminalidad económica y los autores del Proyecto Alternativo de Código penal<sup>1164</sup>. Por último, se ha afirmado incluso que, dada la importancia de la publicidad en el desarrollo de la competencia en el mercado, la pena de prisión debería ser de hasta tres años<sup>1165</sup>, que por cierto es el límite máximo previsto en el delito de estafa de inversión de capital del art. 264a del CP alemán.

En Francia, la sanción prevista para el delito de publicidad engañosa es de *prisión de tres meses a dos años y/o multa de 1000 a 250000 francos*.

Con respecto a la pena de multa debe tenerse en cuenta la previsión establecida por la Ley de 10 de enero de 1978, que modifica la Ley Royer, autorizando la elevación de la cantidad de la multa hasta el 50% del coste de la publicidad delictiva. Si bien apreciamos aquí que el legislador busca la plasmación del principio de proporcionalidad en la aplicación de la pena de multa, la doctrina ha efectuado algunas críticas a esta específica medida. Así, algún autor ha dicho que el parámetro escogido para establecer esa proporción no es el más adecuado, sino que

---

<sup>1162</sup> Vid. sobre ambos Proyectos KLUG, U., *Zur Strafbarkeit...*, cit., pág. 217, decantándose este autor por la proposición gubernamental (pág. 293).

<sup>1163</sup> Cfr. ZAW, *Werbewirtschaft gegen unangemessene Verschärfung...*, cit., pág. 298. De la misma opinión ALBRECHT, U., *Zur geplanten Reform des 4 UWG*, cit., pág. 281.

<sup>1164</sup> Cfr. *Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, cit., pág. 107; LAMPE, E.J. Y OTROS, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, cit., pág. 38.

<sup>1165</sup> Cfr. GRIBKOWSKY, G., *Strafbare Werbung*, cit., pág. 118 y 121.

sería más coherente referirse a los beneficios de la publicidad en vez de a su coste; sin embargo, continúa este mismo autor, pese a que este nuevo baremo sería más adecuado, nos encontramos en la práctica con las dificultades de cuantificar exactamente los beneficios de la publicidad<sup>1166</sup>.

No obstante, también se ha manifestado que la multa no tiene por qué ser proporcional a los perjuicios que los consumidores puedan sufrir (y que obviamente son correlativos a los beneficios obtenidos por el anunciante), puesto que sólo tendrá una fuerza realmente intimidatoria si no guarda proporción alguna con las ganancias derivadas de la venta del bien o servicio publicitados<sup>1167</sup>. En fin, lo que se ha puesto de relieve es que no se puede decir con carácter general que una mayor inversión publicitaria implica una mayor gravedad de la falsedad o el engaño contenidos en el mensaje difundido<sup>1168</sup>; lo cierto es, sin duda alguna, que tal gravedad dependerá más bien de otros elementos como, por ejemplo, el radio de difusión de la publicidad, la esencialidad del dato falseado o el perfil del sector de consumidores destinatarios del mensaje. Con relación a la práctica de los Tribunales, se ha señalado que generalmente las multas son bastante más pequeñas que los beneficios de la publicidad y, por cierto, que prácticamente nunca se ha aplicado la pena de prisión<sup>1169</sup>.

Como penas complementarias se prevén la *publicación obligatoria de la sentencia* y la *posibilidad de que el juez obligue a difundir a costa del condenado nuevos mensajes publicitarios que rectifiquen la anterior publicidad engañosa* (art. 121-4 del Code de la consommation). Cabe resaltar que la no difusión de tales anuncios rectificativos en el plazo estipulado por el juez constituye a su vez otro delito, conminado también con penas previstas por el mismo Code de la consommation. Asimismo, el juez de instrucción o el Tribunal pueden ordenar de

---

<sup>1166</sup> Cfr. JEANDIDIER, W., *Droit pénal des affaires*, cit., marg. 414.

<sup>1167</sup> Cfr. MAYER, D., *Droit pénal de la publicité*, cit., pág. 113.

<sup>1168</sup> Cfr. MAYER, ibidem; FOURGOUX / MIHAÏLOV / JEANNIN, *Principes et pratique...*, cit., F18-F19.

<sup>1169</sup> Cfr. CALAIS-AULOY / STEINMETZ, *Droit de la consommation*, cit., marg. 127.



oficio, o a petición del Fiscal o de las partes, la cesación de la publicidad delictiva; se trata, en principio, de una medida cautelar que, una vez dictada sentencia condenatoria, se convertirá en definitiva (art. 121-3 del Code de la consommation)<sup>1170</sup>.

Por último cabe hacer una referencia a la única infracción penal existente en **Italia** en el ámbito de la publicidad: se trata de la publicidad falsa relacionada con los títulos valores, regulada en el art. 174.1 del Decreto legislativo de 24-2-1998, n. 58, en materia de intermediación financiera, y que se halla conminada con pena de *prisión de seis meses a tres años y con multa de diez millones a cien millones de liras*.

## X. OTRAS DISPOSICIONES

En la Sección 4ª y última del Capítulo que recoge los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, encontramos dos artículos (287 y 288) que contienen una serie de disposiciones comunes aplicables a los delitos mencionados y, entre ellos, al de publicidad falsa. Se trata de los preceptos que regulan los requisitos de procedibilidad y que establecen asimismo sanciones de carácter accesorio.

### 1. Requisito de procedibilidad (art. 287 del CP)

---

<sup>1170</sup> Vid. por todos CALAIS-AULOY / STEINMETZ, *ibidem*.

Según el art. 287 del CP, para perseguir el delito de publicidad falsa va a resultar necesaria la denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales; únicamente se declara prescindible este requisito cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

Se configura de este modo la publicidad falsa como un delito semipúblico, perseguible a instancia de parte excepto en el citado supuesto de afectación a los intereses generales o a una pluralidad de personas<sup>1171</sup>. Aplicando esta disposición común al concreto delito de publicidad falsa, nos encontramos con que la excepción prevista va a resultar siempre la regla general: al tratarse de una norma que protege un bien jurídico supraindividual referido a los intereses económicos difusos del colectivo de consumidores, está claro que la esencia de esta figura delictiva se halla en la afectación, al menos, de una pluralidad de personas, con lo cual ya no es exigible el requisito de la previa denuncia<sup>1172</sup>. Cabe destacar que la "pluralidad" ya se da por cumplida con la concurrencia de tres personas, tal y como se desprende del propio Diccionario de la Lengua y de la interpretación que el TS ha hecho en algunas ocasiones de este término<sup>1173</sup>. Esta precisión, que resulta irrelevante en los supuestos

---

<sup>1171</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 151 y 197-198; MORENO CÁNOVES / RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, cit., pág. 226.

<sup>1172</sup> Cfr. CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 135; MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito de publicidad fraudulenta*, cit., pág. 91; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 151; VALLE MUÑIZ, J.M., *Comentarios...*, cit., pág. 1303; RODRÍGUEZ RAMOS / DE LA CUESTA RUTE, *El delito publicitario*, cit., pág. 20. Así, si bien esta regulación resulta desafortunada, como críticamente afirma HERNÁNDEZ PLASENCIA, cit., marg. 1101, en la realidad van a darse prácticamente siempre los presupuestos que permiten prescindir de la denuncia previa.

La posibilidad de afectación de los intereses generales podría resultar más discutible ya que, como hemos afirmado con anterioridad, los intereses de los consumidores son de carácter sectorial, es decir, afectan a un amplio grupo no cuantificable dentro de la sociedad en general. No obstante, como se acaba de decir, ya la afectación a una pluralidad de personas basta para eliminar el requisito de presentación de denuncia.

<sup>1173</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 199-200. También a favor de no exigir un amplio número de personas para dotar de significado a "pluralidad", MORENO CÁNOVES / RUIZ MARCO, cit., pág. 227.

de difusión publicitaria a través de medios de comunicación de masas, vallas publicitarias, etc., puede ser útil para los casos de ofertas individuales repetidas sucesivamente: en estas últimas hipótesis, partiendo de la interpretación propuesta se entendería que la denuncia ya no es exigible cuando ya han accedido al mensaje tres individuos.

La conclusión que se podría sacar de todo lo anterior es que **el delito de publicidad falsa podrá ser perseguido en cualquier caso tanto de oficio como a través de denuncia**. Esta solución viene a resultar, a fin de cuentas, la misma que se obtiene del examen de la regulación de los requisitos de procedibilidad en *Derecho penal alemán*. El art. 22 de la UWG establece que el delito de publicidad engañosa (art. 4 de la UWG) se perseguirá de oficio, al indicar que "el hecho será perseguible a instancia de parte, con excepción de los supuestos de los arts. 4 y 6c"; en realidad, la circunstancia de que este delito sea perseguible de oficio responde al hecho de que en el ordenamiento alemán rige de modo casi absoluto el principio de oficialidad en la persecución penal<sup>1174</sup>.

Sin embargo a continuación, el mismo art. 22 (y también el art. 374 de la Strafprozessordnung o Ley procesal penal alemana) determina que "a consecuencia de la comisión de los delitos de los arts. 4 y 6c, podrán presentar acción privada, además del ofendido, los empresarios y asociaciones indicadas en el art. 13"; a su vez, este art. 13 se refiere a los "empresarios que comercializan productos o servicios iguales o semejantes en el mismo sector del mercado", "asociaciones para la protección de intereses profesionales" y "asociaciones entre cuyos objetivos está la información y asesoramiento de los consumidores". Estamos aquí ante una de las excepciones del principio de oficialidad, en la que se permite al ofendido ejercitar la acusación por sí mismo y además actuar en el procedimiento penal<sup>1175</sup>. En este punto es importante señalar que, según el art. 376 de la Ley procesal penal alemana, en los delitos que admiten acción privada sólo podrá ejercitarse acción pública por parte del Fiscal cuando exista interés público. Teniendo en cuenta que, como ya se ha dicho,

---

<sup>1174</sup> Vid. ROXIN, C., *Derecho procesal penal*, cit., pág. 82 y ss.

<sup>1175</sup> Vid. ROXIN, C., *Derecho procesal penal*, cit., pág. 85.

es inherente a la actividad publicitaria la afectación de los intereses de los consumidores<sup>1176</sup>, obtendremos como conclusión que el delito del art. 4 de la UWG puede ser perseguido tanto de oficio como mediante acción privada<sup>1177</sup>.

## 2. Sanciones accesorias (art. 288 del CP)

### a) *Publicación de la sentencia*

El primer párrafo del art. 288 del CP prevé 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<sup>1178</sup>.

En relación con la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales, cabe precisar que se trata de una obligación de carácter *imperativo*<sup>1179</sup>; por otro lado,

---

<sup>1176</sup> Así lo dice expresamente en relación con el art. 4 de la UWG GRIBKOWSKY, G., *Strafbare Werbung*, cit., pág. 118; también LAMPE, E.J., *In welcher Weise...*, cit., pág. 44. Este último autor presenta unos argumentos a favor de la persecución pública de este delito, y otros a favor de la instancia privada; así, si bien presenta la afectación de intereses generales como argumento de apoyo de la primera opción citada, también afirma que la persecución privada puede ayudar a descargar a los Tribunales de "casos bagatela".

<sup>1177</sup> Vid. sobre estas cuestiones de procedibilidad BAUMBACH / HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, cit., Rn. 19; FUHRMANN, *Strafrechtliche Nebengesetze*, cit., Rn. 78; OTTO, H., *Strafbare Werbung*, cit., Rn. 138 y ss. Es destacable que estos dos últimos autores exigen, para admitir la acción pública en defensa del interés público, que pueda resultar engañado un número significativo de consumidores.

Cabe advertir aquí que, si un delito de acción privada concurre idealmente con un delito de persecución penal oficial, la acción privada no será admisible; cfr. ROXIN, C., *Derecho procesal penal*, cit., pág. 528. Por lo tanto, en los supuestos bastante frecuentes en que el delito de publicidad engañosa concurre con una estafa, sólo cabría la persecución de oficio.

<sup>1178</sup> Esta misma sanción es prevista para el delito de publicidad engañosa en el art. 121-4 del Code de la consommation francés, vid. supra Capítulo primero C)II.

<sup>1179</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. PE*, cit., pág. 151-

facultativamente el juez podrá ordenar, si lo solicita el perjudicado, la publicación total o parcial en otro medio informativo y a costa del condenado. Esta previsión (ya contenida en el Proyecto de CP de 1992) supone una mejora en relación con los Textos prelegislativos de los años 80 ya que, por una parte, la publicación en los periódicos oficiales sólo podía ser decretada, según el PLOCP de 1980, a solicitud del perjudicado o del Ministerio Fiscal (en cambio, en la PANCP de 1983 ya estaba prevista tal medida de oficio o a instancia de parte); por otra parte, se introduce la precisión de que la reproducción de la sentencia en otros medios informativos ha de realizarse a costa del condenado.

En primer lugar, debe mencionarse que la doctrina ha matizado, con razón, que tal publicación debe realizarse en los periódicos de mayor tirada del lugar donde tengan su sede el delincuente o la empresa, o donde éstos realicen esencialmente sus actividades<sup>1180</sup>; es decir, lógicamente tal publicación debería difundirse en el lugar donde el delito se ha cometido o ha desplegado sus efectos. En segundo lugar, nos encontramos con la problemática de que esta medida potestativa ha de ser solicitada por el "perjudicado", sujeto que resulta difícil de determinar en un delito que atenta contra intereses colectivos difusos pertenecientes al colectivo de consumidores<sup>1181</sup>; si se tiene en cuenta que para ser perjudicado es preciso haber sufrido un daño efectivo como consecuencia de la comisión del delito<sup>1182</sup>, parece que en el delito de publicidad falsa, que no exige la causación de perjuicio alguno, no va a existir propiamente ningún perjudicado que pueda solicitar la publicación de la sentencia. Por último, cabe señalar que se ha puesto de relieve la conveniencia de que el art. 288 especificase que la sentencia fuese firme y de que, además, se recogiese esta

---

152.

<sup>1180</sup> Cfr. BUENO ARÚS, F., *Las sanciones penales...*, cit., pág. 308; LANDROVE DÍAZ, G., *La represión de la delincuencia económica*, cit., pág. 40; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, op. cit., pág. 152.

<sup>1181</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *ibidem*; MUÑAGORRI LAGUÍA, cit., pág. 138; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito publicitario...*, cit., pág. 6.

<sup>1182</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. PG*, cit., pág. 977.

sanción en la Parte general del Código Penal, disipándose así toda duda sobre su naturaleza de pena accesoria, medida de seguridad o consecuencia accesoria<sup>1183</sup>.

A la vista de los problemas que suscita la regulación de esta segunda modalidad de publicación de la sentencia, debería procederse a una aclaración en el texto legal relativa a quiénes concretamente pueden solicitar tal publicación, ya que, como señala la doctrina, esta sanción resulta ciertamente idónea por su eficacia intimidatoria<sup>1184</sup>. Estamos en el ámbito de delitos cometidos en el desarrollo de una actividad empresarial o profesional, y por lo tanto la publicación de una sentencia condenatoria va a suponer un descrédito que a toda costa querrá evitar el sujeto sancionado. Teniendo en cuenta además que el concreto delito del art. 282 del CP se centra precisamente en el campo de la comunicación al público, se ha mencionado la posibilidad de idear, a modo de sanción, "estrategias comunicacionales en las que la propia publicación de la sentencia se constituya en medio publicitario"<sup>1185</sup>. Así, sería sin duda acertado que la publicación se efectuase por los mismos cauces (en la medida de lo posible) en que se difundió el mensaje publicitario falso, dando a conocer la propia sentencia o simplemente un resumen y el fallo de la misma (como afirma Mapelli, el lenguaje técnico jurídico de la resolución judicial resultará poco comprensible o atractivo para el ciudadano, de tal manera que será difícil conseguir así una real difusión de la sentencia condenatoria)<sup>1186</sup>.

---

<sup>1183</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *ibidem*. También hace hincapié en la necesidad de la firmeza de la sentencia MUÑAGORRI LAGUÍA, *cit.*, pág. 138.

<sup>1184</sup> Cfr. CARRASCO ANDRINO, *cit.*, pág. 135; VALLE MUÑIZ, *cit.*, pág. 1303; MUÑAGORRI LAGUÍA, *cit.*, pág. 138; MORENO CÁNOVES / RUIZ MARCO, *cit.*, pág. 174; TAMARIT SUMALLA, J.M., *La tutela penal...*, *cit.*, pág. 344; FERNÁNDEZ ALBOR / MARTÍNEZ PÉREZ, *Delincuencia y economía*, *cit.*, pág. 77-78. Vid. también refiriéndose a la publicación de la sentencia en el ámbito de los delitos económicos BUENO ARÚS, F., *Las sanciones penales...*, *cit.*, pág. 308, y LANDROVE DÍAZ, G., *La represión...*, *cit.*, pág. 40; vid. también señalando su eficacia preventivo-general BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, *cit.*, pág. 82. Señala TIEDEMANN, K., *Poder económico y delito*, *cit.*, pág. 166, que tal medida posee efecto preventivo y también retributivo.

<sup>1185</sup> Cfr. MORENO CÁNOVES / RUIZ MARCO, *cit.*, pág. 174.

<sup>1186</sup> Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito de publicidad fraudulenta*, *cit.*, pág. 92.

Por último, y haciendo una especial referencia al problema de identificación del “perjudicado”, lo más adecuado para dar virtualidad práctica a esta disposición es partir de un concepto amplio de “perjudicado”, entendido como la persona a la que el delito ha causado “cualquier clase de perjuicio”<sup>1187</sup>. Teniendo en cuenta que el delito de publicidad falsa no exige un daño económico efectivo, sino que únicamente supone un peligro para los patrimonios de los integrantes del colectivo de consumidores, podría entenderse que la afectación del patrimonio y la libertad de disposición económica supone realmente un perjuicio para cada consumidor. Por lo tanto podría aceptarse, para permitir la aplicación de esta disposición común, que ha sido perjudicado por el delito de publicidad falsa todo aquel consumidor al que se ha dirigido un mensaje publicitario inveraz y apto para causarle un daño económico; así, como receptor de una publicidad apta para producir un perjuicio, puede solicitar al juez la publicación de la sentencia.

Por otra parte, además de catalogar al consumidor individual como potencial perjudicado por el delito del art. 282, también cabe otorgarle la condición de perjudicada a la Organización de consumidores y usuarios y asimismo, obviamente, a cualquier asociación de consumidores. Haciendo particular referencia a la OCU, hay que destacar que la STS de 26-9-1997, sobre determinados asuntos relacionados con la contaminación masiva por el aceite de colza, admite la legitimación activa de la Organización de consumidores y usuarios para representar los intereses de todos los consumidores afectados por el aceite envenenado. Además, debe resaltarse que la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, contempla expresamente en su art. 11 la legitimación de las asociaciones de consumidores “para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios”. Realmente, desde el momento en que los propios sujetos integrantes de la OCU son consumidores individuales afectados por la publicidad, y por este motivo se les puede atribuir la condición de perjudicados, estaríamos ante una asociación que reúne a potenciales perjudicados por el delito del art. 282.

---

<sup>1187</sup> Cfr. al respecto COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. PG*, cit., pág. 364.

b) *Aplicación de las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 del CP*

El segundo párrafo del art. 288 del CP establece que el juzgador también podrá imponer cualquiera de las medidas contempladas en el art. 129 del CP, que son las siguientes: *clausura temporal o definitiva de la empresa o sus establecimientos, disolución de la sociedad, suspensión de las actividades de la sociedad por un plazo no superior a cinco años, prohibición temporal o definitiva de realizar en el futuro actividades de la misma clase que aquéllas en cuyo desarrollo se haya cometido el delito, e intervención de la empresa por un máximo de cinco años para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.*

Estamos ante medidas de la mayoría de las cuales se ha señalado su eficacia desde una perspectiva de prevención general<sup>1188</sup>. De todos modos, algunos autores han criticado la posibilidad de aplicación de estas medidas al delito de publicidad falsa, afirmando que sería más acertado prever directamente la cesación de la publicidad delictiva en vez adoptar una medida tan grave como la suspensión de la propia actividad de producción y comercialización de bienes y servicios<sup>1189</sup>.

Ciertamente se trata de un conjunto de medidas muy rigurosas; sin embargo, no hay que perder de vista que su imposición sólo es facultativa para el juez o Tribunal, de modo que la aplicación de estas medidas sólo será posible si se dan los

---

<sup>1188</sup> Vid. refiriéndose a la idoneidad y eficacia preventiva de estas sanciones para los delincuentes económicos: BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico...*, cit., pág. 82; del mismo, *Los delitos contra el orden socioeconómico...*, cit., pág. 24; FERNÁNDEZ ALBOR / MARTÍNEZ PÉREZ, cit., pág. 77-78; TIEDEMANN, K., *Poder económico y delito*, cit., pág. 170. Analizando concretamente el delito de publicidad falsa, MORENO CÁNOVES / RUIZ MARCO, cit., pág. 174, afirman que estas medidas son idóneas por su eficacia preventivo-especial; por su parte, HERNÁNDEZ PLASENCIA, cit., marg. 1116, considera que son mucho más efectivas que la pena de multa.

<sup>1189</sup> Cfr. al respecto CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 134-135; MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., pág. 93; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito publicitario...*, cit., pág. 6. También RODRÍGUEZ RAMOS / DE LA CUESTA RUTE, cit., pág. 21, han afirmado que alguna de las medidas del art. 129 resultan desproporcionadas para el delito de publicidad falsa.



presupuestos que les sirven de fundamento: "la peligrosidad objetiva de la persona jurídica o agrupación, basada en un defecto de organización que facilita la comisión de delitos"<sup>1190</sup>. Sin duda alguna es criticable la falta de determinación de los presupuestos materiales que fundamentan la aplicación de estas medidas<sup>1191</sup>; por ello, debe pedirse al juzgador la máxima cautela para que la aplicación de una de las anteriores medidas esté fundamentada en la mencionada peligrosidad objetiva de la empresa, y además sea realmente necesaria para prevenir la continuación de las actuaciones delictivas en ella desarrolladas y los efectos de las mismas, tal como establece el ap. 3 del art. 129<sup>1192</sup>.

Así, como señala Gracia Martín, "la clausura definitiva sólo debe estar indicada contra agrupaciones que desarrollen actividades ilícitas desde el principio, pero no para aquéllas que realizan una actividad lícita en el curso de la cual, no obstante, se realiza algún hecho delictivo"; tal afirmación se aplica también a las hipótesis de disolución de la sociedad<sup>1193</sup>. Por lo que respecta a la suspensión o prohibición de actividades, está claro que tales actuaciones serán precisamente aquellas que guarden relación con el delito cometido<sup>1194</sup>; consecuentemente, en el delito de publicidad falsa estas medidas consistirán estrictamente en la prohibición de llevar a cabo la actividad publicitaria<sup>1195</sup>.

---

<sup>1190</sup> Cfr. GRACIA MARTÍN, L., en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (Gracia Martín, L., coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pág. 409. También en esta línea JORGE BARREIRO, A., *El sistema de sanciones: las medidas de seguridad*, en La reforma de la justicia penal (Gómez Colomer, J.L. / González Cussac, J.L., coord.), Castellón de la Plana 1997, pág. 126; BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona 1998, pág. 283.

<sup>1191</sup> Cfr. JORGE BARREIRO, A., *El sistema de sanciones: las medidas de seguridad*, cit., pág. 124 y ss.

<sup>1192</sup> Cfr. GRACIA MARTÍN, L., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, cit., pág. 409-410. Menciona también este aspecto de prevención de la continuidad delictiva LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid 1996, pág. 128.

<sup>1193</sup> Cfr. GRACIA MARTÍN, *ibidem*.

<sup>1194</sup> Cfr. GRACIA MARTÍN, *ibidem*.

<sup>1195</sup> Cfr. CARRASCO ANDRINO, cit., pág. 135. La idoneidad de esta medida referida a la

En relación con esta última medida sancionatoria, cabe preguntarse qué ocurre con la propia publicidad delictiva, puesto que la prohibición prevista en el art. 129 del CP se refiere sólo al desarrollo de la actividad (publicitaria, en este caso) en el futuro. En este sentido algún autor ha apuntado la conveniencia de establecer como sanción accesoria la cesación o la rectificación de la publicidad falsa<sup>1196</sup>; medidas que por cierto están previstas con carácter facultativo en el Code de la consommation francés. Teniendo en cuenta que estas dos medidas aparecen contempladas en el art. 31 de la LGP, dentro de los posibles pronunciamientos que puede adoptar un juez en un proceso por publicidad ilícita, parece que con mucha más razón deberían poder aplicarse en el ámbito penal.

En particular, hay que destacar el importante efecto intimidatorio que posee la sanción de *rectificación de la publicidad*, puesto que puede suponer un importante descrédito para el anunciante; asimismo, se ha señalado que constituye una medida útil y efectiva para eliminar los denominados "efectos residuales de la publicidad": se entiende que una campaña publicitaria va a seguir en la mente de los consumidores aun después de haber cesado, y por lo tanto se considera que la forma de suprimir esta influencia persistente es difundir otros mensajes publicitarios que corrijan la falsedad emitida en la anterior campaña<sup>1197</sup>. Por estos motivos, debería considerarse

---

prohibición de la publicidad ha sido puesta de relieve por algún autor francés, proponiendo incluirla en el catálogo de sanciones previsto para el delito de publicidad engañosa en Francia; cfr. FOURGOUX / MIHAÏLOV / JEANNIN, *Principes et pratique...*, cit., F19; también considerando la posibilidad de prever esta sanción MAYER, D., *Droit pénal de la publicité*, cit., 115.

<sup>1196</sup> Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito...*, cit., pág. 92-93; CUERDA RIEZU, cit., pág. 78.

<sup>1197</sup> Es destacable que la publicidad correctora, cuyas raíces se encuentran en el Derecho norteamericano, ha sido vivamente criticada por un sector de la doctrina de esta nacionalidad, la cual considera principalmente que no está muy clara la existencia de los "efectos residuales de la publicidad", y que por lo tanto es excesiva la aplicación de esta medida sancionatoria, gráficamente definida como un "harakiri comercial"; vid. sobre este debate doctrinal FERNÁNDEZ NOVOA, C., *La publicidad correctora y su aplicación por los Tribunales españoles*, en Derecho de los Negocios 1991, pág. 234 y ss; VÁZQUEZ CUETO, J.C., *La publicidad correctora: un modelo americano adoptado por la Ley General de Publicidad*, en La Ley 1992-2, pág. 926 y ss; NIETO HERNÁNDEZ, I., *La publicidad correctora*, en EC 1999, nº 48, pág. 105 y ss.

la posibilidad de prever esta sanción para el delito de publicidad falsa, si bien reservándola para los casos en que sea realmente necesaria, y que según el art. 31 de la LGP son aquellos en que "la gravedad del caso así lo requiera y siempre que pueda contribuir a la reparación de los efectos de la publicidad ilícita"<sup>1198</sup>.

Realmente, la persecución por el delito de publicidad falsa no impide en modo alguno que un consumidor, previa o simultáneamente a la actuación del juez penal, solicite en vía civil la difusión de la publicidad correctora, con base en el citado art. 31 de la LGP. Sin embargo, debe recordarse aquí de nuevo que el adelantamiento de las barreras de intervención penal en este ámbito de la defensa de los intereses de consumidores se fundamenta, precisamente, en la situación de inferioridad de estos últimos dentro del mercado. Como ya se ha dicho en repetidas ocasiones<sup>1199</sup>, esta situación de inferioridad de los consumidores se caracteriza principalmente por la carencia de información sobre sus mecanismos de defensa y por la falta de conciencia sobre la utilidad de sus posibilidades de actuación. Asimismo, puede afirmarse que la concreta solicitud de rectificación de la publicidad no será efectuada por un consumidor ya que, si es consciente de la falsedad publicitaria, se limitará a abstenerse de adquirir el bien o servicios ofrecidos, y si no advierte la inveracidad y efectúa la compra propuesta, en buena lógica se limitará a pedir una reparación o indemnización, sin molestarse en dar un "escarmiento" al anunciante por haber actuado fraudulentamente. Por ello, y aunque la posibilidad de solicitar la difusión de la publicidad correctora subsiste al margen de que se arbitre un proceso penal, sería recomendable que en la propia norma penal se previese tal medida sancionadora.

---

<sup>1198</sup> Vid. también sobre la publicidad correctora supra Capítulo primero A)II.2.

<sup>1199</sup> Vid. particularmente sobre los fundamentos de esta intervención penal anticipada para la defensa de los consumidores supra, Primera parte, Capítulo segundo, epígrafe II.2.d).

## CONCLUSIONES

I. El presente trabajo ha partido de la constatación del cambio que han experimentado las relaciones entre oferentes y demandantes en el mercado a lo largo del siglo XX: los avances tecnológicos, la progresiva ampliación de los mercados, las políticas económicas de estimulación de la demanda y en general del libre comercio, la formación de monopolios, junto a otros muchos factores de los que se ha dado cuenta en la Introducción, han impulsado el desarrollo de la producción y consumo en masa, originando una auténtica “sociedad de consumo”, una pretendida “sociedad del bienestar”.

Tal estado de cosas significa que se ha perdido la libertad e igualdad entre oferentes y demandantes, que permitía a estos últimos manifestar sus preferencias y negociar hasta alcanzar un acuerdo favorable para ambas partes. Esta libertad e igualdad existían seguramente en el siglo XIX, y precisamente tal situación propició que las leyes plasmaran el principio de autonomía de la voluntad a la hora de contratar, ya que las partes partían de posiciones igualitarias.

Sin embargo, las circunstancias expuestas que caracterizan a la sociedad actual determinan que los adquirentes de bienes y servicios en el mercado, los consumidores, se hallen en una clara posición de inferioridad con respecto a los oferentes, puesto que tienen información insuficiente y son relativamente escasas sus posibilidades de hacer valer sus preferencias o de defenderse frente a abusos o fraudes. Consecuentemente, se han alzado voces que solicitan una revisión del principio de autonomía de voluntad en el ámbito de las contrataciones, exigiendo la progresiva implantación del principio de equivalencia de las prestaciones, con el fin de restaurar el equilibrio perdido.

Se ha tomado conciencia de esta situación de indefensión de los consumidores en múltiples declaraciones programáticas, no sólo a nivel estatal

sino también comunitario. Así, ya desde los años 70 se han publicado documentos en el ámbito de la Unión europea que destacan la necesidad de proteger a la parte débil de los contratos, al consumidor. Fruto de esta preocupación ha sido la promulgación de numerosas Directivas que protegen a los consumidores en diferentes campos, desde la publicidad hasta la responsabilidad por los productos defectuosos; asimismo, ya se ha llegado al Cuarto Plan de Acción Trienal en relación con la tutela de los consumidores, y no puede olvidarse tampoco que el Tratado de la Unión europea recoge, en su parte dedicada a las Políticas de la Comunidad, un Título dedicado a la protección de los consumidores. Por lo que respecta a nuestro ámbito estatal, hay que resaltar que la Constitución establece en su artículo 51 la obligación de los poderes públicos de proteger eficazmente los derechos de los consumidores y usuarios.

II. Quizás el paso fundamental dado por nuestro legislador para tutelar los mencionados derechos ha sido la promulgación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios.

Los derechos nucleares de los consumidores, y que han sido objeto de un mayor desarrollo en este trabajo (en el Capítulo primero de la primera Parte), son los referidos al respeto de su salud y de sus intereses económicos. En primer lugar, por lo que se refiere a estos últimos, se han distinguido tres estadios de protección: la fase previa a la adquisición de un bien o servicio, en la que el consumidor debe ser tutelado frente a los engaños que tienen lugar en las ofertas y publicidad; fase de celebración del contrato de adquisición del producto o servicio, en la cual hay que proteger al consumidor principalmente frente a los abusos inherentes a las condiciones generales de contratación, en las que los oferentes pueden incluir cláusulas abusivas; y la fase posterior a la conclusión del contrato, en la que se debe regular todo lo relativo a la garantía comercial y al servicio posventa. Para desarrollar la protección del consumidor en los ámbitos referidos, se han promulgado diversas Leyes específicas, entre las que se puede citar, por ejemplo, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, o la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo.

En segundo lugar, con referencia a la protección de los daños a la salud de los consumidores, la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios establece de forma genérica que los productos y servicios distribuidos en el mercado no han de implicar riesgos para la salud y seguridad de los consumidores, salvo los derivados de las condiciones normales de utilización. Con el objetivo de salvaguardar este derecho, se han ido promulgando numerosas disposiciones reglamentarias que regulan múltiples cuestiones relacionadas con los bienes y servicios, tales como su etiquetado, componentes autorizados, condiciones de almacenamiento y transporte, etc., de tal modo que resulte perfectamente garantizada la ausencia de peligro para la salud del consumidor. También en este ámbito es ciertamente importante la Ley 22/1994, de 26 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos: en esta norma se regula la responsabilidad del fabricante, productor, importador o suministrador por los daños materiales e incluso morales que sus productos causen a los consumidores.

Para finalizar esta visión del estado de protección del consumidor en la normativa extrapenal, se ha hecho un examen de las posibles situaciones de concurrencia entre dos o más infracciones de consumo de carácter administrativo, o entre una de éstas y una norma penal; lo que se pretende es no vulnerar el principio "non bis in idem", es decir, no deben aplicarse dos sanciones a unos mismos hechos en los que han intervenido los mismos sujetos, si además las normas sancionadoras responden a idéntico fundamento. Un examen cuidadoso de cada caso concreto permitirá determinar cuando se da la triple identidad de hecho, sujeto y fundamento, de modo que se aplicará únicamente aquella norma sancionadora que abarque plenamente todo el desvalor de la conducta. No obstante, cuando la concurrencia se dé entre una norma administrativa y otra penal, la Ley del consumidor establece en su artículo 32 que la instrucción de causa penal suspenderá obligatoriamente la tramitación del expediente administrativo, de modo que si se dicta sentencia penal condenatoria ya no será posible imponer una sanción administrativa en el mismo supuesto de hecho.

**III.** Dentro de este Capítulo primero de la Primera parte del trabajo, también se ha realizado un examen de la protección penal que, antes de la configuración de los genuinos delitos socioeconómicos de consumo en el Código penal de 1995, podía recibir el consumidor frente a los ataques a su patrimonio y a su salud.

En cuanto a la tutela de carácter patrimonial, es lógico que, si en el siglo XIX los Códigos civil y mercantil instauraban el principio de autonomía de la voluntad de los contratantes, presuponiendo la libertad e igualdad de oferentes y demandantes, consecuentemente el Código penal se centró en una protección de corte individualista, sancionando básicamente los ataques al patrimonio particular. Por lo tanto, sólo cabe hallar las posibilidades de protección del consumidor en los delitos contra el patrimonio individual, básicamente en el tipo de estafa (artículo 248 del Código penal), que requiere la presencia de los siguientes elementos: engaño bastante, error de la víctima, acto de disposición patrimonial y perjuicio económico. Además, en el artículo 250 del Texto punitivo se recoge una serie de circunstancias agravantes del delito de estafa, tres de las cuales son especialmente idóneas para los casos de fraudes dirigidos a los consumidores: se trata de las circunstancias 1ª, 6ª y 7ª del citado precepto. Por último, hay que tener en cuenta que las estafas desarrolladas en el tráfico comercial, en el ámbito del consumo, son generalmente auténticos fraudes colectivos, que tienen como sujeto pasivo a un número elevado de consumidores; por ello, será frecuentemente aplicable la figura del delito masa, regulada en el artículo 74.2 del Código penal. Sin embargo, la posible aplicación de esta figura del delito con sujeto pasivo masa podría solaparse con la previsión del artículo 250.2 del Texto punitivo: según este último precepto, si las ya mencionadas agravantes 6ª o 7ª concurren con la 1ª, se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses. Así, puede concluirse que si concurren específicamente las agravantes 1ª y 6ª, es decir, cuando se verifique una estafa de especial gravedad que recaiga sobre bienes de primera necesidad,

viviendas o bienes de reconocida utilidad social, deberá aplicarse preferentemente el marco penal previsto en el artículo 250.2.

Pasando ahora a las medidas penales de protección de la salud del consumidor, ya antes de la promulgación del Código penal de 1995 se podía encontrar una tutela más completa que la referida a sus intereses económicos. Por una parte, si se busca una protección de carácter meramente individual puede acudirse a los delitos que tutelan la vida y la integridad física y psíquica, que son figuras delictivas previstas para los ataques puramente individuales a la salud personal. Por otra parte, encontramos en el Código penal la categoría de los delitos contra la salud pública, en la que se recogen conductas que suponen un ataque de carácter colectivo a la salud de múltiples personas, tipificándose congruentemente determinadas actuaciones peligrosas para la salud de los consumidores. Así, por un lado hallamos delitos relativos a la elaboración y despacho de sustancias nocivas, productos peligrosos y medicamentos, y por otro lado encontramos los denominados fraudes alimentarios. En resumen, se sancionan conductas como imitación de medicamentos, tráfico con géneros corrompidos, adulteración de los alimentos con agentes tóxicos, y toda una serie de comportamientos en esta línea, cuya característica más destacada es la introducción en el mercado de productos peligrosos para la salud, y que, debido a su puesta en circulación general, pueden afectar a un amplio e indeterminable número de consumidores.

**IV.** El expuesto desequilibrio entre la protección del patrimonio y la salud del consumidor parece solucionarse con el Código penal de 1995, en el que se tipifican por vez primera los “genuinos delitos socioeconómicos de consumo”, como figuras que protegen a los consumidores frente a ataques colectivos dirigidos contra sus intereses patrimoniales. Los delitos que integran esta nueva categoría delictiva son los siguientes: publicidad falsa y apta para perjudicar económicamente a los consumidores (artículo 282 del Código penal); facturación ilícita en perjuicio del consumidor, tras la previa manipulación de aparatos automáticos destinados a medir el precio de bienes o servicios (artículo 283); y



acaparamiento de materias primas o productos de primera necesidad (artículo 281), si bien este delito puede considerarse como una figura híbrida que protege en igual medida a los consumidores y la libre competencia en el mercado.

En el Capítulo segundo de esta Primera parte del trabajo se define, en primer lugar, el bien jurídico protegido en este nuevo grupo de delitos como “el interés del grupo colectivo de consumidores en el mantenimiento del orden global del mercado”. Se configura así un bien jurídico supraindividual de carácter espiritualizado o institucionalizado, un bien jurídico de referente individual; en otras palabras, se constituye este bien como una abstracción conceptual que engloba los bienes jurídicos individuales de los consumidores, esto es, su patrimonio y su libertad de disposición económica; así, la puesta en peligro de estos últimos bienes se considera equivalente a la lesión del bien supraindividual. Así se obtiene una tutela integral y completa del patrimonio de los consumidores: no sólo quedan tutelados ante fraudes dirigidos a individuos concretos, sino que ahora son protegidos también frente a ataques de carácter colectivo desarrollados en el ámbito del mercado, que constituyen un peligro indeterminable para un conjunto muy amplio e incuantificable de consumidores.

Tras la definición del bien jurídico protegido en los nuevos delitos socioeconómicos de consumo, se ha efectuado un examen de otras figuras delictivas en las que podemos encontrar un bien jurídico de la misma naturaleza, lo cual demuestra que no nos hallamos ante una configuración novedosa del objeto de protección en un tipo penal. Así, se ha hecho referencia a los siguientes delitos: abuso de información privilegiada en el mercado de valores, delitos contra los derechos de los trabajadores, delitos contra la salud pública, delitos contra la seguridad del tráfico y delitos de riesgo catastrófico e incendios. Por último, se ha hecho un breve examen de las otras dos categorías delictivas que, junto con los delitos económicos de consumo, integran la Sección 3ª del Título XIII del Libro II del Código penal: los delitos contra la competencia desleal y los delitos contra el libre mercado o la libertad de competencia.

V. El último tema tratado en este Capítulo segundo de la Parte primera versa sobre la justificación político-criminal de la creación de los genuinos delitos socioeconómicos de consumo. Por una parte, se ha hecho referencia a la necesidad dogmática de crear esta nueva categoría delictiva, insistiendo en lo que ya había sido expuesto con anterioridad: mientras que la tutela penal de la salud de los consumidores se realiza desde parámetros tanto individuales como colectivos, en cambio la protección de sus intereses patrimoniales sólo se efectuaba, hasta la promulgación del Código penal de 1995, desde una perspectiva puramente individual. Por lo tanto, la creación de los nuevos delitos socioeconómicos de consumo viene a completar la tutela del patrimonio de los consumidores, sancionando conductas desarrolladas en el mercado que suponen un grave peligro para una multiplicidad de patrimonios.

Por otra parte, ha ocupado un buen número de páginas la justificación de la creación de estos nuevos delitos desde una perspectiva político-criminal. Lo que se ha pretendido demostrar es que nos hallamos ante un auténtico bien jurídico-penal, y no ante un concepto impreciso para cuya tutela es injustificable acudir al Derecho penal. Para efectuar esta comprobación, se ha partido de una serie de parámetros que constituyen un verdadero paradigma de las posiciones restrictivas en la teoría del bien jurídico-penal.

En primer lugar, para constatar si se está protegiendo un auténtico bien jurídico-penal se ha examinado si las conductas que lo lesionan presentan una dañosidad social considerable. En el ámbito que nos ocupa puede afirmarse que, dadas las características de nuestra sociedad de consumo en masa, y debido también a la ampliación progresiva de los mercados, los oferentes de bienes y servicios han consolidado su posición de preeminencia frente a los consumidores demandantes: así, estos oferentes no sólo tenderán a abusar de su situación de superioridad, sino que además tales comportamientos abusivos alcanzarán una expansión difícil de determinar, y pondrán en peligro un número muy elevado e indeterminable de patrimonios.

En segundo lugar, se ha constatado que el bien jurídico protegido en los delitos socioeconómicos de consumo posee un reconocimiento constitucional.

Efectivamente, como se ha dicho en un momento anterior, el artículo 51 de nuestra Ley fundamental establece la obligación de los poderes públicos de garantizar, con procedimientos eficaces, la salud, la seguridad y los legítimos intereses económicos de los consumidores.

En tercer lugar, se ha examinado otro parámetro que debe tomarse como referencia a la hora de configurar un auténtico bien jurídico-penal: la necesaria referencia a bienes pertenecientes al individuo. Si bien hay que partir de un obligado respeto a este criterio, se ha intentado demostrar que la referencia a bienes individuales no exige que se produzca una “intensa” afectación del individuo, sino que es también admisible que tal perturbación sea “extensa”, es decir, que resulte afectado un número muy amplio de sujetos. Precisamente nuestra sociedad actual, la moderna “sociedad del riesgo”, se caracteriza por el hecho de que una gran cantidad de comportamientos presentan la mencionada “extensa afectación individual”. Puede recordarse que la densa red de industrialización del mundo actual y la elaboración y distribución masiva de bienes y servicios, entre otras circunstancias, determinan que sea enorme el círculo de potenciales consumidores y asimismo sean muy variadas y elevadas las posibilidades de poner a estos últimos en peligro.

En cuarto lugar se ha comprobado si, desde una perspectiva utilitaria, este nuevo bien jurídico está necesitado de protección, es decir, si se está respetando el principio de intervención mínima del Derecho penal. Para efectuar esta comprobación se ha examinado si, para proteger los intereses económicos de los consumidores, son realmente ineficaces otros medios menos lesivos que las normas penales, que estarían constituidos por las medidas de Derecho privado y Derecho administrativo, ya examinadas al principio de este trabajo.

Los mecanismos de Derecho privado destinados a proteger al consumidor se centran básicamente en la concesión de posibilidades a este último para reclamar el cumplimiento de lo pactado con el oferente, o para pedir la indemnización de daños y perjuicios. Debe recordarse aquí que los consumidores se hallan en una posición de inferioridad con respecto a los productores de bienes y servicios, y esto se manifiesta en su falta de información, en su falta de

confianza en los mecanismos reparadores e indemnizatorios, y en la falta de eficacia que a veces demuestran estos últimos medios. Por ello, sin negar la utilidad de estas fórmulas reparadoras de ejercicio individual, en los supuestos de ataques más graves e intolerables al patrimonio de los consumidores debe articularse una tutela preventiva y eficaz, que no dependa de la puesta en marcha de un procedimiento jurídico por parte de cada consumidor afectado.

Podría entonces defenderse la posibilidad de prever sanciones administrativas para las infracciones de consumo, sin tener que acudir al Derecho penal. Sin embargo, la consecuencia que suele traer esta alternativa es que se concede un excesivo poder sancionador a la Administración, la cual puede llegar a imponer unas sanciones tan graves (multas, restricciones de derechos) como las de naturaleza penal, y sin el conjunto de garantías que preside la aplicación de estas últimas.

En quinto y último lugar se ha analizado si este nuevo bien jurídico es merecedor de protección penal, es decir, si al otorgarle este tipo de tutela se está respetando el principio de proporcionalidad. Esto exige probar, por un lado, la importancia real del bien jurídico, la cual puede deducirse de la verificación de una especial intensidad de otros rasgos ya expuestos: la dañosidad social de las conductas vulneradoras del bien jurídico, el reconocimiento constitucional de tal bien, y la constatación de una extensa afectación individual. Por otro lado, de la idea de proporcionalidad se deriva la exigencia de una gravedad intrínseca de las formas de ataque al bien jurídico, lo cual viene a equivaler al respeto del principio de fragmentariedad. Precisamente todo lo dicho hasta este momento incide en la idea de que, en la actual sociedad de consumo en masa, las actuaciones fraudulentas dirigidas a la generalidad de los consumidores presentan una gravedad indudable, ya que la indeterminación de las fronteras de peligro aumenta las potencialidades de lesionar los bienes individuales de todos esos consumidores particulares.

Tras proceder a esta justificación político-criminal, se ha concluido la Primera parte de este trabajo con un examen de la técnica de tipificación más idónea a la hora de configurar los genuinos delitos socioeconómicos de consumo.

Partiendo de que hay que incriminar conductas peligrosas, se ha defendido el empleo de la técnica de los “delitos de aptitud o peligro hipotético”, que son una subespecie de los delitos de peligro abstracto (que tipifican una actuación genéricamente peligrosa) pero con otros elementos típicos a mayores que permitan excluir la tipicidad de una conducta cuando en el caso concreto no se ha verificado una peligrosidad auténtica. La configuración de los delitos de aptitud es la siguiente: se tipifica una conducta abstractamente peligrosa, pero se exige adicionalmente una potencialidad lesiva de tal actuación. Así, el juez tendrá que realizar dos juicios interpretativos: en primer lugar un pronóstico “ex ante”, mediante el cual determina si la conducta se incluye formalmente en el tipo, es decir, si aparece como peligrosa y apta para lesionar los bienes jurídicos individuales de los consumidores; en segundo lugar se ha de realizar un pronóstico “ex post”, a través del cual el juez verifica si en el caso concreto ha sido posible un contacto entre la acción y los bienes jurídicos en cuestión, como consecuencia del cual se hubiera podido producir un peligro efectivo para estos últimos.

VI. La Segunda parte de este trabajo se ha dedicado al análisis pormenorizado de la figura más significativa de los delitos socioeconómicos de consumo: el delito de publicidad falsa, contenido en el artículo 282 del Código penal. Antes de proceder a la exégesis del tipo penal, en un primer Capítulo se ha expuesto la regulación extrapenal de la publicidad, los antecedentes de esta figura delictiva en los diferentes Proyectos de Código penal, y además se ha efectuado una visión de los modelos de sanción penal de las conductas más graves de publicidad engañosa en Derecho comparado.

Comenzando por la regulación extrapenal de la publicidad, se ha acudido a la ley básica en la materia: la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad. De esta norma se ha extraído el concepto básico de publicidad, centrado en el carácter económico-mercantil de esta actividad, es decir, se trata de cualquier forma de comunicación que pretende promocionar cualquier tipo de

bienes o servicios en el mercado; asimismo, se ha dado un breve repaso a las conductas que esta Ley define como ilícitas en el ámbito de la actividad publicitaria. Además de la Ley general de publicidad, es de obligada referencia la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal. Si bien existen diferentes opiniones doctrinales en torno a la compatibilidad de ambas leyes, parece más acertada aquella que considera que, si una publicidad ilícita constituye a la vez un acto de competencia desleal, el ciudadano podrá ampararse en cualquiera de las dos leyes para efectuar su reclamación.

Al margen de estas dos leyes específicas, debe recordarse que la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios también contiene disposiciones que protegen al consumidor en el ámbito de la oferta y publicidad de bienes y servicios. El precepto clave de tal Ley es el artículo 8, donde se exige la veracidad de las ofertas y comunicaciones publicitarias, y donde se prevé el mecanismo de la “integración publicitaria del contrato”, que consiste en que el consumidor puede exigir al oferente que cumpla todas las promesas contenidas en su publicidad.

Por lo que respecta a la regulación extrapenal de la publicidad, también merece destacarse la actividad del Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad, creado en 1997. Este Jurado decidirá sobre las infracciones de los códigos de ética publicitaria vigentes para los miembros de la Asociación, y puede adoptar decisiones vinculantes que llegan incluso hasta la posibilidad de ordenar la cesación o rectificación de la publicidad ilícita.

Por último, en esta visión del panorama de las principales normas extrapenales relativas a la publicidad, se ha efectuado un breve examen de la Directiva 84/450/CEE, de 10 de septiembre, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa; se trata de una Directiva que ha influido notablemente en nuestra Ley general de publicidad.

VII. Los antecedentes históricos del artículo 282 del Código penal se encuentran en los diferentes Proyectos de Texto punitivo que han ido

apareciendo desde 1980: el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980, la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal de 1983 y el Proyecto de Código penal de 1992. La regulación del delito publicitario en los Textos prelegislativos de 1980 y 1983 (ambos eran muy semejantes) difería bastante de la redacción típica del vigente artículo 282 del Código penal. Sus características diferenciadoras más destacadas eran, en primer lugar, que se preveía una lista cerrada de circunstancias de los bienes y servicios, sobre las cuales debía recaer necesariamente la inveracidad; y en segundo lugar, junto a la falsedad del mensaje publicitario, se exigía su capacidad para inducir a error a los consumidores. En cambio, el Proyecto de 1992 contenía una regulación muy semejante al actual delito de publicidad falsa.

VIII. El examen de Derecho comparado ha abarcado cuatro ordenamientos de nuestro entorno: alemán, francés, italiano y portugués. En primer lugar se ha analizado el delito de publicidad engañosa en Alemania, que está previsto (desde 1909) en el artículo 4 de la Ley contra la competencia desleal. Esta concreta ubicación sistemática ha determinado que la doctrina alemana considere que con esta norma se protegen no sólo los consumidores, sino también los competidores en el mercado. Este precepto sanciona la publicidad “falsa e idónea para inducir a error”, estableciéndose una lista ejemplificativa de las circunstancias más relevantes de los bienes y servicios, sobre las que generalmente puede recaer un engaño publicitario. Es destacable que esta norma, en su segundo párrafo, declara responsable del delito al propietario de la empresa anunciante cuando la conducta es ejecutada por un subordinado, pero con conocimiento de dicho propietario.

Además de analizar esta norma vigente en Derecho alemán, también se ha hecho una breve referencia al Proyecto alternativo de Código penal, publicado por un grupo de autores alemanes en 1977. En este Proyecto se incluía una propuesta de delito de publicidad engañosa, que presentaba notables diferencias con respecto al artículo 4 de la Ley de competencia desleal: lo más destacable era, por una parte, que se exigía únicamente la falsedad de las alegaciones, sin

requerir la idoneidad para inducir a error; y por otra parte, que las declaraciones publicitarias debían recaer necesariamente sobre “circunstancias consideradas en el tráfico comercial como esenciales para la conclusión de un contrato”.

La última referencia al Derecho alemán está constituida por el examen del artículo 264a del Código penal, que recoge el delito de estafa en la inversión de capital. Se sanciona aquí a quien, en relación con las ofertas de ampliación de capital, realice comunicaciones publicitarias falsas o silencie hechos perjudiciales, referentes a circunstancias relevantes para decidir sobre la potencial adquisición. Las particularidades de este delito de publicidad falsa en el específico ámbito de los títulos-valores son, como se han visto, dos: se tipifican expresamente las conductas omisivas, y se limita el objeto material, en una línea semejante al Proyecto alternativo, a las circunstancias más relevantes que han de motivar la adquisición de los valores anunciados.

En Francia, el delito de publicidad engañosa se encuentra en el artículo 121-1 del Código de consumo. Como puntos que destacar, debe mencionarse que la conducta típica se centra en la emisión de publicidad “falsa o susceptible de inducir a error”, y se establece una enumeración cerrada y taxativa de los elementos de los productos o servicios sobre los que ha de recaer la alegación publicitaria punible.

En Italia no existe un delito general de publicidad engañosa; sin embargo, esta clase de conductas podría integrarse, en determinados casos, en el artículo 516 (introducción en el mercado de sustancias alimenticias no genuinas, presentándolas como genuinas) o en el artículo 517 del Código penal (puesta en circulación de creaciones intelectuales o productos industriales con nombres o marcas aptos para inducir a error). Si la publicidad se refiere a títulos-valores, encontramos la norma específica del artículo 174.1 del Texto único de intermediación en materia financiera, que castiga a quien emita falsas informaciones en las comunicaciones al público sobre aspectos no conocidos que sean idóneos para influir en el precio de los valores ofrecidos. No obstante, debe destacarse que sí existe un gran número de normas extrapenales que prevén la



aplicación de sanciones administrativas a determinadas infracciones en el ámbito de la publicidad.

Se ha efectuado en cuarto lugar una referencia al ordenamiento portugués, donde la publicidad engañosa no se sanciona en el ámbito penal, sino en el marco del “Derecho de ordenación social”, concretamente en el artículo 11 del Código de la publicidad. Así, esta infracción se halla en un ámbito a medio camino entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, caracterizado por una mayor agilidad de los procedimientos sancionadores pero sin perder completamente el entramado de garantías que rodea al proceso penal.

Por último, la visión del Derecho comparado se ha cerrado con una breve alusión a la propuesta para la armonización del tipo penal de publicidad engañosa en los Estados miembros de la Unión europea. Se trata de una propuesta de un grupo de trabajo formado por penalistas de diferentes países, que ha elaborado un proyecto de homogeneización del Derecho penal económico a nivel europeo; concretamente, el delito de publicidad falsa se centra en la difusión de “informaciones falsas que resulten esenciales para la celebración de un contrato y que sean idóneas para inducir a error a un consumidor razonable y diligente”.

**IX.** El Capítulo segundo de esta Segunda parte del trabajo se dedica a la exégesis del delito de publicidad falsa. En primer lugar, se ha comenzado por la definición del bien jurídico protegido en el artículo 282 del Código penal, y por la justificación político-criminal de la sanción penal de determinadas conductas de publicidad falsa. El bien jurídico aquí protegido supone una concreción del bien común a la categoría de los delitos socioeconómicos de consumo: se trata de el “interés del grupo colectivo de consumidores en la veracidad de los medios publicitarios, concebido como un aspecto particular del orden global del mercado”. Se trata, como ya se ha dicho, de un bien supraindividual espiritualizado, construido para englobar los bienes individuales pertenecientes a los consumidores, concretamente su patrimonio y su libertad de disposición económica. Asimismo, y como se aprecia más pormenorizadamente al analizar

los elementos de la conducta típica, se ha configurado un delito de aptitud o peligro hipotético.

Con referencia al ámbito de protección de este precepto, la doctrina se halla dividida entre quienes consideran que se tutelan sólo los intereses patrimoniales de los consumidores, y quienes opinan que con esta norma también se está protegiendo su salud. Realmente no se puede mantener que en el artículo 282 se está protegiendo la salud, debido a dos razones fundamentales. En primer lugar, este precepto se encuentra ubicado en el Título XIII del Libro II del Código penal, cuya rúbrica hace referencia a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico; por lo tanto, no se sitúan aquí las figuras delictivas que implican una afectación de la salud. Precisamente los atentados contra la salud de la colectividad tienen otra ubicación sistemática: se trata de los “delitos contra la salud pública”, contenidos en el Capítulo 3º del Título XVII del Código penal; dentro de esta categoría, encontramos figuras delictivas que suponen la difusión de publicidad o introducción en el mercado de sustancias dañinas para la salud.

Se puede apreciar, por consiguiente, que el legislador ha optado por regular separadamente la publicidad según a qué bien jurídico afecte: o a la salud o al patrimonio. Además es destacable que, dada la mayor gravedad que sin duda suponen los ataques a la salud de los consumidores, se han establecido penas más duras para la emisión de publicidad sobre sustancias perjudiciales para la salud que para la publicidad que únicamente puede causar un daño económico. Por consiguiente, no sería adecuado incluir en el precepto con penalidad más benigna (el artículo 282) las actuaciones publicitarias que ponen en peligro tanto el patrimonio como la salud; en el caso de que se produjera esta doble afectación, debería apreciarse un concurso de delitos entre el citado artículo 282 y la correspondiente figura delictiva contra la salud pública.

No obstante debe tenerse en cuenta que algunas actividades publicitarias que suponen un peligro para la salud de los consumidores no podrán incluirse en los tipos penales contra la salud pública, debido a que la mayoría de ellos presentan importantes restricciones en su redacción típica. En tal caso se producirá una laguna de punibilidad, que “de lege lata” puede ser evitada

parcialmente recurriendo al artículo 282 del Código penal, siempre que se cumplan sus requisitos típicos; sin embargo, debe recordarse que este último precepto sólo abarca la afectación al patrimonio, y no el desvalor propio de una actuación peligrosa para la salud. Por lo tanto, sería sin duda acertado que se configurase un específico delito publicitario en el ámbito de los delitos contra la salud pública, con la misma técnica de tipificación empleada en el artículo 282, es decir, un delito de aptitud: así, se podría incriminar la publicidad de productos que sean idóneos para lesionar la salud de los consumidores, sin hacer depender la tipicidad de la conducta de otro requisito que no sea la nocividad intrínseca de la sustancia publicitada.

Finalmente, tras el análisis del objeto de protección en el delito de publicidad falsa, se ha hecho una breve referencia a los fundamentos político-criminales que justifican la incriminación de esta conducta; se trata, únicamente, de la aplicación a esta concreta figura delictiva de los presupuestos generales ya analizados que fundamentan la configuración de los genuinos delitos socioeconómicos de consumo.

X. A continuación, se ha definido el sujeto pasivo en este delito, que ya viene identificado en el propio tipo penal como “los consumidores”: se trata lógicamente de un sujeto colectivo, titular de un bien jurídico también colectivo que abarca los bienes individuales de una cantidad amplia e indeterminable de sujetos. Para partir de una definición de “consumidor”, se ha acudido a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, que centra la esencia del concepto de consumidor en el destinatario final de bienes o servicios, es decir, en el que realiza una adquisición para su uso privado, sin efectuar una nueva reintroducción en el mercado.

Sin embargo, la propia Ley del consumidor establece que este concepto básico no es vinculante para ningún ámbito del ordenamiento jurídico; realmente, la definición del sujeto pasivo del delito debe efectuarse en lógica conexión con el objeto de tutela del precepto penal. Si, como se ha dicho, el consumidor merece protección por su especial posición de inferioridad frente a los oferentes

de bienes y servicios, lógicamente deberá ser considerado sujeto pasivo de este delito todo aquel adquirente de bienes y servicios que se encuentre en la mencionada situación. Por ello, y como ha señalado la doctrina alemana, no hay por qué negar la inclusión en este sujeto pasivo a los inexpertos pequeños empresarios que efectúan adquisiciones a grandes y poderosas empresas, ya que aquí se constata una evidente posición de inferioridad de los primeros. Consecuentemente, se ha defendido aquí un “concepto fáctico de consumidor”, atendiendo en cada caso concreto al círculo de sujetos a los que se dirige la publicidad, para constatar si se hallan en una verdadera situación de indefensión que permita atribuirles la condición de sujetos pasivos del delito de publicidad falsa.

XI. Antes de analizar la conducta típica, se ha procedido a definir exhaustivamente en qué consiste la “actividad publicitaria”, es decir, en qué ámbito se ejecuta este delito. El concepto de publicidad ya fue ofrecido al comienzo de esta Segunda parte, y cabe recordar que se centra en el carácter económico-mercantil de la actividad, es decir, en la promoción de bienes o servicios en el mercado.

La redacción típica del artículo 282 se refiere a “ofertas y publicidad”. El empleo del término “ofertas” no viene a ser más que una concreción del amplio concepto de publicidad, ya que éste incluye cualquier tipo de comunicación con el fin de promocionar bienes o servicios, incluso el mismo etiquetado. Lo que sí cabe plantearse es si la mención de la palabra “ofertas” permite incluir en el tipo las ofertas individuales. Como ha señalado diversa doctrina, sobre todo en Alemania, sí cabe considerar comunicación publicitaria a las ofertas individuales siempre que se repitan a un número considerable de individuos y se mantenga el mismo mensaje, no en su forma estricta pero sí en su contenido.

Finalmente, se han estudiado otros tipos de publicidad que, según algunos autores, deberían haber sido sancionadas penalmente, del mismo modo que la publicidad falsa apta para perjudicar económicamente a los consumidores: se trata de la publicidad subliminal y de la publicidad vulneradora de derechos constitucionales. Los mensajes publicitarios subliminales atentan en realidad contra

la libertad del individuo, y por lo tanto, si se quieren sancionar penalmente, debe hacerse en el ámbito de los delitos de coacciones. No obstante, el tipo de coacciones requiere que los atentados a la libertad personal sean realizados con violencia, y en este último concepto no se incluyen las técnicas de inducción en la mente que caracterizan a la publicidad subliminal. De todos modos, debe recordarse que esta modalidad publicitaria está prohibida en la Ley general de publicidad, pudiéndose ejercitar contra ella las medidas previstas en esta ley.

Por lo que respecta a la publicidad vulneradora de derechos constitucionales, se ha comprobado que la realización de esta conducta puede integrarse en preceptos penales ya existentes, ubicados en el Título XXI del Código penal, que contiene los delitos contra la Constitución, y concretamente en su Capítulo 4º, donde se tipifican los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas. En estas figuras delictivas se recoge una variedad de conductas que suponen la vulneración de derechos constitucionales, y entre ellas se encuentran la difusión de informaciones injuriosas, el escarnio público y actuaciones semejantes que implican publicidad; de hecho, y como ha puesto de manifiesto cierta doctrina, en alguna de estas normas se han tipificado actuaciones que dudosamente necesitan y merecen sanción penal. Por lo tanto la publicidad vulneradora de derechos constitucionales, o bien puede integrarse en alguno de estos preceptos, o bien contra ella pueden aplicarse los mecanismos previstos en la Ley general de publicidad.

**XII.** El siguiente paso ha sido analizar el objeto material de este delito, que viene constituido por los “productos y servicios” en general; esta ausencia de restricción permite incluir en el ámbito típico también la publicidad sobre títulos-valores. Lo que sí puede criticarse es que se haya abandonado la técnica empleada por el prelegislador, consistente en establecer una lista cerrada y taxativa de aquellos elementos más relevantes de los bienes y servicios, sobre los que ha de recaer la inveracidad publicitaria. Así, tras un examen de los Proyectos y de las soluciones de Derecho comparado, se ha propuesto que las falsedades deberían referirse a los siguientes extremos de los productos y servicios: naturaleza, origen, modo y fecha de fabricación, fijación del precio, cantidad de existencias, virtudes,

alcance de los compromisos asumidos por el anunciante y otras posibles circunstancias de carácter esencial. Aunque el tipo penal no contenga una enumeración en este sentido, no debe olvidarse que el precepto exige que la publicidad falsa ha de ser apta para causar un perjuicio económico; por lo tanto, la verificación de este elemento de aptitud significa que van a quedar fuera de la órbita típica las inveracidades relativas a aspectos accidentales de un bien o servicio. Asimismo, esta referencia al elemento de idoneidad lesiva supone que deberían incluirse en el tipo sólo los productos o servicios realmente importantes para el consumidor, rechazando la tipicidad, en determinados casos, de falsedades publicitarias referidas a productos insignificantes o a bienes de lujo.

Finalmente, se han hecho algunas puntualizaciones también referidas al objeto material. Así, debe quedar claro que no son típicas las declaraciones falsas sobre circunstancias subjetivas que tengan que ver con el anunciante; obligatoriamente la falsedad ha de recaer sobre extremos propios del bien o servicio. Lo que sí podría incluirse en el tipo es la inveracidad referida a circunstancias de la actividad comercial aunque no sean de carácter tangible, como por ejemplo el destino que van a recibir los beneficios obtenidos de la venta de un producto; no obstante, debe recordarse que hay que constatar después el elemento de aptitud lesiva, de modo que no siempre un ejemplo como el propuesto será realmente idóneo para perjudicar al consumidor. Precisamente este elemento de aptitud debe tenerse muy en cuenta para determinar si se integran o no en el ámbito típico otras falsedades que en principio no cabría excluir del precepto: una publicidad de tono excluyente en la que el anunciante se atribuye falsamente una posición de superioridad en el mercado; alegaciones falsas que recaen sobre un obsequio facilitado con el bien o servicio adquiridos; o publicidad sobre productos o servicios inexistentes.

**XIII.** La conducta típica se define con las expresiones “hacer alegaciones falsas” y “manifestar características inciertas”, que realmente tienen un significado equivalente. En España y sobre todo en Alemania, la doctrina se ha dividido entre quienes interpretan la falsedad en un sentido subjetivo, y quienes le otorgan un

carácter objetivo. Los que definen la falsedad de forma subjetiva consideran que un mensaje publicitario es inveraz cuando así lo interpreta el público, concretamente el “consumidor medio”, definido como aquel consumidor ni excesivamente perspicaz ni completamente despreocupado; hay que resaltar que las características del consumidor medio se determinarán según el concreto círculo de destinatarios de la publicidad, ya que no es lo mismo dirigir un mensaje al público en general, a sujetos especializados o a personas ancianas. De todos modos, la interpretación más correcta es sin duda la de carácter objetivo, no sólo porque respeta el significado literal del término “falso”, sino porque aporta mayores dosis de seguridad jurídica el hecho de interpretar que la publicidad falsa es aquélla que presenta una discordancia real y objetiva con la realidad.

Ha merecido una reflexión específica el tema de las exageraciones publicitarias, dada la frecuencia con que las encontramos en publicidad. Este tipo de alegaciones no son típicas porque no pueden considerarse objetivamente falsas, ya que contienen un núcleo de verdad acompañado de elogios altisonantes, de frases que exaltan las propiedades de un bien o servicio de un modo tal que no es creíble para el público. El problema se presenta a la hora de delimitar cuándo estamos ante una exageración publicitaria y cuándo se trata ya de una alegación objetivamente falsa. Tomando como base la doctrina mercantilista, se han propuesto las siguientes pautas diferenciadoras: atender a la composición, estructura y significado del mensaje publicitario; tener en cuenta la naturaleza del bien o servicio o el sector económico al que pertenece el anunciante; considerar las características y envergadura de la empresa que emite la publicidad; prestar atención a la índole del medio por el que se difunde el mensaje; y tomar en consideración las características del concreto círculo de consumidores al que se dirige la comunicación publicitaria.

Cercanos a las exageraciones publicitarias se hallan los juicios de valor, si bien éstos constituyen únicamente opiniones favorables a un bien o servicio, emitidas con el objeto de resaltar sus cualidades. Dado que sólo se trata de apreciaciones subjetivas, no son susceptibles de una comprobación objetiva, a no ser que tal juicio de valor descansa en un dato real que pueda ser corroborado.

Finalmente, en relación con la conducta típica se ha hecho referencia a la posibilidad de integrar comportamientos omisivos en el tipo del artículo 282 del Código penal. En principio, en este precepto no se tipifica expresamente ningún comportamiento de esta clase, es decir, no existe en este ámbito una “omisión pura”. Por otra parte, tampoco se puede verificar una “omisión referida a un resultado”, ya que este tipo penal no requiere ningún resultado, sino únicamente la “posibilidad de un resultado de peligro”. De todos modos, sí sería factible incluir en el tipo alguna conducta omisiva en la medida en que se integre en una acción positiva de difusión de publicidad falsa; es decir, una omisión de datos cobrará relevancia penal si, como consecuencia de ella, el bien o servicio anunciados aparecen de modo objetivamente distinto a lo que son en realidad. En tales casos no estaríamos verdaderamente ante una omisión, sino ante un “acto concluyente positivo”: el silencio sobre unos datos integrado en la manifestación de otras características de un producto o servicio.

Partiendo del hecho de que el anunciante no está obligado a comunicar en su publicidad todo lo relacionado con su producto o servicio, resulta ciertamente complicado determinar cuándo la omisión de unos datos va a ser lo suficientemente relevante como para dar lugar a un acto concluyente positivo de difusión de publicidad falsa. Es evidente que las circunstancias omitidas han de ser realmente esenciales para la oferta, ya que sólo si la característica omitida es esencial se puede desvirtuar la verdadera imagen de un producto. Así, el único criterio general que se puede ofrecer es que debe interpretarse cuidadosamente cada caso concreto para averiguar, por un lado, si el dato omitido es realmente esencial y, por otro lado, si tal dato guarda una estrecha relación con las manifestaciones publicitarias emitidas, de tal modo que su ocultación dé una imagen realmente falsa del bien o servicio.

XIV. Como se ha venido poniendo de relieve, para realizar el tipo del artículo 282 no basta con la difusión de publicidad falsa, sino que además ésta debe ser objetivamente idónea para causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores. De lo que se trata es de sancionar las falsedades publicitarias verdaderamente relevantes, las que supongan un mayor peligro para el patrimonio



de los consumidores. Así, por ejemplo, y como ya se ha dicho al delimitar el objeto material de este delito, sólo será típica la publicidad falsa que recaiga sobre aspectos esenciales de los bienes y servicios. El carácter genérico de este elemento de aptitud obliga a ofrecer algunas pautas que guíen al juzgador a la hora de determinar cuándo se verifica la mencionada idoneidad lesiva; así, puede atenderse también a circunstancias como las siguientes: el número de potenciales perjudicados, el coste del producto o servicio, la disponibilidad económica de los destinatarios de la publicidad, etc. En fin, será necesario un examen pormenorizado de las circunstancias del caso concreto para determinar cuándo se da la posibilidad de causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores.

**XV.** El artículo 282 del Código penal es un delito especial propio, ya que exige que los sujetos activos del delito sean “fabricantes o comerciantes”. En la misma línea que propugna la doctrina mercantilista, debe efectuarse una interpretación amplia de tales conceptos, principalmente del término “comerciante”, ya que se trata de un vocablo que actualmente ha quedado obsoleto y se considera equivalente al “empresario”.

**XVI.** Con respecto al tipo subjetivo, debe partirse de que nos encontramos ante un delito doloso, siendo admisible también la comisión a título de dolo eventual. Se ha tomado aquí como base la corriente doctrinal, aplicada sobre todo al Derecho penal económico, que propone vincular la existencia de dolo únicamente al conocimiento de los elementos de la conducta típica por parte del autor: evidentemente, si un sujeto conoce todas las circunstancias definidoras de la acción típica y aún así actúa, es evidente que existe una voluntad de realizar el tipo. Para determinar cuándo el autor conoce verdaderamente los elementos típicos, se ha sugerido que es útil tomar como base la posición social del sujeto como oferente de bienes y servicios en el mercado: el hecho de que la publicidad se realice en la esfera de la actividad profesional del sujeto determina generalmente que éste conoce las características de sus bienes y servicios. No obstante, no se puede

mantener esta afirmación con carácter general, y es perfectamente admisible que el autor sufra un error de tipo, lo cual derivará en la impunidad de la conducta.

**XVII.** En el ámbito de la culpabilidad, lo único que ha merecido una breve mención es la posibilidad de constatar un error de prohibición en quien comete el delito. No obstante, y aludiendo de nuevo al hecho de que los autores de la conducta son profesionales cuya actividad se centra en el ofrecimiento de bienes y servicios en el mercado, como regla general no parece imaginable que se puedan apreciar supuestos de error de prohibición.

**XVIII.** A continuación, se ha tratado el tema de la consumación del delito y de la posibilidad de apreciar el tipo de tentativa. La consumación no requiere más que la difusión de la publicidad, siempre que presente las dos características básicas exigidas en el tipo: falsedad e idoneidad para causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores. En cuanto a la tentativa, no existe conceptualmente ningún obstáculo para apreciarla; así, sería imaginable en supuestos como los siguientes: cuando la publicidad queda paralizada antes de difundirse por un medio de comunicación; en el caso de un anuncio publicitario ya programado, y del que se ha difundido una primera parte, pero las inveracidades se encuentran en un segundo bloque aún no emitido, etc.

**XIX.** El análisis de las cuestiones de autoría y participación ha diferenciado tres grandes bloques temáticos. En primer lugar, se han determinado los diferentes grados de responsabilidad de los empresarios anunciantes y de las agencias de publicidad, distinguiendo un amplio abanico de posibilidades.

Por un lado nos encontramos con el caso, bastante común, en el que la publicidad es elaborada por agencias publicitarias que han recibido del anunciante todos los datos relativos al producto o servicio en cuestión, entre los cuales se halla algún dato inveraz que evidentemente las agencias no conocen. En tales supuestos, los empresarios anunciantes serían autores mediatos del delito de publicidad falsa, utilizando como instrumento a las agencias publicitarias.

No obstante también sería imaginable, aunque menos frecuente, que los agentes publicitarios decidiesen por sí mismos cometer el delito de publicidad falsa, en calidad de verdaderas autoras. Aunque en principio esta posibilidad puede parecer inviable, dada la configuración del artículo 282 como un delito especial propio, la solución es aportada por el artículo 31 del Código penal, que permite atribuir responsabilidad penal al que actúe en lugar o representación de otro, aunque no concurren en él las cualidades exigidas en la correspondiente figura delictiva. Así, puede entenderse que el agente publicitario actúa en nombre o representación del empresario, ya que su conducta es materialmente idéntica a la que desarrolla el sujeto cualificado en el artículo 282, o en otras palabras, el agente se halla en una situación de dominio que resulta equivalente a una posición de garante con respecto al bien jurídico protegido.

Como tercera posibilidad, cabe imaginar que el anunciante y el agente de publicidad hayan actuado de común acuerdo, con lo cual podría hablarse de una coautoría, ya que el empresario respondería como sujeto cualificado y el agente en virtud del citado artículo 31 del Código penal. Cabe imaginar, de todos modos, más posibilidades: así, es factible que el agente publicitario sea el auténtico autor del delito, y el anunciante actúe como mero inductor; o podría ocurrir que el empresario elabore y prepare la publicidad en calidad de autor, constituyendo la conducta del agente una mera cooperación necesaria; o en sentido inverso a este último supuesto, la idea rectora y todo el proceso delictivo pueden ser desarrollados por el agente publicitario, de modo que éste sería el autor del delito y el anunciante actuaría como cooperador necesario.

Finalmente, se ha hecho referencia a los supuestos de publicidad difundida mediante la repetición de ofertas individuales a múltiples personas, actividad esta última que generalmente no es desempeñada por el propio oferente de bienes y servicios, sino por un representante. Por lo tanto, las opciones son semejantes a las que se acaban de referir: puede ser autor mediato el empresario, utilizando a su representante como un mero instrumento; o puede ser auténtico autor el representante, en virtud de la aplicación del artículo 31 del Código penal.

El segundo bloque temático tratado en materia de autoría y participación es el relativo a la atribución de responsabilidades cuando el autor del delito de publicidad falsa es una persona jurídica, lo cual ocurrirá en la mayoría de los casos. Para efectuar este análisis, se ha partido de dos supuestos diferenciados: los casos en que el Departamento de publicidad de la empresa tiene plena autonomía, y los otros casos en que la actividad de este Departamento es supervisada siempre por el órgano directivo de la empresa. Precisamente este último supuesto es el más sencillo ya que, como los directivos son los únicos que realmente toman la decisión sobre la difusión de la publicidad delictiva, son ellos los verdaderos autores; si los miembros del Departamento han prestado dolosamente su colaboración, serán responsables como cooperadores.

La situación es más complicada cuando el directivo, haciendo uso del mecanismo de delegación de competencias, otorga al Departamento de publicidad plenas facultades para tomar todas las decisiones relativas a la actividad publicitaria de la empresa. Esto provoca que sean los miembros de este Departamento los auténticos autores del delito de publicidad falsa, a no ser que el directivo, aportándoles información falsa, los haya utilizado como meros instrumentos, de modo que sólo el directivo será el autor (mediato) del delito.

No obstante, aunque el Departamento de publicidad actúe de forma autónoma, subsiste una responsabilidad originaria del empresario que ha efectuado las alegaciones; es decir, se le atribuye responsabilidad penal al delgado porque le corresponde una "posición de garantía inicial" por haber creado una organización para la producción y distribución de bienes y servicios, lo cual conlleva asumir el compromiso de no causar hechos lesivos derivados de la propia actividad organizatoria. Así, y con referencia al concreto delito de publicidad falsa, se ha concluido que el directivo delegante sería responsable a título de participe por omisión si se demuestra que realmente podía controlar e impedir la producción del hecho delictivo.

La solución ofrecida está en consonancia con las previsiones de algunas leyes de nuestro entorno; este tema ha preocupado especialmente al legislador alemán y al francés, ya que han regulado cuestiones de autoría y participación en el

ámbito de la propia norma que sanciona la publicidad engañosa. Así, el artículo 4 de la Ley alemana de competencia desleal atribuye responsabilidad penal a los propietarios y directores de empresa, siempre y cuando estén al corriente de la conducta delictiva llevada a cabo por sus subordinados. Por otra parte, en Francia el Código de consumo exime de responsabilidad al anunciante cuando haya delegado sus poderes; no obstante, la jurisprudencia ha matizado que, para admitir tal exoneración, debe tratarse de una delegación auténtica y rigurosa, y debe constatar que realmente el directivo no poseía ningún tipo de control sobre la actividad delegada.

El tercer y último bloque temático tratado en sede de autoría y participación es el relativo a la posibilidad de aplicar al delito de publicidad falsa el artículo 30 del Código penal, el cual establece un régimen de responsabilidad escalonada para aquellos delitos cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos. Algunos autores han afirmado que este artículo 30 no es aplicable al delito del artículo 282 del Código penal, pues consideran que el citado régimen de responsabilidad fue previsto únicamente para los delitos consistentes en la difusión de un contenido de pensamiento punible. Sin embargo, lo cierto es que no existe ninguna base legal que impida aplicar el artículo 30 al delito de publicidad falsa, ya que este precepto nada indica al respecto, y de su concreta redacción se deduce que será aplicable a aquellas infracciones cuyo pleno sentido del injusto se capten en virtud del conocimiento generalizado de lo que alguien dice. Por lo tanto, ni existen obstáculos que impidan aplicar este régimen de responsabilidad escalonada al artículo 282, ni se produce laguna de punibilidad alguna como consecuencia de tal aplicación. Cuestión aparte sería proponer, como ha hecho algún autor, la eliminación del sistema de responsabilidad previsto en el artículo 30; pero mientras esto no ocurra, tal precepto será de obligada aplicación.

**XX.** A continuación, se han analizado las cuestiones relativas a la unidad y pluralidad de delitos, es decir, se han examinado las posibles situaciones concursales que se pueden plantear, y se ha hecho referencia a las figuras del delito continuado y del delito masa.

En primer lugar, se ha reconocido que puede existir un concurso real de delitos entre la publicidad falsa y la estafa. Dado que el delito del artículo 282 comprende únicamente conductas peligrosas para el patrimonio del colectivo global de consumidores, cuando se verifiquen concretos daños económicos deben apreciarse además los correspondientes delitos de estafa.

En segundo lugar, también destaca la variedad de situaciones concursales que pueden producirse entre el delito de publicidad falsa y los delitos contra la salud pública. Por una parte, existen algunas conductas delictivas centradas en la difusión de publicidad de sustancias dañinas para la salud: estos concretos delitos contra la salud pública, con una pena notablemente superior a la del artículo 282, absorberán ya todo el desvalor propio de esta última infracción, siempre que la publicidad falsa recaiga sobre los mismos elementos que abarca el delito contra la salud pública; en caso contrario, se produciría una auténtica situación concursal. En relación con los demás delitos contra la salud pública no referidos a la emisión de publicidad, podrán constatarse situaciones de concurso real, y lo mismo ocurrirá con las posibles lesiones o muertes que se produzcan como consecuencia del consumo de las sustancias peligrosas para la salud.

En tercer lugar, se han tratado las posibles relaciones entre el delito de publicidad falsa y el delito de falsedad en los documentos de una sociedad. La conclusión a la que se ha llegado es que la publicidad falsa constituye un acto posterior copenado; debe recordarse que el falseamiento de los documentos sociales ha de realizarse de manera idónea para perjudicar a la sociedad, a un socio o a un tercero, y una de las formas de conseguir que la falsedad presente esa aptitud lesiva consiste precisamente en difundirla al público.

En cuarto lugar, se ha tratado la concurrencia entre el delito del artículo 282 y los delitos contra la propiedad industrial, concluyéndose que puede existir un concurso real entre la publicidad falsa y la utilización indebida de denominaciones de origen o de indicaciones geográficas.

En quinto lugar, se ha hecho referencia a las relaciones del artículo 282 con otro genuino delito socioeconómico de consumo: el delito de facturación ilícita en perjuicio del consumidor tras la previa alteración de aparatos automáticos que

miden el precio de los bienes o servicios. Pueden imaginarse supuestos en que el delito de facturación ilícita absorba al de publicidad falsa: así, por ejemplo, en el hipotético caso de difusión de una campaña publicitaria centrada precisamente en resaltar la corrección de los aparatos automáticos manipulados; pero cuando la publicidad verse sobre otros extremos relacionados con los bienes o servicios, estaremos ante un concurso real de delitos.

Por último, se ha hecho referencia a la posibilidad de aplicar al artículo 282 las figuras del delito continuado y del delito masa. Por la que respecta a la primera, no existe ningún inconveniente siempre que se cumplan los requisitos exigidos en el artículo 74.1 del Código penal. Por el contrario será imposible apreciar aquí la figura del delito masa ya que, como resulta de la dicción literal del artículo 74.2, se halla pensada para delitos de resultado material lesivo para el patrimonio, y el delito de publicidad falsa sólo abarca la posibilidad de resultado de peligro para una multiplicidad de patrimonios.

**XXI.** La pena prevista para el delito de publicidad falsa es de prisión de seis meses a un año o multa de seis a dieciocho meses. Como comentario a esta penalidad, se ha hecho un repaso de las ventajas e inconvenientes de la aplicación a los delincuentes económicos de las penas de prisión y multa; asimismo, se ha sugerido la idoneidad de otras penas como la inhabilitación y la prohibición de obtener ventajas fiscales y subvenciones.

**XXII.** Para concluir, se ha hecho referencia a otras disposiciones aplicables al delito de publicidad falsa. Por una parte, el artículo 287 del Código penal establece un requisito de procedibilidad: denuncia de la persona agraviada, a no ser que el delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas. En relación con el delito de publicidad falsa, la excepción ha pasado a ser la regla: dado que se trata de una figura delictiva cuya esencia se halla en la afectación a un colectivo de personas, no será necesaria la previa denuncia.

Por último, el artículo 288 del Código penal prevé una serie de sanciones accesorias: publicación de la sentencia y aplicación de las medidas contenidas en el

artículo 129 del Texto punitivo. La sentencia se publicará en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el juez puede ordenar su publicación en otro medio informativo; a estos efectos, debe entenderse que perjudicado puede ser cualquier consumidor o también una asociación de consumidores. Por último, el artículo 129 del Código penal prevé una serie de medidas aplicables a las personas jurídicas, que van desde la clausura de la empresa hasta la prohibición de realizar en el futuro actividades de la clase de aquella en cuyo ejercicio se ha cometido el delito.



## BIBLIOGRAFÍA

- AAVV, *Vers un Code européen de la consommation. Actes et débats de Colloque Lyon, 12-13 décembre 1997*, Bruylant, Bruxelles 1998.
- ABANTO VÁSQUEZ, M.A., *Derecho penal económico. Parte especial*, IDEMSA, Lima 2000.
- ABELLÁN HONRUBIA, V. / VILÀ COSTA, B. (Dir.), *Lecciones de Derecho comunitario europeo*, Ariel, Barcelona 1998.
- ACALE SÁNCHEZ, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Comares, Granada 2000.
- ACHENBACH, H., *Aus der 1989/1990 veröffentlichten Rechtsprechung zum Wirtschaftsstrafrecht*, en NStZ 1991, nº 9, pág. 409.
- AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, EDERSA, Madrid 1999.
- ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, Bosch, Barcelona 1997, Tomo II, Vol. II.
- ALBRECHT, U., *Zusätzliche Straf- und Bussgeldtatbestände im Werberecht*, en WRP 1974, nº 12, pág. 656.
- *Zur geplanten Reform des 4 UWG*, en WRP 1976, nº 5, pág. 277.
- ALESSANDRI, A., *Offerta di investimenti finanziari e tutela penale del risparmiatore*, en Mercato finanziario e disciplina penale (AAVV), Giuffrè, Milano 1993.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid 1991.
- ALIBRANDI, L. (a cura di), *Il Codice penale commentato per articolo con la giurisprudenza*, La Tribuna, Piacenza 1999.
- ALPA, G. / CAPRIGLIONE, F., *Commentario al Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, CEDAM, Padova 1998.

- ÁLVAREZ LATA / BUSTO LAGO / PEÑA LÓPEZ / ROVIRA SUEIRO, *Normas reguladoras de la responsabilidad civil, concordadas y anotadas jurisprudencialmente*, Comares, Granada 1998.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Bien jurídico y Constitución*, en CPC 1991, nº 43, pág. 5.
- *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- DI AMATO, A., *Diritto penale dell'impresa*, Giuffrè, Milano 1999.
- DI AMATO / ZANETTI, *Codice di Diritto penale dell'impresa*, Giuffrè, Milano 1995.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. / ALARCÓN NAVÍO, E., *El Código Penal francés. Traducido y anotado*, Comares, Granada 2000.
- ARENAS RODRÍGÁÑEZ, M.P., *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, EDERSA 1992.
- ARROYO ZAPATERO, L., *Manual de Derecho penal del trabajo*, Praxis 1988.
- *El abuso de información privilegiada en el Derecho español vigente y en el Proyecto de Código Penal*, en Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Madrid 1995, pág. 45.
- *Delitos socioeconómicos*, en Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte especial), CGPJ, Madrid 1996, pág. 351.
- *Derecho penal económico y Constitución*, en Revista Penal 1997, nº 1, pág. 1.
- ARZT / WEBER, *Strafrecht. BT*, Giesecking, Bielefeld 2000.
- ASSMANN, H.D / SCHÜTZE, R.A., *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, C.H. Beck, München 1997.
- AURIOLES MARTÍN, A., *La protección de los usuarios de servicios bancarios y la normativa sobre transparencia de las operaciones*, en La Ley 1991-3, pág. 892.
- AYALA GÓMEZ, I., *El delito masa*, en Unidad y pluralidad de delitos, CGPJ, Madrid 1995, pág. 269.

- AZZALI, G., *Concorso di reati e concorso apparente di norme in tema di frode nel commercio del vino*, en RIDPP 1966, pág. 1384.
- . *La responsabilità penale del produttore per danni alla salute*, en RTDPE 1991, nº 4, pág. 849.
- BACHARACH DE VALERA, S., *La acción de cesación para la represión de la competencia desleal*, Tecnos, Madrid 1993.
- BACIGALUPO, E. (Dir.), *Curso de Derecho penal económico*, Marcial Pons 1998.
- BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona 1998.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Civitas, Madrid 1978.
- . *Los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal*, en RFDUCM 1980, nº 3, pág. 17.
- . *El Proyecto de Código Penal y el artículo 38 de la Constitución*, en La reforma penal y penitenciaria, Santiago de Compostela 1980, pág. 433.
- . *Marco constitucional del Derecho penal económico*, en CLP 1982, Tomo I, pág. 233.
- . *Presupuestos necesarios para una eficaz protección del consumidor*, en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid 1983, nº 3, pág. 17.
- . *Delito masa*, en CLP 1985, Tomo V, Vol. 2º, pág. 1249.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. (dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, Ramón Areces, Madrid 1998, Vol. II.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, Ramón Areces, Madrid 2001.
- BAJO FERNÁNDEZ / PÉREZ MANZANO / SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho penal (Parte especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*, Ramón Areces, Madrid 1993.
- BARATTA, A., *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica*, en Pena y Estado 1991, nº 1, pág. 37.

- *Jenseits der Strafe - Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft. Zur Neubewertung der Funktionen des Strafrechts*, en *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg 1993, pág. 393.
- BARBERO SANTOS, M., *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, en , en *ADPCP 1973, Fasc. III*, pág. 487.
- *Los delitos económicos en la legislación española*, en *RFDUCM 1987*, pág. 99.
- BARÓ I BALLBÉ, M.J., *La publicitat il·lícita i la defensa dels consumidors*, Generalitat de Catalunya, Barcelona 1992.
- BARONA VILAR, S., *Tutela civil y penal de la publicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- *Competencia desleal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- BAUMANN / WEBER / MITSCH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Giesecking, Bielefeld 1995.
- BAUMBACH / HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, C.H. Beck, München 1999.
- BAYLOS, A. / TERRADILLOS, J., *Derecho penal del trabajo*, Trotta, Madrid 1997.
- BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona 1986.
- BEÇA PEREIRA, A., *Regime geral das contra-ordenações e coimas*, Almedina, Coimbra 1992.
- BELLANTONI, D., *Tratatto di Diritto penale degli alimenti*, CEDAM, Padova 1993.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *La competencia desleal*, en *Derecho de los Negocios 1992*, nº 20, pág. 1.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. / BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid 1987.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. / LEGUINA VILLA, J. (coord.), *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, Tecnos, Madrid 1997.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. / SALAS HERNÁNDEZ, J. (coord.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid 1992.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *La reforma de los delitos contra la propiedad industrial*, en Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia 1983, vol. 2, pág. 735.
- BERISTAIN IPIÑA, A., *Ciencia penal y criminología*, Tecnos, Madrid 1986.
- BERNAL DEL CASTILLO, J., *La discriminación en el Derecho penal*, Comares, Granada 1998.
- BIHL, L., *Droit pénal de la consommation*, Nathan 1989.
- BOCCARDI, M., *Le false informazioni contenute nei prospetti previsti dall'art. 18 L. 216/74*, en L'Indice Penale 1991, n° 2, pág. 407.
- BOIX REIG / GONZÁLEZ CUSSAC, *Riesgos catastróficos*, en CLP 1992, Tomo XIV, Vol. 1º, pág. 167.
- BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000.
- BOTANA GARCÍA, G. A., *Noción de consumidor en el Derecho comparado*, en EC 1990, n° 18, pág. 51.
- BOTANA GARCÍA, G. / RUIZ MUÑOZ, M. (coord.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, McGrawHill, Madrid 1999.
- BOTTKE, W., *Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica*, en Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto (Mir Puig, S. / Luzón Peña, D.M., coord.), Bosch, Barcelona 1996, pág. 129.
- BRICOLA, F., *Partecipazione e giustizia penale. Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, en La Questione Criminale 1976, n° 2, pág. 7.

- . *Profili penali della pubblicità commerciale*, en *Scritti di Diritto penale* (Bricola, F.), Vol. II, Tomo I, Giuffrè, Milano 1997, pág. 2169.
- BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho mercantil*, Tecnos, Madrid 1994.
- BUENO ARÚS, F., *Las sanciones penales en los delitos contra los consumidores*, en *PJ n° especial IX*, 1988, pág. 301.
- BUENO CAMPOS, E., *Organización de empresas. Estructura, procesos y modelos*, Pirámide, Madrid 1996.
- BUSTOS PUECHE, J.E., *Derecho civil, Derecho mercantil, Derecho del consumo*, en *La Ley 1990-3*, pág. 857.
- CALAIS-AULOY, J. / STEINMETZ, F., *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris 2000.
- CANTARERO BANDRÉS, R., *Problemas penales y procesales del delito continuado*, PPU, Barcelona 1990.
- CAPPELLI, E., *Questioni in tema di etichettatura, presentazione e pubblicità dei prodotti alimentari*, en *La Giustizia Penale* 1992, Fasc. XII, pág. 670.
- CARRASCO ANDRINO, M. M., *La protección penal del secreto de empresa*, Cedecs 1998.
- . *La publicidad engañosa y el Derecho penal (una aproximación al tipo del artículo 282 del CP)*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia 2000.
- CARTAGENA PASTOR, F., *Publicidad ilícita y delito de publicidad engañosa*, en *EC* 1998, n° 45, pág. 109.
- CASTELLÓ NICÁS, N., *El concurso de normas penales*, Comares, Granada 2000.
- CASTIÑEIRA PALOU, M. T., *El delito continuado*, Bosch, Barcelona 1977.
- . *El delito masa en el Tribunal Supremo español*, en *Estudios penales. Libro homenaje al Prof. Antón Oneca*, Salamanca 1982, pág. 139.
- CEREZO MIR, J., *Derecho penal. Parte general. Lecciones 26-40*, UNED, Madrid 2000.

- CERVELLÓ DONDERIS, V., *Sujeto pasivo masa y fraude colectivo*, en Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Prof. Manuel Broseta Pont (AAVV), Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 1995, pág. 683..

- CILLERO DE CABO, P., *La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*, Civitas, Madrid 2000.

- COBO DEL ROSAL, M., *Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad*, en CPC 1995, nº 56, pág. 429.

· *Sobre el delito continuado (consideraciones doctrinales y jurisprudenciales)*, en Unidad y pluralidad de delitos, CGPJ, Madrid 1995, pág. 241.

- COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, Marcial Pons 1997, Vol. I.

· *Compendio de Derecho penal español (Parte especial)*, Marcial Pons 2000.

- COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.

- COBREROS MENDAZONA, E., *Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado*, en Revista Vasca de Administración Pública, 1987, nº19, pág. 27.

- *Code de la consommation*, Dalloz, Paris 1999.

- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II, Trivium, Madrid 1997.

- CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal de 1992 del Consejo General del Poder Judicial*, en CPC 1992, nº 48, pág. 645.

- CONTE, P. / MAISTRE DU CHAMBON, P., *Droit pénal général*, Armand Colin, Paris 2000.

- CORCOY BIDASOLO, M., *Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública*, en ADPCP 1989, Fasc. I, pág. 331.

· *Responsabilidad penal derivada del producto. En particular, la regulación legal en el Código penal español: delitos de peligro*, en Responsabilidad penal de las

empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto (Mir Puig, S. / Luzón Peña, D.M., coord.), Bosch, Barcelona 1996, pág. 247.

· *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.

- CORREDOIRA Y ALFONSO, L., *Comentarios a la Ley de Publicidad*, Bosch, Barcelona 1993.

- CORRERA, C., *La difesa del consumatore dalle frodi in commercio II. Le frodi qualitative*, Giuffrè, Milano 1983.

- CRESPI / ZUCCALÀ / STELLA, *Comentario breve al Codice Penale*, Milano 1996.

- CUADRADO RUIZ, M.A., *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, Bosch, Barcelona 1998.

· *¿Protege el Derecho penal a los consumidores?*, en AP 1999-1, marg. 379.

- CUERDA ARNAU, M. L., *Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal*, en Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, Valencia 1997, Vol. I., pág. 447.

- CUERDA RIEZU, A., *Contribución a la polémica sobre el delito publicitario*, en EC 1995, nº 35, pág. 67.

- DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Respuesta penal al peligro nuclear*, Barcelona 1994.

· *Protección penal de los consumidores*, en Actualidad Jurídica Aranzadi 2001, nº 86, pág. 55.

- CUESTA GARCÍA DE LEONARDO, A., *Publicidad engañosa (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de octubre de 1991)*, en PJ 1992, nº 26, pág. 171.

- CUGAT MAURI, M., *La protección de intereses colectivos: el caso del delito publicitario*, en El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz (Quintero Olivares / Morales Prats, coord.), Aranzadi 2001, pág. 1167.

- CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito publicitario en el nuevo Código Penal*, en Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 256, 25-7-1996.



- DAUSES, M.A., *La jurisprudencia del TJCE en materia de protección del consumidor y libertad publicitaria en el mercado interior*, en *Autocontrol de la Publicidad* 2000, nº 39, pág. 22.

- DELMAS-MARTY, M., *Droit pénal des affaires*, PUF, Paris 1990, Tomos I y II.

- DESPORTES, F. / LE GUNEHÉC, F., *Le nouveau Droit pénal*, Tomo I, Ed. Economica, Paris 1998

- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona 1991.

· *Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error*, en *Cuestiones actuales de la teoría del delito* (Luzón Peña, D.M. / Mir Puig, S., dir.), McGrawHill, Madrid 1999, pág. 61.

- DÍAZ PALOS, F., *Delito continuado*, en *CLP* 1985, Tomo V, Vol. 1º, pág. 443.

- DÍAZ PITA, M.M., *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia 1994.

- DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Vol. II, Tecnos, Madrid 1999.

- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal*, en *El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal*, CGPJ, Madrid 1996, pág. 217.

· *Los delitos de lesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997.

· *El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista*, en *JD* 1997, nº 30, pág. 10.

· *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*, en *AP* 2001, nº 1, marg. 1.

- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. / GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial (Títulos I a VI)*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997.

- DIVIER, P.F., *Le mensonge en publicité*, Paris 1972.

- DOVAL PAÍS, A., *La regulación de los delitos de fraude alimentario nocivo en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992*, en *PJ* 1992, nº 28, pág. 147.

- *Delitos de fraude alimentario: análisis de sus elementos esenciales*, Aranzadi 1996.
- ENDRISS, R., *Strafbare Werbung beim Vertrieb von Zeitschriften*, *Wistra* 1989, nº 3, pág. 90.
- *Nochmals: Strafbare Werbung beim Vertrieb von Zeitschriften*, *Wistra* 1990, nº 9, pág. 336.
- ENTRENA CUESTA, R., *El principio de libertad de empresa*, en *El modelo económico en la Constitución española* (Garrido Falla, F., dir.), Instituto de Estudios Económicos, Madrid 1981, pág. 103.
- ESCRIVÁ GREGORI, J.M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Bosch, Barcelona 1976.
- ESPIAU ESPIAU, S. (ed.), *Condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Marcial Pons, Madrid 1999.
- DE ESTEBAN, J. / GONZÁLEZ-TREVIJANO, P.J., *Curso de Derecho constitucional español*, Madrid 1993, Tomo II.
- FABRE, R., *Droit de la publicité et de la promotion des ventes*, Dalloz, Paris 1996.
- FARALDO CABANA, P., *Algunos aspectos del delito de uso de información reservada en el mercado de valores en el Proyecto de Código Penal de 1994*, en *EPC*, nº XVIII, Santiago de Compostela 1995, pág. 45.
- *Los delitos societarios*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996.
- *Los delitos societarios. Aspectos dogmáticos y jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000.
- FARIA COSTA, J., *Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le Droit criminel et le Droit administratif-pénal*, Separata del vol. LXII (1986) del Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra 1988.
- FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito*, Bosch, Barcelona 1986.
- FELIÚ REY, M.I. / BENDITO CAÑIZARES, M.T., *Consideraciones acerca de la publicidad engañosa*, en *AC* 1989, pág. 3621.

- FERNÁNDEZ ALBOR, A. / MARTÍNEZ PÉREZ, C., *Delincuencia y economía*, Santiago de Compostela 1983.
- FERNÁNDEZ NOVOA, C., *La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias*, en RDM 1968, nº 107, pág. 13.
  - *Estudios sobre Derecho de la Publicidad*, Santiago de Compostela 1989.
  - *Reflexiones preliminares sobre la Ley de Competencia Desleal*, en La Ley 1991-2, pág. 1179.
  - *La publicidad correctora y su aplicación por los Tribunales españoles*, en Derecho de los Negocios 1991, pág. 234.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M.T., *Protección penal del secreto de empresa*, Colex, Madrid 2000.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Los delitos societarios en el Código penal español*, Dykinson, Madrid 1998.
- FERREIRA MONTE, M., *Da protecção penal do consumidor. O problema da (des)criminalização no incitamento ao consumo*, Almedina, Coimbra 1996.
- FERRÉS, J., *Televisión subliminal. Socialización mediante comunicaciones inadvertidas*, Paidós, Barcelona 1996.
- FIANDACA, G., *La tipizzazione del pericolo*, en Dei Delitti e delle Pene 1984, nº 3, pág. 441.
- DE FIGUEIREDO DIAS, J., en *Direito penal económico e europeu: Textos doutrinários (AAVV)*, Vol. I, Coimbra Editora 1998: *O movimento da descriminalização e o ilícito de mera ordenação social*, pág. 19; y *Para uma dogmática do direito penal secundário*, pág. 35.
- FONT GALÁN, J.I., *Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978*, en RDM 1979, nº 152, pág. 205.
  - *La integración publicitaria del contrato: un instrumento de Derecho privado contra la publicidad engañosa*, en Cuadernos de Derecho y Comercio 1988, nº 4, pág. 7.
- FORNASARI, G., *Il concetto di economia pubblica nel Diritto penale*, Giuffrè, Milano 1994.

- FOURGOUX, J.C. / MIHAÏLOV, J. / JEANNIN, M.V., *Principes et pratique du Droit de la consommation*, Masson, Paris 1983.
- FREDDI, A., *Contenuto e destinatario del prospetto informativo*, en Banca, Borsa e titoli di credito 1992, Fasc. II, Parte seconda, pág. 170.
- FRISCH, W., *Problemas fundamentales de la responsabilidad penal 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*, en Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto (Mir Puig, S. / Luzón Peña, D.M., coord.), Bosch, Barcelona 1996, pág. 99.
- FUHRMANN, en *Strafrechtliche Nebengesetze* (Erbs / Kohlhaas, Hrsg.), C.H. Beck, München 1997, 123 ErgLfg.
- FUSI, M. / TESTA, P. / COTTAFAVI, P., *La pubblicità ingannevole (Commento al D.LG. 25 gennaio 1992, n. 74)*, Giuffré, Milano 1993.
- GÄBHARD, B., *Das Tatbestandsmerkmal der "wesentlichen Umstände" beim Kapitalanlagebetrug*, Freiburg i. Br. 1993.
- GALLAS, W., *Abstrakte und konkrete Gefährdung*, en Festschrift für Ernst Heintz zum 70 Geburtstag (Lüttger, H. / Blei, H. / Hanau, P., Hrsg.), Walter de Gruyter, Berlin 1972, pág. 171.
- GALLEGRO 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*, Bosch, Barcelona 1999.
- *Patrimonio y perjuicio patrimonial en Derecho penal. Aproximación sistemática a los delitos contra intereses patrimoniales*, Tesis doctoral, Universitat de Barcelona 2001.
- VON GAMM, O.F., *Wettbewerbsrecht*, Band I, Carl Heymanns 1987.
- GARCÍA ALBERO, R., *La tutela penal y administrativa de la salud de los consumidores en materia alimentaria. Consideraciones críticas en torno a su articulación jurídica*, en RJC 1990, nº 4, pág. 97.
- *"Non bis in idem" material y concurso de leyes penales*, Cedecs, Barcelona 1995.

- GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, Bosch, Barcelona 1999.
- GARCÍA RIVAS, N., *Los delitos contra la propiedad intelectual en el Código Penal de 1995*, en *Propiedad intelectual: aspectos civiles y penales*, CGPJ, Madrid 1995, pág. 203.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores como principio general del ordenamiento español*, en EC 1999, nº 48, pág. 131.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Sobre la figura de maquinaciones para alterar los precios (naturales) de las cosas*, en CPC 1981, nº 14, pág. 221.
- . *Problemas actuales de la Criminología*, Universidad Complutense de Madrid 1984.
- . *Derecho penal. Introducción*, Universidad Complutense de Madrid 2000.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *Introducción al derechos de los Títulos-Valores y de las Obligaciones Mercantiles*, Tórculo 1997, Tomo II.
- GARCÍAS PLANAS, G., *Hacia un delito publicitario*, en EPC, 1993, nº XVI, pág. 124.
- GARÉ, T., *Publicité mensongère*, en *Grands arrêts du droit des affaires* (Mestre, J. / Putman, E. / Vidal, D.), Dalloz, Paris 1995.
- GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos 1984.
- GEHRIG, K., *Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuch*, Duncker und Humblot, Berlin 1986.
- GHIDINI, G., *L'intérêt des consommateurs comme intérêt "diffus", et sa défense*, en *Rivista di Diritto Commerciale* 1978, I-II, pág. 33.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid 1966.
- . *El sistema de Derecho penal en la actualidad*, en *Estudios de Derecho penal* (Gimbernat Ordeig, E.), Tecnos, Madrid 1990, pág. 162.
- . *Los delitos contra la propiedad intelectual*, en *Delitos contra la propiedad*, CGPJ, Madrid 1995, pág. 203.

- *Otra vez: los delitos contra la propiedad intelectual*, en Ensayos penales (Gimbernat Ordeig, E.), Tecnos, Madrid 1999, pág. 429.
- GIUDICELLI-DELAGE, G., *Droit pénal des affaires*, Dalloz, Paris 1999.
- GÖHLER, E., *Das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch*, en NJW 1974, Band I.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socioeconómico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código Penal*, en ADPCP 1980, Fasc. II, pág. 467.
- *Sobre la teoría del "bien jurídico" (aproximación al ilícito penal)*, en RFDUCM, 1983, nº 69, pág. 85.
- *Función y contenido del error en el tipo de estafa*, en ADPCP 1985, Fasc. II, pág. 333.
- *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Madrid 1988.
- GÓMEZ CALERO, J., *Los Derechos de los Consumidores y Usuarios*, Dykinson, Madrid 1994.
- GÓMEZ INIESTA, D.J., *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores*, McGrawHill, Madrid 1997.
- GÓMEZ LAPLAZA, M.C. / DÍAZ ALABART, S., *Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, en AC 1995-2, marg. 519.
- GÓMEZ PAVÓN, P., *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, Bosch 1998.
- GÓMEZ RIVERO, M.C., *La inducción a cometer el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995.
- *Hacia una nueva interpretación del delito publicitario*, en La Ley 1997-4, pág. 1231.
- GÓMEZ RIVERO / MONGE FERNÁNDEZ, *Venta y manipulación ilegal de medicamentos*, en Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente (Martos Núñez, dir.), Sevilla 1997, pág. 76.
- GÓMEZ SEGADE, J.A., *La autodisciplina publicitaria en el Derecho comparado y en el Derecho español*, en ADI 1981, nº 7, pág. 31.

- 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 masas)*, Comares, Granada 1998.

- GONZÁLEZ GÓMEZ, A., *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid 1998.

- GONZÁLEZ GUTIÁN, L., *Delitos contra la seguridad colectiva. Capítulos I y II*, en Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia 1983, Vol. II, pág. 937.

. *La nueva regulación del delito de incendios forestales*, en Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989, pág. 365.

- GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores*, Instituto Nacional de Consumo 1986.

. *"Puntos negros", vías en obras y seguridad del tráfico*, en Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989, pág. 381.

. *Delitos relativos al mercado y a los consumidores*, en Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995 (Asúa Batarrita, A., ed.), Universidad del País Vasco 1998, pág. 145.

- GÖSSEL, K.H., *Strafrecht. Besonderer Teil, Band 2*, C.F. Müller, Heidelberg 1996.

- GRACIA MARTÍN, L., *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, Bosch, Barcelona 1986.

. *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, Vol. I y II, Zaragoza 1986.

. *La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el Derecho penal español*, en Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann, BOE, Madrid 1995, pág. 81.

- GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000.

- GRASSO, G., *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati attentato*, en RIDPP 1986, pág. 689.
- GRAUL, E., *Abstrakte Gefährungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, Duncker und Humblot, Berlin 1991.
- GREBING, G., *Strafrecht und unlauterer Wettbewerb - zur Reform des 4 UWG*, en Wistra 1982, nº 3, pág. 83.
- GREFFE, P. / GREFFE, F., *La publicité et la loi*, Litec, Paris 1990.
- GRIBKOWSKY, G., *Strafbare Werbung*, Centaurus, Pfaffenweiler 1989.
- GROSSO, C.F., *Condotta e momento consumativo del delitto di vendita di prodotti industriali con segni mendaci*, en RIDPP 1989, Fasc. 4, pág. 1265.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, Valencia 1998.
- GUALLART DE VIALA, A., *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, Ramón Areces, Madrid 1992.
- GUÉRY, G., *Droit des affaires*, Gualino Éditeur, Paris 1999.
- GUIDA / PALOMBI / PICA (a cura di), *Diritto penale dell'economia e dell'impresa*, UTET 1996.
- GUINARTE CABADA, G., *El delito de elaboración y tráfico ilícitos de sustancias nocivas o productos peligrosos*, en Estudios Penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor, Santiago de Compostela 1989, pág. 397.
- *El concurso medial de delitos*, en EPC 1988-89, nº XIII, pág. 153.
- *Consideraciones político-criminales en torno a la competencia desleal*, en EPC 1992, nº XV, pág. 127.
- GUINCHARD, S., *La publicité mensongère en Droit français et en Droit fédéral suisse*, Paris 1971.
- HAFT, F., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, C.H. Beck, München 1998.
- HASSEMER, W., *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*, en Doctrina penal 1989, pág. 275.
- *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, en Pena y Estado 1991, nº 1, pág. 23.



- . *Rasgos y crisis del Derecho penal moderno*, en ADPCP 1992, Fasc. I, pág. 235.
- . *Persona, mundo y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1989.
- . *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995.
- HERNÁNDEZ, H., *Strafrechtlicher Vermögensschutz vor irreführender Werbung - 4 UWG*, C.F. Müller, Heidelberg 1999.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, Granada 1996.
- . *El delito publicitario*, en AP 1997-2, marg. 1095.
- HERZOG, F., *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Decker's Vlg, Heidelberg 1991.
- HILGENDORF, E., *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft"*, Duncker und Humblot, Berlin 1993.
- . *Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht: entwickelt am Beispiel des Betruges und der Beleidigung*, Duncker und Humblot, Berlin 1998.
- HIRSCH, H.J., *Peligro y peligrosidad*, en ADPCP 1996, Fasc.II, pág. 509.
- HORN, K., *Strafbare Werbung. Erscheinungsformen und Gegenstrategien im ökonomischen Kontext*, VVF, München 1991.
- HOYER, A., *Die Eignungsdelikte*, Duncker und Humblot, Berlin 1987.
- HURTADO POZO, J., *El delito de explotación de información privilegiada en el Código Penal suizo*, en Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Madrid 1995, pág. 411.
- ÍÑIGO CORROZA, M.E., *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, Bosch, Barcelona 2001.
- JEANDIDIER, W., *Droit pénal des affaires*, Dalloz, Paris 2000.
- JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal. Parte general* (Traducción por Manzanares Samaniego, J.L.), Comares, Granada 1993.

- JESCHECK, H.H. / WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, Duncker und Humblot, Berlin 1996.
- DE JESÚS SÁNCHEZ, M.G., *La publicidad engañosa como figura típica objeto de criminalización*, en PJ 1989, nº IX especial, pág. 313.
- JIMÉNEZ LIÉBANA, D., *Responsabilidad civil: daños causados por productos defectuosos*, McGrawHill, Madrid 1998.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (coord.), *Derecho Mercantil*, Ariel, Barcelona 2000, Tomo I.
- JOECKS, W., *Anleger- und Verbraucherschutz durch das 2. WiKG*, en Wistra 1986, nº 4, pág. 142.
- JORGE BARREIRO, A., *El sistema de sanciones: las medidas de seguridad*, en La reforma de la justicia penal (Gómez Colomer, J.L. / González Cussac, J.L., coord.), Castellón de la Plana 1997, pág. 77.
- DE JORGE MESAS, L.F., *La oferta, promoción y publicidad engañosa*, en EC 1998, nº 44, pág. 109.
- JOSHI JUBERT, U., *Unidad de hecho y concurso medial de delitos*, en ADPCP 1992, Fasc. II, pág. 613.
- *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, Bosch, Barcelona 1999.
- JUNTA NACIONAL SUECA PARA POLÍTICAS DE CONSUMO, *Los niños y la publicidad en televisión*, en EC 1996, nº 38, pág. 73.
- KINDHÄUSER, U.K., *Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico*, en Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann, Madrid 1995, pág. 441.
- KLUG, U., *Zur Strafbarkeit irreführender Werbeangaben*, en GRUR 1975: nº 5, pág. 217 y nº 6, pág. 289.
- KÖHLER / PIPER, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, C.H. Beck, München 1995.
- KRIEGER, A., *Möglichkeiten einer Verstärkung des Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb*, en WRP 1978, pág. 1.

- KRIEGER, A. / TILMANN, W., *Zur Kritik an der UWG-Novelle*, en GRUR 1979, nº 1, pág. 14.

- KUHLEN, L., *Zum Strafrecht der Risikogesellschaft*, en GA 1994, pág. 347.

- LACERDA DA COSTA PINTO, F., *O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal*, en Revista portuguesa de ciência criminal 1997, Fasc. I, pág. 7.

- LACKNER / KÜHL, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, C.H. Beck, München 1999.

- LAMPE, E.J., *Ist es für einen wirksamen Verbraucherschutz und einen funktionsfähigen Wettbewerb unter Berücksichtigung zivil-, verwaltungs- und verfahrensrechtlicher Möglichkeiten geboten, zusätzliche Straf- und Bussgeldtatbestände zu schaffen?*, en Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität - Reform des Wirtschaftsstrafrechts, Band VIII. Anlagen, 1974.

. *In welcher Weise soll der neben den zivil- und verwaltungs- rechtlichen Massnahmen erforderliche strafrechtliche Schutz (i.w.S.) gegen irreführende Werbung ausgestaltet werden?*, en Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Band IX. Anlagen, 1975.

. *La protección jurídico-penal de la competencia económica en el Anteproyecto de Código Penal español de 1983*, en La reforma penal: Delitos socio-económicos (Barbero Santos, M., ed.), Madrid 1985, pág. 363.

. *Unlautere Werbung*, en Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts (Krekeler, W. / Tiedemann, K. / Ulsenheimer, K. / Weinmann, G., Hrsg.), C.F. Müller, Heidelberg 1990.

- LAMPE, E.J. / LENCKNER, T. / STREE, W. / TIEDEMANN, K. / WEBER, U., *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Wirtschaft*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1977.

- LANDA GOROSTIZA, J.M., *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al "delito de provocación" del artículo 510 del Código Penal*, Universidad del País Vasco 1999.

- LANDROVE DÍAZ, G., *Los fraudes colectivos*, Bosch, Barcelona 1978.
- . *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid 1996.
- . *La represión de la delincuencia económica*, en *Jueces para la Democracia* 1998, nº 31, pág. 31.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid 1994.
- . *Fundamento y límites del deber de garantía del empresario*, en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid 1995, pág. 209.
- LAURENZO COPELLO, P., *Marco de protección jurídicopenal del derecho a no ser discriminado. Racismo y xenofobia*, en *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, CGPJ, Madrid 1996, pág. 219.
- . *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- LEMA DEVESA, C., *La publicidad de tono excluyente*, Servicio de Publicaciones Fundación Pedro Barrié de la Maza, Madrid 1980.
- . *Posibilidades y limitaciones a la actividad publicitaria en la normativa de la CEE*, en *RGD* 1987, pág. 4081.
- . *La publicidad desleal: modalidades y problemas*, en *RGD* 1991, nº 562-563, pág. 6135.
- . *La mención de la marca ajena en la publicidad*, en *La Ley* 1993-4, pág. 917.
- . *La publicidad engañosa en el moderno Derecho español*, en *La Ley* 1995-2, pág. 870.
- LEMA DEVESA, C. / GÓMEZ MONTERO, J., *Código de Publicidad*, Marcial Pons, Madrid 1999.
- LEMA DEVESA / FERNÁNDEZ NOVOA / GÓMEZ SEGADE / BOTANA AGRA / AREÁN LALÍN, *Líneas básicas de la futura Ley General de la Publicidad*, en *Publitema* 1984, nº 63, pág. 6.
- LEMKE, M., *Ordnungswidrigkeitengesetz*, C.F. Müller, Heidelberg 1999.
- LEÓN, J.L., *Los efectos de la publicidad*, Ariel, Barcelona 1996.

- DE LEÓN ARCE, A. (Dir.), *Derechos de los consumidores y usuarios (Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000.
- DE LEÓN VILLALBA, F., *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, Bosch, Barcelona 1998.
- LETE ACHIRICA, J., *La armonización de las legislaciones europeas sobre protección de los consumidores a la luz del derecho comunitario*, en AC 1998-1, marg. 183.
- LEVASSEUR, G. / CHAVANNE, A. / MONTREUIL, J., *Droit pénal général et procédure pénale*, Sirey 1991.
- LOIS CABALLÉ, A.I., *La responsabilidad del fabricante por los defectos de sus productos*, Tecnos, Madrid 1996.
- LÓPEZ GARRIDO, D. / GARCÍA ARÁN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid 1996.
- LÓPEZ PEREGRÍN, M.C., *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, M.A., *Publicidad comercial, contratación estandarizada y protección del consumidor*, en EC 1989, nº 16.
- LORCA NAVARRETE, A.M., *Cuestiones procesales relativas a la publicidad ilícita*, en La Ley 1989-1, pág. 1093.
- LORENZO SALGADO, J.M., *Título XIV: Delitos contra la seguridad colectiva. Cap. IV: "De los delitos contra la seguridad del tráfico"*, en Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia 1983, Vol. 2, pág. 281.
- LUZÓN PEÑA, D.M., *Ocultación y sustracción de efectos destinados a la inutilización o desinfección. Comentario a la STS (Sala 2ª) de 12 de abril de 1989*, en La Ley 1989-3, pág. 328.
- *La "determinación objetiva del hecho". Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado*, en Estudios penales, PPU, Barcelona 1991, pág. 197.

- *La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS*, en Estudios penales, cit., pág. 225.
- *Tentativa y "posesión" en el tráfico de drogas*, en Estudios penales, cit., pág. 537.
- *La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito*, en ADPCP 1993, Fasc. I, pág. 21.
- *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Universitas 1996.
- MADRENAS I BOADAS, C., *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal*, Civitas, Madrid 1990.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, M., *Naturaleza de las circunstancias del artículo 529 del Código Penal. La circunstancia primera: especial referencia a las viviendas*, en La Ley 1988-3, pág. 844.
- MANTOVANI, F., *Diritto penale. Parte generale*, CEDAM, Padova 1992.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *La tipificación del delito publicitario en el Derecho español*, en PJ nº especial IX, 1988, pág. 269.
- MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal*, en Revista Penal 1997, nº 1, pág. 43.
- *El delito de publicidad fraudulenta*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- MAQUEDA ABREU, M.L., *La idea de peligro en el moderno Derecho penal*, en AP 1994-1, marg. 481.
- *La relación "dolo de peligro" - "dolo (eventual) de lesión". A propósito de la STS de 23 de abril de 1992 "sobre el aceite de colza"*, en ADPCP 1995, Fasc. II, pág. 419.
- MARCONI, G., *La tutela degli interessi collettivi in ambito penale*, en RIDPP 1979, pág. 1052.
- MARÍN LÓPEZ, J.J., *Prácticas comerciales y protección de los consumidores*, en Derecho privado y Constitución 1995, nº 5, pág. 85.
- MARINI, G. / PATERNITI, C. (a cura di), *Dizionario dei reati contro l'economia*, Giuffrè, Milano 2000.
- MARINUCCI, G. / DOLCINI, E., *Curso di Diritto penale I*, Giuffrè, Milano 1999.

- MAROÑO GARGALLO, M.M., *As cooperativas de consumidores e usuarios*, en Estudios sobre a Lei de Cooperativas de Galicia (Bello Janeiro, D., dir.), EGAP, Santiago de Compostela 1999, pág. 247.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones*, en Anuario de Derecho Civil 1994, Fasc. I. pág. 73.

- MARTÍNEZ PÉREZ, C., *La inflación del Derecho penal y del Derecho administrativo*, en EPC 1983, nº VI, pág. 197.

. *Sección 2ª del Capítulo 1º del Título XII de la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983: "De los delitos publicitarios" (arts. 279 y 280)*, en Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia 1983, vol. 2, pág. 749.

. *Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa*, en CPC 1984, nº 22, pág. 33.

. *Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el Proyecto de Código Penal de 1992*, en EPC 1993, nº XVI, pág. 327.

. *El delito societario de administración fraudulenta*, en EPC 1993-94, nº XVII, pág. 261.

- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia 1998.

. *El delito de facturación ilícita en perjuicio de los consumidores*, en RDPCrim. 1998, nº 1, pág. 55.

. *Derecho penal económico. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.

- MATA Y MARTÍN, R.M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Comares, Granada 1997.

- MAURACH / SCHRODER / MAIWALD, *Strafrecht. BT, Teilband 1*, C.F. Müller, Heidelberg 1995.

- MAURACH / ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, C.F. Müller, Heidelberg 1992.

- MAYER, D., *Droit pénal de la publicité*, Masson, Paris 1979.

- MAZZACUVA / COSTI, en *Codice penale. Parte speciale* (Bricola / Zagrebelsky, a cura di), UTET, Torino 1996.
- MELI, V., *La repressione della pubblicità ingannevole (Commento al D.Lg. 25 gennaio 1992 n. 74)*, Giappichelli, Torino 1994.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La defensa del consumidor: un principio general del Derecho*, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid 1991, Tomo II.
- MERLE, R. / VITU, A., *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Cujas, Paris 1997
- MEYER, A., *Le ipotesi di false comuincazioni sociali previste nelle leggi speciali*, en *Trattato di Diritto penale dell'impresa* (Di Amato, A., dir.), CEDAM, Padova 1992, pág. 110.
- MEYER, K. / MÖHRENSCHLAGER, M., *Möglichkeiten des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, en *Wirtschaft und Verwaltung* 1982, n° 1, pág. 21.
- MIR PUIG, S., *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel 1994.
  - *Derecho penal. Parte general*, Barcelona 1998.
- MIRA BENAVENT, J., *Los límites penales a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995.
- MOCCIA, S., *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales*, en *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin* (Silva Sánchez, J.M., ed.), Bosch, Barcelona 1997, pág. 113.
- MORALES PRATS, F., *Técnicas de tutela penal de los intereses difusos*, en *Intereses difusos y Derecho penal*, CDJ 1994, pág. 73.
- MORENO Y BRAVO, E., *El delito de publicidad falsa*, Bosch, Barcelona 2001.
- MORENO CÁNOVES, A. / RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, EDIJUS, Zaragoza 1996.



- MORILLAS CUEVA, L., *Delitos contra la libertad de conciencia y de culto*, en Documentación Jurídica. Monográfico dedicado a la PANCP, Secretaría Gral Técnica del Ministerio de Justicia 1983, Vol. 2, pág. 1337.

. *Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada 1983, nº 2, pág. 61.

. *Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y conducción temeraria*, en CLP 1992, Tomo XIV, Vol. 1º, pág. 103.

- MORILLAS JARILLO, M.J., *La protección de los consumidores en el Tratado de la Unión Europea*, en AC 1994-3, marg. 571.

- MÜLLER, T., *Demoskopie in der Zitadelle des Strafrechts? Das Merkmal der "Irreführung" in 4 UWG und 17 I 5 b LMBG*, en GRUR 1986, nº 6, pág. 420.

- MÜLLER-GUGENBERGER / BIENECK (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht*, Aschendorff, Münster 2000.

- MÜLLER / WABNITZ / JANOVSKEY, *Wirtschaftskriminalität*, München 1997.

- MUÑAGORRI LAGUÍA, I., *La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa*, Comares, Granada 1998.

- MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, Bosch, Barcelona 1975.

. *La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, en CPC 1982, nº 16, pág. 113.

. *El error en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1989.

. *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.

. *Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos*, en Revista Penal 1997, nº 1, pág. 67.

. *Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal*, en El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz (Quintero Olivares, G. / Morales Prats, F., coord.), Aranzadi 2001, pág. 561.

- MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El agente provocador*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995.
- MUSCO, E., *Diritto penale societario*, Giuffrè, Milano 1999.
- MÜSSIG, B.J.A., *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Peter Lang, Frankfurt am Main 1994.
- NAVARRO CARDOSO, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia 1998.
  - . *Algunas consideraciones sobre las estafas colectivas a los consumidores*, en PJ 1998, nº 50, pág. 167.
- NEPPI MODONA, G., *Interesse della produzione e interesse del consumo nell'art. 517 c.p.*, en RIDPP 1964, Fasc. 3, pág. 795.
- NICKEL, V., *Werbung in Grenzen*, Hrsg.: Zentralausschuss der Werbewirtschaft, 1976.
- NICOLÁS MARTÍ, J., *La publicidad y el derecho-deber de información*, en EC 1996, nº 36, pág. 69.
- NIETO HERNÁNDEZ, I., *La publicidad correctora*, en EC 1999, nº 48, pág. 103.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho penal*, en RFDUC 1979, nº 57, pág. 55.
  - . *Sobre el concepto de Derecho penal*, Madrid 1981.
  - . *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, en ADPCP 1990, Fasc. I, pág. 5.
- ORTS BERENGUER, E. (coord.), *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 1994.
- OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, J.J., *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi 1994.

- OTERO LASTRES, J.M., *La nueva Ley sobre Competencia Desleal*, en *La Ley* 1991-4, pág. 1053.
  - . *La publicidad comparativa: ¿licitud o ilicitud?*, en *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*, Tomo I, Civitas, Madrid 1996, pág. 935.
- OTTO, H., *Die Reform des strafrechtlichen Schutzes gegen irreführende Werbung*, en *GRUR* 1982, nº 5, pág. 274.
  - . *Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschliesslich Verbraucherschutz). Dogmatischer Teil I*, en *ZStW* 1984, pág. 339.
  - . *Strafbare Werbung*, en *UWG Grosskommentar* (Jacobs / Lindacher / Teplitzky, Hrsg.), Walter de Gruyter, Berlin 1992, 5 Lfg.
  - . *El abuso de información privilegiada como delito de peligro abstracto*, en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid 1995, pág. 453.
  - . *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, Walter de Gruyter, Berlin 1998.
- PADOVANI, T., *Diritto penale*, Giuffrè, Milano 1999.
- PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid 1998.
  - . *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas*, Marcial Pons, Madrid 1999.
- PALAU RAMÍREZ, F. / TATO PLAZA, A., *Competencia desleal y libre circulación de mercancías en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea*, en *ADI* 1993, Tomo XV, pág. 247.
- PALAZZO, F., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, en *RIDPP* 1992, Fasc. 2, pág. 453.
  - . *Introduzione ai principi del Diritto penale*, Giappichelli, Torino 1999.
- PAREDES CASTAÑÓN, J.M. / RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995.
- PARODI GIUSINO, M., *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, Milano 1990.

- PARRA LUCÁN, M.A., *Daños por productos y protección del consumidor*, Bosch, Barcelona 1990.

. *Notas a la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, en AC 1995-4, marg. 723.

- PEDRAZZI, C., *Problemi di tecnica legislativa*, en *Comportamenti economici e legislazione penale (AAVV)*, Giuffrè, Milano 1979.

. *El bien jurídico en los delitos económicos*, en *La reforma penal: delitos socioeconómicos (Barbero Santos, M., ed.)*, Universidad de Madrid 1985, pág. 279.

- PEDRAZZI, C. / ALESSANDRI, A. / FOFFANI, L. / SEMINARA, S. / SPAGNOLO, G., *Manuale di Diritto penale dell'impresa*, Monduzzi, Bologna 1999.

- PEDREIRA ANDRADE, A.E., *Evolución de la responsabilidad: Ampliación jurisprudencial de la responsabilidad - responsabilidad profesional - vías alternativas a la responsabilidad profesional*, en *Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales*, Universidad de La Laguna 1993, pág. 275.

- PÉREZ ALONSO, E.J., *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes "indeterminadas" en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, EDERSA 1995.

. *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Comares, Granada 1998.

- PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, Praxis, Barcelona 1991.

- PÉREZ CEPEDA, A.I., *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, Cedecs, Barcelona 1997.

- PERINI, A., *Il delitto di false comunicazioni sociali*, CEDAM, Padova 1999.

- PETIT LAVALL, M.V., *La protección del consumidor de crédito: las condiciones abusivas de crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996.

- PFEIFFER, G., *Strafbare Werbung*, en *Festschrift für Otfried Lieberknecht zum 70. Geburtstag (Niederleithinger, E. / Werner, R. / Wiedemann, G., Hrsg.)*, C.H. Beck, München 1997, pág. 207.

- PINO ABAD, M., *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley de Publicidad de 1988*, INC, Madrid 1991.

- PIÑAR MAÑAS, J.L. / BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dir.), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica Complementaria*, Civitas, Madrid 1997.

- PIZZIO, J.P., *Code de la consommation*, Montchrestien, Paris 1996.

- PORTELLANO DÍEZ, P., *Los nuevos delitos contra la propiedad industrial. Reflexiones de un mercantilista*, en CPC 1996, nº 60, pág. 633.

- PORTILLA CONTRERAS, G., *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*, en CPC 1989, nº 39, pág. 723.

- PRADA ALONSO, J., *Protección del consumidor y responsabilidad civil*, Marcial Pons 1998.

- PRADEL, J., *Droit pénal économique*, Dalloz, Paris 1990.

- PRATS CANUT, J. M., *Descubrimiento y revelación de secretos de empresa en el Código Penal de 1995*, en Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores, CGPJ, Madrid 1997, pág. 169.

- PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate 1990.

- PRITTWITZ, C., *Strafrecht und Risiko*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 1993.

- QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, Bosch, Barcelona 1996.

- QUINTERO OLIVARES, G., *Observaciones sobre la Parte especial del Anteproyecto de Código Penal. Delitos contra la vida y libertad y contra el patrimonio y el orden económico*, en La reforma del Derecho penal, Barcelona 1980, pág. 249.

- *Sobre los presupuestos y limitaciones de la legislación penal económica*, en Estudios Jurídicos en honor del prof. Octavio Pérez-Vitoria, Tomo II, Bosch, Barcelona 1983, pág. 779.

- QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Manual de Derecho penal. Parte general*, Aranzadi 1999.

- *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi 1999.
- *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi 2001.
- RAGUÉS I VALLÈS, R., *La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo*, en ADPCP 1996, Fasc. II, pág. 795.
- *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona 1999.
- RAUBE, R., *Strafrechtliche Probleme der progressiven Kundenwerbung unter besonderer Berücksichtigung von Kettenbrief*, Centaurus, Pfaffenweiler 1995.
- REBMANN / ROTH / HERRMANN, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 2 Aufl., 5 Lfg. 1995 y 3 Aufl., 2 Lfg. 1998.
- REBOLLO PUIG, M., *Autotutela administrativa y cesación de la publicidad ilícita*, en EC 1995, nº 33, pág. 13.
- RENGIER, R., en *Ökologie und Recht* (Schulz, L., Hrsg.), Carl Heymanns 1991.
- RENUCCI, J.F., *Droit pénal économique*, Masson / Armand Colin, Paris 1995.
- REYES LÓPEZ, M.J., *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante. Otro supuesto de responsabilidad civil especial: la del fabricante por productos defectuosos. (Análisis de la Ley 22/1994, de 6 de julio). Cuestiones materiales y procesales. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia 1998.
- REYES LÓPEZ, M.J. (coord.), *Nociones básicas de Derecho de consumo*, Editorial Práctica de Derecho 1996.
- *Derecho de consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- RICHTER, H., *Strafbare Werbung beim Vertrieb von Kapitalanlagen*, en *Wistra* 1987, nº 4, pág. 117.
- ROBERT, J.H. / VÉRON, M., *Le Droit pénal des affaires en 350 décisions, de 1989 à 1998*, Juris-Classeur, Paris 1998.
- RODRÍGUEZ BENOT, A., *Delimitación de la noción de consumidor en la contratación mercantil internacional a los fines de la determinación del órgano judicial competente según el Convenio de Bruselas de 1968*, en *La Ley* 1997, D-343.

- RODRÍGUEZ DEL BOSQUE, I.A. / DE LA BALLINA BALLINA, J., *Comunicación comercial: conceptos y aplicaciones*, Civitas, Madrid 1998.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, J.L., *La responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, Revista General de Derecho, Valencia 2000.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid 1994.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Los delitos económicos en el Proyecto de Código Penal*, en ADPCP 1981, Fasc. II y III, pág. 707.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas 1997.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Fraudes alimentarios nocivos*, en CLP 1985, Tomo V, Vol. 2º, pág. 811.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. / DE LA CUESTA RUTE, J.M., *El delito publicitario*, en Autocontrol de la Publicidad 1998, nº 26, pág. 14.
- ROXIN, C., *Strafrecht. AT*, C.H. Beck, München 1997.
- *Derecho penal. Parte general* (Traducción por Luzón Peña, D.M. / De Vicente Remesal, J. / Díaz y García Conlledo, M.), Civitas 1997, Tomo I.
- *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal* (Traducción por Cuello Contreras, J. / Serrano González de Murillo, J.L.), Marcial Pons, Madrid 2000.
- *Derecho procesal penal* (Traducción por Córdoba, G.E. / Pastor, D.R.), Editores del Puerto, Buenos Aires 2000.
- RUIZ MUÑOZ, M., *Facultad revocatoria del consumidor y competencia desleal (algunos presupuestos metodológicos)*, en EC 1996, nº 39, pág. 11.
- RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., *Protección penal del mercado de valores*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997.
- RUIZ VADILLO, E., *La reforma penal y la delincuencia económica. Especial referencia a la protección del consumidor*, en Reformas penales del mundo de hoy (Beristain Ipiña, ed.), Instituto Vasco de Criminología 1984, pág. 25.
- SACHVERSTÄNDIGENKOMMISSION ZUR BEKÄMPFUNG DER WIRTSCHAFTSKRIMINALITÄT, *Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität - Reform*

*des Wirtschaftsstrafrechts* (Bundesministerium der Justiz, Hrsg.), Bonn 1975, Band IX, pág. 85.

- SACK, R., *Auswirkungen der Art. 30, 36 und 59ff. EG-Vertrag auf das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb*, en GRUR 1998, nº 11, pág. 871.

- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., *Los delitos de incendio*, Comares, Granada 2000.

- SAMSON, E., *Absicht und direkter Vorsatz im Strafrecht*, en Juristische Arbeitsblätter 1989, nº 10, pág. 449.

- SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, McGrawHill, Madrid 2000, Vol. I.

· *Principios de Derecho mercantil*, McGrawHill, Madrid 2000.

- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I., *El nuevo delito publicitario (art. 282 del Código Penal)*, en AP 1997-1, marg. 543.

· *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid 1999.

- SÁNCHEZ GUZMÁN, J.R., *Teoría de la publicidad*, Tecnos, Madrid 1993,

- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *El delito farmacológico*, EDERSA 1995.

- SANTANA VEGA, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Dykinson, Madrid 2000.

- SANZ, R., *El asunto Pfeiffer c. Löwa: ¿El principio del fin de Keck?*, en Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia 2000, nº 205, pág. 41.

- SANZ MORÁN, A.J., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid 1986.

- SCHÖNKE / SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, C.H. Beck, München 1997.

- SCHRÖDER, H., *Abstrakt-konkrete Gefährungsdelikte?*, en JZ 1967, pág. 522.

· *Die Gefährungsdelikte im Strafrecht*, en ZStW 1969, pág. 9.

- SCHULZE, R. / SCHULTE-NÖLKE, H. (Hrsg.), *Casebook. Europäisches Verbraucherrecht*, Nomos, Baden-Baden 1999.



- SCHÜNEMANN, B., *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*, en ADPCP 1988, Fasc. II, pág. 529.

. *¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?*, en Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania", CGPJ, Madrid 1991, pág. 31.

. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, en ADPCP 1996, Fasc. I, pág. 187.

- SEGURA GARCÍA, M.J., *Derecho penal y propiedad industrial*, Civitas, Madrid 1995.

- SERRA MALLOL, A.J., *Ley de Crédito al Consumo (Ley 7/1995, de 23 de marzo): un examen de su regulación*, en Revista General del Derecho 1995, pág. 6337.

- SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (Coord.), *Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, Comares, Granada 1998.

- SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid 1999.

- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., *El delito de escarnio de creencias*, en La Ley 1996-5, pág. 1381.

- SERRANO PIEDECASAS, J.R., *Consideraciones en torno a la protección penal del know-how*, en ADPCP 1990, Fasc. III, pág. 859.

- SGUBBI, F., *Tutela penale di "interessi diffusi"*, en La Questione Criminale 1975, pág. 439.

- SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona 1986.

. *Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad*, en ADPCP 1987, Fasc. III, pág. 647.

. *Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la "conducción suicida"*, en La Ley 1988-3, pág. 970.

. *Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario*, en CPC 1989, nº 38, pág. 367.

- *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona 1992.
- *Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1º CP (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)*, en *Derecho de la Circulación*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid 1993, pág. 149.
- *El Derecho penal bancario en España*, en AP 1994-2, marg. 901.
- *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español*, en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal (Silva Sánchez, J.M., ed. española)*, Bosch, Barcelona 1995, pág. 357.
- *La regulación de la "comisión por omisión"*, en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales (Silva Sánchez, J.M.)*, Bosch, Barcelona 1997, pág. 51.
- *Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas*, en *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, CGPJ, Madrid 1997, pág. 9.
- *Consideraciones teóricas generales sobre la reforma de los delitos contra el medio ambiente*, en *La reforma de la justicia penal (Gómez Colomer, J.L. / González Cussac, J.L., coord.)*, Castellón de la Plana 1997, pág. 151.
- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid 1999.
- *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica (Salvador Coderch, P. / Silva Sánchez, J.M.)*, Civitas, Madrid 1999.
- *El actuar en lugar de otro (artículo 31) en el nuevo Código penal español*, en *Estudios de Derecho penal (Silva Sánchez, J.M.)*, Editorial Jurídica GRILEY, Lima 2000, pág. 125.
- SOLA RECHE, E., *La llamada "tentativa inidónea" de delito. Aspectos básicos*, Comares, Granada 1996.
- SOTOMAYOR GRIPPINI, J. M., *La nueva Ley sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos*, en *Revista Española de Seguros* 1994, nº 79, pág. 65.

- SPLIETHOFF, H.P., *Verkehrsauffassung und Wettbewerbsrecht. Ein Beitrag zu Begriff, Ermittlung und Relevanz eines lauterkeitsrechtlichen Zentralbegriffs*, Nomos, Baden-Baden 1992.
- STAMPA BRAUN, J.M. / BACIGALUPO, E., *La reforma del Derecho penal económico español*, Madrid 1980.
- STEFANI, G. / LEVASSEUR, G. / BOULOC, B., *Droit pénal général*, Dalloz, Paris 2000.
- STOFFEL VALLOTTON, N., *La prohibición de restricciones a la libre circulación de mercancías en la Comunidad Europea*, Dykinson, Madrid 2000.
- STURM, R., *Änderungen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches durch das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch*, en JZ 1975.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Difusión de noticias falsas, empleo de violencia, amenaza o engaño, o utilización de información privilegiada para alterar los precios del mercado*, en *Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores*, CGPJ, Madrid 1997, pág. 11.
- SUAY HERNÁNDEZ, C., *Los delitos contra la salubridad y seguridad del consumo en el marco de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*, en *Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador*, CGPJ, Madrid 1997, pág. 123.
- TAMAMES, R. / GALLEGOS, S., *Diccionario de economía y finanzas*, Madrid 1994.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., *La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria: problemas fundamentales*, en CPC 1990, nº 41, pág. 321.
- *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*, Aranzadi 2000.
- TAPIA HERMIDA, A.J., *Publicidad comparativa denigratoria y "exceptio veritatis" (A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de septiembre de 1996)*, en RGD 1997, nº 639, pág. 14347.
- TATO PLAZA, A., *La publicidad de productos anticonceptivos: el caso "póntelo, pónselo"*, en La Ley 1993-3, pág. 898.

- . *Publicidad directa y competencia desleal*, en RJC 1994, nº 3, pág. 9.
- . *La publicidad engañosa en la jurisprudencia (Breves reflexiones al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Citroën)*, en RGD 1995, nº 608, pág. 5487.
- . *Primeras aproximaciones de la jurisprudencia española a la figura de la publicidad engañosa por omisión: el caso Barclays*, en RGD 1996, nº 625-626, pág. 11749.
- . *La publicidad comparativa*, Marcial Pons 1996.
- . *La publicidad ilícita en la jurisprudencia y en la doctrina del Jurado de la Publicidad*, en Autocontrol de la Publicidad 1999, nº 27, pág. 16.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M., *La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal*, en RFDUCM 1981, nº 63, pág. 123.
- . *Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal*, en Pena y Estado 1991, nº 1, pág. 9.
- . *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid 1995.
- . *Los delitos societarios*, en Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995 (Del Rosal Blasco, B., ed.), Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pág. 259.
- . *Peligro abstracto y garantías penales*, en El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz (Quintero Olivares, G. / Morales Prats, F., coord.), Aranzadi 2001, pág. 787.
- TIEDEMANN, K., *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 1969.
- . *Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?*, Gutachten C zum 49. Deutschen Juristentag, C.H. Beck, München 1972.
- . *Stand, Entwicklung und Reform des Wettbewerbsrechts*, en Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität - Reform des Wirtschaftsstrafrechts, VIII Band. Anlagen, 1974.

- *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, AT y BT, Rowohlt, Hamburg 1976.
- *Wettbewerb und Strafrecht*, C.F. Müller, Karlsruhe 1976.
- *Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in den USA und in der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen 1978.
- *Delitos contra el orden económico*, en *La reforma penal: cuatro cuestiones fundamentales* (AAVV), Madrid 1982.
- *Poder económico y delito*, Ariel 1985.
- *Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch den Gesetzgeber*, en *JZ* 1986, pág. 865.
- *Constitución y Derecho penal*, en *Revista española de Derecho constitucional* 1991, nº 33, pág. 145.
- *Lecciones de Derecho penal económico*, PPU, Barcelona 1993.
- *Strafrecht in der Marktwirtschaft*, en *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1993, pág. 527.
- *Kapitalanlagebetrug*, en *Leipziger Kommentar. Grosskommentar* (Jähnke / Laufhütte / Odersky, Hrsg.), Walter de Gruyter, Berlin 1997, 24. Lfg.
- TILMANN, W., *Irreführende Werbeangaben und täuschende Werbung*, en *GRUR* 1976, nº9, pág. 544.
- TORÍO LÓPEZ, A., *La estructura típica del delito de coacción*, en *ADPCP* 1977, Fasc. I, pág. 19.
- *Estafa de crédito y abuso punible de letras de cambio en la reforma del sistema penal*, en *EPC* 1980-1981, nº V, pág. 87.
- *Los delitos de peligro hipotético*, en *ADPCP* 1981, Fasc. II y III, pág. 825.
- *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, en *ADPCP* 1986, Fasc. I, pág. 33.
- *Reflexión sobre la protección penal de los consumidores*, en *Estudios sobre el Derecho de consumo* (AAVV), Bilbao 1994, 2ª edición, pág. 140.

- TRÖNDLE / FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, C.H. Beck, München 1999.
- VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil*, Bosch 1987.
- VÁZQUEZ CUETO, J.C., *La publicidad correctora: un modelo americano adoptado por la Ley General de Publicidad*, en *La Ley* 1992-2, pág. 923.
- DE LA VEGA GARCÍA, F.L., *Responsabilidad civil derivada del producto defectuoso: un estudio de la Ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil*, Civitas 1998.
- VENEZIANI, P., *Sollecitazione all'investimento e offerte pubbliche di strumenti finanziari: la disciplina penale dell'offerta pubblica di acquisto*, en *L'Indice Penale* 1998, n° 3, pág. 973.
- VERARDI, C.M., *Reati in materia di alimenti*, en *La riforma del Diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela* (a cura di Livio Pepino), Milano 1993.
- VERGEZ, M., *Configuración y régimen jurídico de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (Análisis de la Ley n° 26/1991 de 21 de noviembre)*, en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Prof. Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995, Tomo III.
- VICENT CHULIÁ, F., *Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal*, en *RGD* 1993, n° 589-90, pág. 9975.
- *Introducción al Derecho mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica*, en *AP* 1997-1, marg. 105.
- *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, Tecnos, Madrid 2000.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995: la necesidad de su delimitación frente a los delitos patrimoniales*, en *EPC* 1998, n° XXI, pág. 305.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, Cedecs, Barcelona 1999.

- VILLAFANE, J., *El deseo y la necesidad. Reflexiones en torno a la publicidad y el consumo*, en EC 1995, n° 35, pág. 11.
- DE VITA, A., *I reati a soggetto passivo indeterminato. Oggetto dell'offesa e tutela processuale*, Jovene Editore, Napoli 1999.
- VIVES ANTÓN, T.S., *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, Madrid 1977.
- . *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996.
- VIVES ANTÓN, T.S. (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- . *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996.
- VOLK, K., *Strafrecht und Wirtschaftskriminalität*, en JZ 1982, pág. 86.
- WALTER, T., *Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland*, C.F. Müller, Heidelberg 1999.
- WEBER, U., *Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschliesslich Verbraucherschutz). Dogmatischer Teil II*, en ZStW 1984, pág. 376.
- . *Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, en NSTZ 1986, n° 1, pág. 481.
- WESTER-OUISSÉ, V., *La notion de consommateur à la lumière de la Jurisprudence pénale*, en La Semaine Juridique 1999, n° 43, pág. 1917.
- WORMS, A., *Anlegerschutz durch Strafrecht*, Dr. Peter Deubner, Köln 1987.
- ZANNOTTI, R., *La tutela penale del mercato finanziario*, Giappichelli Editore, Torino 1997.
- ZENTRALAUSSCHUSS DER WERBEWIRTSCHAFT, *Werbewirtschaft gegen unangemessene Verschärfung des Werbe-Strafrechts*, en WRP 1972, n° 6, pág. 298.
- . *Diskussionspapier zur Werbepolitik*, Bonn 1975.
- ZIESCHANG, F., *Die Gefährdungsdelikte*, Duncker und Humblot, Berlin 1998.
- ZUCCALÀ (a cura di), *Comentario breve al Codice penale. Complemento giurisprudenziale. Appendice 1996-1998*, CEDAM, Milano 1998.

- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico en el nuevo Código penal*, en CPC 1996, nº 59, pág. 417.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.C., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi 2000.



UNIVERSIDADE DA CORUÑA  
Servicio de Bibliotecas



1700759524