

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

FACULTAT DE DRET



DELITO DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA (ART. 282 CP): ESPECIALES
CONSIDERACIONES POLÍTICO CRIMINALES Y RELATIVAS AL BIEN
JURÍDICO PROTEGIDO

TESIS DOCTORAL:

Presentada por:

César Chaves Pedrón

Dirigida por:

Prof. Dr. D. Emiliano Borja Jiménez

Valencia 2015

"La publicidad es.....el arte de convencer consumidores"

Luis Bassat

ÍNDICE

	Página
Abreviaturas	8
Introducción	10
PARTE I	
PUBLICIDAD Y DERECHO PENAL	
CAPÍTULO I	
Algunos conceptos previos	
1.- Introducción	22
2.- Publicidad y economía de mercado	31
3.- Técnicas publicitarias y situación del consumidor	35
4.- Toma de posición	62
CAPÍTULO II	
Proyectos de reforma y legislación extranjera	
1.- Proyecto de Código Penal de 1980	66
2.- Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983	76
3.- Anteproyecto y proyecto de Código Penal de 1992	84
4.- Proyecto de ley de Código Penal de 1994	95
5.- Proyecto de Código Penal de 1995	98

6.- Código Penal de 1995	99
7.- Reforma operada por la LO 15/2003 de 25 de noviembre por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal	101
8.- Breve reflexión sobre la legislación extranjera	103
9.- Toma de posición	114

PARTE II

CONSIDERACIONES EN TORNO AL BIEN JURÍDICO

CAPÍTULO I

Una valoración previa al objeto de tutela

1.- Reflejo constitucional de la protección a los consumidores	119
2.- Intereses colectivos difusos como protección de los consumidores	137
3.- Tutela jurídica extrapenal de los consumidores	150

CAPÍTULO II

Bien jurídico penalmente protegido

1.- Introducción	183
2.- Teorías socioeconómicas	187
3.- Teorías eclécticas	201
4.- Toma de posición	210

CAPÍTULO III

Consecuencias más relevantes de la figura delictiva

1.- Introducción	216
2.- Objeto material y sujeto pasivo del delito	219
3.- Algunas reflexiones en torno a la naturaleza del delito y la conducta	224
4.- Otras cuestiones relativas a las formas de aparición	243
5.- Especial referencia a los concursos de delitos y de leyes y a la publicidad engañosa	259
6.- Toma de posición	282
Conclusiones	294
Bibliografía	304
Anexo jurisprudencial	346

ABREVIATURAS

AAP	Auto Audiencia Provincial
AJCI	Auto Juzgado Central de Instrucción
ADP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
ATS	Auto Tribunal Supremo
Art.	Artículo
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CP	Código Penal
CPCr	Cuadernos de Política Criminal
LGDCU	Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios
LMV	Ley del Mercado de Valores
RAP	Revista de Administración Pública
RD	Real Decreto
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RIDePP	Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RFDUC	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SJP	Sentencia Juzgado de lo Penal
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional

STIUE	Sentencia Tribunal de Primera Instancia UE
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TRLDCU	Texto Refundido para la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios
UE	Unión Europea
VID.	Véase
VV. AA.	Varios autores

INTRODUCCIÓN.-

El presente trabajo tiene por objeto analizar el delito de publicidad engañosa (art. 282 CP) para determinar si es necesaria o no su regulación en el ámbito penal o es suficiente con la prevista en otras ramas del Derecho. Para desempeñar esta tarea, la consideración de la vertiente político criminal es esencial en orden a alcanzar el objetivo propuesto. No se trata, por tanto, de realizar un estudio del delito al uso, ni entrar a debatir temas que ya se han superado, al menos en los últimos tiempos, y que a pesar de las discusiones doctrinales a que dieron lugar, en el momento actual no suelen suscitar especiales controversias. Por ejemplo, los delitos de peligro; el concepto de Derecho Penal económico, los delitos especiales propios, la participación del *extraneus* en aquellos, etc. De ahí que la pretensión sea analizarlo desde esa perspectiva esencialmente político criminal en la que la valoración de diferentes aspectos contribuirá, en mayor medida, a determinar la conveniencia o no de su regulación penal.

Una primera premisa a considerar en el análisis político criminal es el cambio de sistema económico

en el que hay una mayor incidencia capitalista y el método de trabajo de las empresas cambia. Así, para una mayor venta de sus productos necesitan recurrir a técnicas que los den a conocer, éstas no son otras que las publicitarias. En el momento de ese auge neocapitalista el Estado liberal apenas interviene en la regulación del mercado, dejando a las partes la casi total libertad de actuación. Pero cuando las necesidades de los ciudadanos deben ser garantizadas por los poderes públicos surge el Estado social que tiene la obligación de velar por los fondos públicos para poder dar respuesta a las demandas de los ciudadanos. Ese objetivo lo alcanzará con mucha mayor facilidad si interviene en los distintos ámbitos de la vida social, en el caso que atañe a este trabajo será el del mercado. La mencionada intervención se producirá a través de la elaboración de normas que regulen las relaciones entre los ciudadanos. Una de esas normas es el Derecho Penal. Una mayor injerencia estatal no supone un control absoluto y vulneración de derechos, sino que deberá hacerse dentro de los límites de un Estado de Derecho. Por ello, y dentro de dichos límites, el recurso al Derecho Penal es legítimo, y cuando éste se encargue de aspectos de las relaciones económicas, se constituirá en el llamado Derecho Penal económico.

Una vez analizada la legitimidad de intervención del Estado en las relaciones económicas procede estudiar detenidamente la utilización de la publicidad en la actividad mercantil. Tal y como ya hemos apuntado anteriormente, se trata de un recurso que va a contribuir, en gran medida, a la venta de los bienes producidos por las empresas. Por tanto, va adquiriendo tal importancia que se irá produciendo una progresiva especialización con técnicas cada vez más avanzadas. Dichas técnicas se expondrán para tener un mayor conocimiento de un ámbito tradicionalmente ajeno al Derecho Penal. El avance en el campo de la publicidad debe estar relacionado con el consumidor, es decir, valorar en qué situación queda éste ante un mercado que utiliza diversos medios y métodos cada vez más especializados, y sobre todo si es capaz de influir en la conducta del consumidor; y como consecuencia colocarlo en una situación de desventaja frente a los empresarios y los expertos publicitarios. Si realmente se llegara a poner de manifiesto tal situación, nos encontraríamos con un principio acomodaticio de la legitimidad del delito de publicidad engañosa. Dicha comprobación será un aspecto fundamental para ir configurando una idea de si es necesaria o no una protección penal de la publicidad engañosa.

En un estudio como el que se pretende no puede faltar la referencia a los distintos textos que dieron origen a la actual regulación del tipo del art. 282 CP. Los sucesivos proyectos y anteproyectos nos aproximarán a la voluntad del legislador, esto es, a su empeño por regularlo y la redacción que le va dando. No solo nos aportará la intención de aquél, también la forma de hacerlo para inferir, en el momento oportuno, la interpretación del bien jurídico y de otros aspectos propios del delito.

Estas cuestiones que se irán analizando no pueden hacerse al margen de una breve aproximación a algunas legislaciones de nuestro entorno europeo más próximo, en concreto Alemania, Francia, Portugal e Italia. España pertenece a la Unión Europea y por ello mantiene frecuentes contactos comerciales, entre otros, con los países de los que se extraerá la regulación de la publicidad engañosa. La técnica utilizada por éstos puede contribuir, en alguna medida, a los objetivos marcados en este trabajo.

Alcanzada esta parte del trabajo llegará el momento de estudiar el bien jurídico protegido en el delito de publicidad engañosa. El contenido que aquél tenga será de suma importancia para continuar en el camino que tratamos de recorrer para alcanzar

el fin que nos proponemos. Punto de partida del mismo será el de comprobar si existe o no un reflejo constitucional de la protección a los consumidores, y si así fuera procede exponer los términos en los que se hiciere. No resulta ociosa esta valoración para comprobar si al menos existe una referencia en el marco constitucional a la protección de los consumidores. Si se comprueba, finalmente, que la CE establece la protección de éstos, los poderes públicos deberán proceder a acometer esta tarea a través de las normas que sean oportunas para conseguirlo.

La posibilidad de considerar la existencia del referido reflejo de la protección a los consumidores facilitará establecer el bien jurídico tutelado en el delito objeto de estudio. Pero, no sin antes hacer una breve referencia a un tema que le afecta, que no es otro que la protección de los intereses difusos. Se dice "breve referencia" porque si bien supuso en el momento de su aparición una notable fuente de opiniones doctrinales, actualmente es un tema aceptado y relativamente pacífico.

El panorama que antecede no sería completo sin una breve referencia a la regulación que el Estado lleva a cabo en el mercado. La referencia a dicha regulación se referirá a aquellas normas que no son

del ámbito penal. La intervención legislativa del Estado, en una economía de libre mercado, resulta necesaria para evitar el desequilibrio de alguna de las partes. El estudio de la legislación extrapenal elaborada, para evitar desigualdades en una economía de libre mercado, nos permitirá considerar la efectividad de dicha legislación para cumplir su cometido. Para ello debe ponerse de relieve la capacidad de acceso, por parte de los consumidores, a la justicia para hacer valer sus derechos; esto no se comprueba solo con la exposición del número de normas existentes, sino que lo que realmente valida una protección es que quien sufre un ataque pueda defenderse, ante los tribunales, de una manera ágil y eficaz.

Todas estas cuestiones son la puerta de entrada a la valoración de la necesidad o no de la existencia de un delito contra los consumidores en el que la conducta típica radica en la publicidad engañosa. Y esta disyuntiva parte, en buena medida, del respeto al principio de intervención mínima que debe imperar en el Derecho Penal. Por tanto, para saber si realmente se están castigando penalmente los ataques tan graves que merezcan dicha sanción, es imprescindible la exposición apuntada de la regulación en otras ramas del Derecho. Por ello, tal y como ya se ha dicho, el necesario conocimiento de la protección extrapenal nos

indicará las posibilidades reales de defensa de los consumidores ante una publicidad engañosa. Esta información nos llevará a tener una mejor opinión de la idea de la necesaria protección penal o no.

Tras las cuestiones analizadas será el momento de estudiar el bien jurídico penalmente protegido en el delito tratado. La realización de este apartado requiere la distinción y valoración de las diferentes opiniones doctrinales al respecto, y no solo las doctrinales, también las jurisprudenciales. Tras la exposición de las diferentes teorías será el momento de adoptar una posición al respecto.

Un completo estudio del tema nos llevará, una vez superados los escalones que iremos subiendo, a un último Capítulo en el que se expondrán los aspectos más relevantes de la figura delictiva, haciendo mayor hincapié en aquellos que resulten más controvertidos y pasando de forma más somera por los que no lo sean.

Este último Capítulo comenzará por el objeto material y el sujeto pasivo. Uno como concreción material del bien jurídico y el otro como titular del mismo. No obstante, en cuanto al objeto material decir que se tratará el aspecto sobre el que recae la acción delictiva.

Hechas las anteriores consideraciones será el momento de realizar algunas reflexiones sobre la naturaleza del delito y la conducta. La determinación de la primera nos ayudará a la comprensión de otros aspectos a tratar, entre ellos aspectos sobre la propia conducta. En esta última, el estudio se llevará a cabo desde un aspecto práctico que ponga de relieve las situaciones reales que pueden ser supuestos de aplicación del delito de publicidad engañosa.

Después del estudio de las cuestiones apuntadas llegará el momento de analizar el *iter criminis*, es decir, cuándo se considerará consumado el delito y si es posible o no la tentativa, y si fuera posible ésta si cabe la acabada junto a la inacabada. Las opiniones doctrinales no son coincidentes y, en algunos casos, tampoco los son con la interpretación jurisprudencial que se muestra oscilante. Por tanto, se trata de una parte del delito con más disparidad de criterios interpretativos que otras.

Junto al análisis del *iter criminis* se estudiará un aspecto importante en este delito como es el sujeto activo, pues, aunque sea avanzar algo propio del texto, no es una sorpresa que se trata de un delito especial. Esta configuración no solo

es importante a la hora de delimitar al autor material sino a los partícipes. La realidad publicitaria nos pone de manifiesto la intervención de las agencias de publicidad, quienes no solo diseñan las campañas publicitarias sino que, además, son las que entablan las relaciones con los medios de difusión a través de los cuales se van a lanzarlas. Por tanto, son quienes cuentan con una especialización profesional en este ámbito y a los que se recurre por parte de las empresas que pretenden la venta de sus productos. Esta intervención nos llevará a plantear la cuestión de la participación en los delitos especiales de quienes no ostentan la condición exigida por el tipo penal, es decir, el *extraneus*. Por cierto, una intervención que viene siendo aceptada por la doctrina penal y la jurisprudencia. Pero, tal situación vendrá dada por el conocimiento o no de la falsedad del mensaje publicitario. Una cuestión lógica si partimos de la necesaria presencia del dolo en este delito por no estar tipificada la comisión imprudente; algo coherente con un delito fraudulento que se basa en el engaño al consumidor.

Otra cuestión que no debe quedar olvidada en el presente trabajo es la relativa a los concursos con otras figuras delictivas. Surge la necesidad de un análisis del aspecto concursal con otros delitos,

para determinar si se trata de concurso de delitos o un concurso de leyes.

Los delitos con los que se ha considerado necesario proceder al estudio y análisis del aspecto concursal son: la estafa por su proximidad típica y - según consideran muchos autores -, además, por ser la forma de castigar algunos supuestos de la publicidad engañosa antes del Código penal de 1995, cuestión que será oportunamente analizada.

Los delitos contra el mercado de valores, particularmente por un tema muy de actualidad en este momento, como es el que podemos denominar como "caso BANKIA", merecen un estudio concursal con la publicidad engañosa. Para ello tomaremos en consideración las sentencias existentes en el ámbito civil en el citado caso.

También será objeto de análisis el aspecto concursal con los delitos contra la salud pública, en concreto respecto de medicamentos y alimentos. Existen en ambos casos referencias específicas a la publicidad y etiquetado que debe ser puesto en comparación con la publicidad engañosa.

El estudio de los aspectos concursales no puede obviar una referencia, aunque ésta sea breve, a los delitos contra la propiedad industrial.

Dentro de ellos, y como parte de la penalidad, no puede se puede olvidar una referencia a la posibilidad del delito continuado y el delito masa, como formas de castigar conductas consistentes en varios delitos - el primero -, y uno solo pero afectando a una generalidad de personas - el segundo -.

Por último, la penalidad que se prevé en el delito debe ponerse en relación con el principio de proporcionalidad; en el delito de publicidad engañosa la pena prevista es de multa (aumentada en la reforma del CP operada por la LO 15/2003 de 25 de noviembre) y alternativamente a la pena de prisión.

Todas las cuestiones apuntadas nos aportarán una serie de conclusiones que deben ser expuestas en un apartado final y diferenciado del resto del texto. De esta forma, quedará plenamente formada la opinión que sobre la necesaria presencia de este delito o, bien, que es suficiente con la tutela en otras ramas del Derecho.

PARTE I
PUBLICIDAD Y DERECHO PENAL

CAPÍTULO I

ALGUNOS CONCEPTOS PREVIOS

1.- INTRODUCCIÓN.

El punto de partida podemos establecerlo en la transformación del Estado liberal en un Estado social debido a la evolución de la sociedad que demanda una mayor intervención del propio Estado¹. Esta nueva situación se debe a un panorama estatal en el que la Administración Pública se va a hacer cargo de la gestión de los recursos públicos para el bienestar de los ciudadanos. El nuevo modelo requiere que el Estado tome las medidas adecuadas para preservar el erario público y, así, poder acometer las prestaciones necesarias para la vida de los ciudadanos².

El nuevo contexto también impulsa el desarrollo económico, según las leyes de libre mercado y competencia, consiguiendo un mayor acceso al mismo

¹ En este sentido, véase, Borja Jiménez, E.: *Curso de política criminal*, 2ª ed. Valencia 2011, p. 187.

² Vid. Borja Jiménez, E.: *op. cit.* p. 188.

por parte de las empresas y, también, libertad a la hora de establecer los precios basados en esa libre competencia³.

Esta situación puede propiciar un importante desajuste entre las empresas y otras partes que intervienen en el mercado. Una de esas partes son los consumidores - tal y como se irá exponiendo más adelante -⁴.

Los intereses de los ciudadanos con expectativas de adquisición de bienes y servicios de índole económica, se verían afectados por una actividad empresarial sin el debido control estatal, es decir, con la adecuada injerencia en orden a participar en esa vida económico-social y, así, evitar las desigualdades sociales y menoscabo a los intereses de la parte que pueda resultar más afectada. Es por ello que una libre competencia no impide que, desde una perspectiva propia de un Estado de Derecho, se impongan restricciones al derecho de libre competencia⁵. De este modo se

³ Vid. Stampa Braun, J. M^a y Bacigalupo Zapater, E.: "La reforma del Derecho Penal económico español" en *RJC*, vol. 79, n^o 3, julio-septiembre 1980, p. 163.

⁴ Esta afirmación, aunque pueda parecer precipitada, sirve como punto de partida necesario para el estudio político criminal del tema objeto del presente trabajo.

⁵ Más ampliamente, Stampa Braun, J. M^a y Bacigalupo Zapater, E.: *op. cit.* pp. 163 y 164.

garantizará a los ciudadanos el respeto a sus derechos fundamentales ante cualquier exceso⁶.

Esta conversión intervencionista del Estado se traduce en la protección de bienes de carácter colectivo; de este modo, se trata de proteger a la parte de la sociedad que participa en una economía de mercado, pero con un potencial inferior al de las empresas, es decir, se protege a los consumidores que cuentan con menos recursos económicos que éstas que tienen capacidad para lanzar mensajes publicitarios, particularmente cuando son de ámbito más general o masivo.

El progresivo cambio del modelo en uno de mayor intervención, no supone, necesariamente, que la nueva configuración tenga un carácter autoritario, sino que tratará de salvaguardar el verdadero desarrollo de los ciudadanos y el equilibrio social. Este fin se alcanzará cuando el Estado social actúe bajo los límites del Estado de Derecho⁷.

Además, tras la Constitución Española se debe conseguir una situación económica y social justa

⁶ Vid. Nova Monreal, E.: "Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico" en *ADP Fascículo I Tomo XXXV*, enero-abril 1982, p. 48.

⁷ Vid. Mir Puig, S.: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona 1994, p. 33.

que sea reflejo de la voluntad popular y de un verdadero Estado de Derecho⁸. Y esto es así porque la libertad de mercado no es, en sí mismo, un valor absoluto, más bien se encuentra subordinada a la satisfacción de los intereses generales⁹.

A tenor de lo expuesto, se puede afirmar que la posibilidad de una mayor injerencia estatal puede apuntarse desde diversas perspectivas. Una de éstas será la capacidad que tiene éste de facultar ese equilibrio social ya mencionado, a través de la acción de cualquier rama del Derecho. Llegados a este punto resulta necesario poner de manifiesto que cuando la intervención sea desde la perspectiva penal debe obedecer, necesariamente, al principio de intervención mínima. El respeto a dicho principio es perfectamente compatible con el Estado social y su característica intervencionista¹⁰; particularmente cuando esa intervención es, en esencia, una protección de bienes jurídicos

⁸ Véase, Ruiz Vadillo, E.: *Proyecto de ley orgánica de Código Penal*, Madrid 1980, p. 9.

⁹ Vid. Tamarit Sumalla, J. M^a: "La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria: problemas fundamentales" en *Cuadernos de Política Criminal*, n^o 41, 1990, p. 322. El citado autor, manifiesta que los artículos 38 y 128 de la Constitución Española son los que limitan la libertad de mercado a satisfacer los intereses generales.

¹⁰ Más ampliamente Mir Puig, S.: op. cit. p. 152. El referido autor pone de manifiesto el peligro que existe por parte del Estado social de comprometer este principio por utilizar el intervencionismo con una finalidad política alejada de los intereses sociales; y por otro lado de confundir la protección debida a intereses colectivos con al intervención penal.

fundamentales para el individuo y la comunidad¹¹. No obstante, cualquier tipo de intervención debe limitarse a aquellos supuestos en los que exista un evidente desequilibrio social y un peligro para los cimientos de toda sociedad que conforma un Estado de Derecho¹². No se trata, pues, de conseguir una economía dirigida sino de sancionar el mal uso que de la libertad en materia económica puedan hacer las empresas en perjuicio de los consumidores y otros competidores¹³.

Al fin y al cabo, se trata de establecer un conjunto de limitaciones a la actividad empresarial con el propósito de procurar la tutela de un sector, dentro del proceso de producción y distribución de los bienes y servicios que se lanzan al mercado, que son los consumidores¹⁴.

Estas limitaciones tendrán mayor eficacia a través del Derecho Penal, en concreto del llamado Derecho Penal económico, que se considera decisivo para cambiar el rumbo de la política económica desde el prisma de la política criminal de los

¹¹ Véase, más ampliamente, Martos Núñez, J. A.: "El principio de intervención mínima" en *ADP*, nº XL, 1987, p. 132.

¹² Vid. Martos Núñez, J. A.: *op. cit.* p. 134.

¹³ Vid. Rodríguez Mourullo, G.: "Los delitos económicos en el proyecto de Código penal" en *ADP* 1981, p. 711.

¹⁴ Vid. Aguilera Ramos, A.: "La protección de los consumidores" en *RDM*, nº 161-162 julio-diciembre 1981, p. 581.

estados¹⁵. Además, se encuentra respaldado por la CE al proteger el interés y estar al servicio de todos los ciudadanos¹⁶, y desde luego el de aquellos que son destinatarios de los productos¹⁷.

Una vez puesto de manifiesto el llamado "Derecho Penal económico", no se trata de entrar a examinar las teorías que dieron lugar al mismo, sino, más bien, exponer la definición que tiene actualmente. Como breve introducción a este concepto, se ha distinguido, tradicionalmente, entre un concepto estricto de Derecho Penal económico y otro amplio. El estricto se circunscribía a los delitos que atentaban contra la actividad interventora y reguladora del Estado¹⁸. Por otro lado, el concepto amplio se concebía como aquél que afectaba a bienes jurídicos supradindividuales que no atañían directamente a la regulación jurídica del

¹⁵ Véase, más ampliamente, Tiedemann, K.: "Presente y futuro del Derecho Penal Económico" en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid 1995, p. 33.

¹⁶ Vid. Hormazábal Malarée, H.: "Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español" en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid 1995, p. 195.

¹⁷ Véase, Ruiz Vadillo, E.: "La reforma penal y la delincuencia económica. Especial referencia a la protección del consumidor" en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n° extraordinario 13, marzo 1999, p. 34.

¹⁸ Vid. Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal económico*, Madrid 2012, p. 19; en el mismo sentido Novoa Monreal, E.: *op. cit.* p. 65.

intervencionismo estatal¹⁹. La amplia parece la más acertada, sobre todo para responder a las líneas marcadas por la UE a la hora de elaborar normas de protección en materia económica. Los países pertenecientes a la UE y que, por tanto, tienen abiertas las relaciones económicas entre sí, necesitan de una regulación semejante para proteger el tráfico mercantil y evitar así el fraude económico en los distintos países²⁰. Para ello se establecen unas líneas de orientación en la elaboración de las respectivas normativas de los países miembros²¹. Estas directrices comunitarias europeas tratan de aproximar las legislaciones de los distintos estados para que aquéllas sean de utilidad²². Un claro ejemplo de lo apuntado es la Recomendación 81 del Comité de Ministros, adoptada por el Consejo de Ministros el 25 de junio de 1981; en ella se recomienda unos principios comunes de política criminal contra la amenaza de la delincuencia económica, incluyendo la protección a

¹⁹ Vid. Martínez-Buján Pérez, C.: *op. cit.* p. 20; en el mismo sentido, Novoa Monreal, E.: *op. cit.* p. 45.

²⁰ Vid. Vervaele, J.: "La Comunidad Económica Europea frente al fraude comunitario ¿hacia un espacio "penal europeo"? en *CPCr.* N° 43 1991, p. 119.

²¹ Vid. Sieber, U.: "Estado de la evolución y perspectivas del Derecho Penal económico europeo" en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid 1995, p. 615. En el mismo sentido y con exposición de Tratados, véase, Portero Henares, M.: *El delito publicitario en el Código Penal español*, Valencia 2004, pp. 486 y 487.

²² Véase, más ampliamente, Pagliaro, A.: "Límites a la unificación del Derecho Penal europeo" en *Hacia un Derecho Penal Económico*

los consumidores y competidores por la publicidad engañosa²³.

Por tanto, más que una idea de una relación cercana de las disposiciones penales de los países miembros, parece más apropiado afirmar que se ha ido abriendo paso un Derecho Penal europeizado, pues, tras las normas comunitarias los países miembros deben adaptar sus legislaciones porque en caso contrario podrían ser declaradas nulas determinadas leyes penales o sancionadoras administrativas por ser contrarias a las disposiciones comunitarias²⁴. La consecuencia de lo dicho es que se hayan elaborado normas penales, por parte de los países miembros, consideradas legítimas en supuestos en los que se ataque a bienes jurídicos económicos aunque sean de corte clásico como, por ejemplo, el patrimonio ajeno²⁵.

La consecuencia del creciente interés de la UE en la armonización de las legislaciones de sus Estados miembros, y la ampliación a toda infracción que

Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Madrid 1995, p. 694.

²³ Vid. Ruiz Vadillo, E.: "La reforma penal y la delincuencia..." *op. cit.* pp. 35 y 39.

²⁴ Vid. Nieto Martín, A.: "Derecho Penal (económico) europeo" en *Diccionario de Derecho Penal económico*, Madrid 2008, p. 419.

²⁵ Vid. Botike, W.: "Sobre la legitimidad del Derecho Penal económico en sentido estricto y sus disposiciones típicas específicas" en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid 1995, p. 640.

afecte, de alguna manera, a bienes de índole económica, ha llevado a la doctrina a aceptar el concepto de Derecho Penal económico en sentido cada vez más amplio hasta considerar no solo los ataques a bienes económicos supraindividuales, sino también a aquellos que son individuales pero que se orientan a la protección de un bien jurídico mediato supraindividual²⁶.

Así pues, y una vez sentada la premisa conceptual, puede resultar paradójico que el llamado Derecho Penal económico sea la vía para preservar la libertad en el mercado imponiendo restricciones ante los abusos²⁷. Pero la regulación de la actividad de las empresas desde una perspectiva mercantil y administrativa no supone la sistemática presencia del Derecho Penal²⁸, la cual parece necesaria para una mejor preservación del tráfico económico.

²⁶ Así lo concluye, Martínez-Buján Pérez, C.: *op. cit.* p. 67. También, el mismo autor, en *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General*, 4ª ed. Valencia 2014, p. 103.

²⁷ Vid. Bajo Fernández, M.: "Derecho Penal Económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales" en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid 1995, p. 64.

²⁸ Así lo expresa, Ruiz Vadillo, E.: "Derecho Penal económico y proceso penal" en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº extraordinario 13, marzo 1999, p. 258.

2.- PUBLICIDAD Y ECONOMÍA DE MERCADO.

La situación que se acaba de exponer en el apartado anterior es consecuencia del gran desarrollo mercantilista de las sociedades occidentales²⁹, que generó la proyección social de sus productos dentro de un ámbito de gran competencia, donde el receptor de tales ofertas parece encontrarse en una situación de inferioridad respecto del potencial de las empresas. La protección que podía ofrecer el Estado liberal se antojaba escasa y, sobre todo, en una realidad social cada vez más capitalista donde se predicaba la más plena libertad de industria y comercio, proponiendo una libre iniciativa empresarial dentro de un marco competitivo, y, además, considerando el lucro como impulsor de esta actividad³⁰.

Pensemos, según lo expuesto, que el desarrollo del capitalismo transforma el modo de trabajo y de venta. En una época precapitalista la relación entre el productor y el consumidor era prácticamente personal, mientras que en el gran progreso capitalista se basa en una ausencia de relación personal y una oferta multitudinaria e indiferenciada de los productos por parte del

²⁹ Vid. Portero Henares, M.: *El delito publicitario en el Código Penal español*, Valencia 2004, p. 484.

³⁰ Vid. Novoa Monreal, E.: *op. cit.* p. 51.

fabricante. Este nuevo modo de trabajo y de mercado trae como consecuencia inevitable la utilización del recurso de la publicidad³¹. Se llega, por ello, a un nuevo modelo económico sustentando en las tecnologías de la información³².

La idea con la que se parte respecto de la publicidad es positiva, pues, se trata de facilitar información a los consumidores sobre los productos y servicios³³, que la misma sea un medio transversal que estructura a la sociedad desde una perspectiva comunicativa y directa en la vida cotidiana³⁴.

En las sociedades capitalistas se utiliza, por tanto, la publicidad como el medio necesario para dar a conocer a los ciudadanos los productos y servicios de consumo que ofrecen las empresas. La publicidad comercial se ha convertido en el

³¹ En este sentido véase Feliu García, E.: *Los lenguajes de la publicidad*, Alicante 1984, p. 35; en el mismo sentido, Martínez-Buján Pérez, C.: "Sección segunda del capítulo primero 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* n° 37-40 Volumen 2 enero-diciembre 1983, p. 752.

³² Vid. Lafuente Pérez, P.: "Lo social como germen de lo publicitario" en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., 2014, p. 86.

³³ Así lo entiende, Royo Vela, M.: "Diferentes aproximaciones conceptuales a la consideración de la publicidad como información de consumo" en *Quaderns de Treball* n° 73 1998, p. 6.

³⁴ Véase, más ampliamente, Benavides Delgado, J.: "La investigación en comunicación y publicidad: nuevos temas y problemas" en *Revista internacional de comunicación y publicidad*, Vol. I, n° 17, 2012, p. 83.

instrumento más necesario en una economía de libre mercado³⁵.

Tal actividad requiere que los mensajes publicitarios tengan un gran calado en el consumidor a la hora de aumentar sus ventas³⁶. Precisamente, por la necesidad apuntada, cada vez se cuenta con una mayor especialización en este ámbito. Tanto es así, que se produce una progresiva inversión en sus métodos³⁷.

La cada vez mayor influencia de los medios de comunicación, llamados *mass media*, con el poder e influencia que tienen sobre la sociedad por la capacidad de poder llegar a una gran parte de la sociedad³⁸, son los utilizados en el esquema de la intervención publicitaria para conseguir el alcance absoluto, es decir, que su mensaje sea conocido por todos. Por tanto, la publicidad es algo

³⁵ Vid. Tallón García, J.: *Curso de Derecho Publicitario*, Valladolid 1979, p. 17. El citado autor llega a definir esta situación como la que se halla presente a cada momento y en cualquier situación y nos invade con un ímpetu irresistible.

³⁶ Tan importante es vender el producto que se ha llegado a definir la publicidad como "el arte de convencer consumidores", quien así la definió fue Bassat, L.: *El libro rojo de la publicidad (ideas que mueven montañas)*, reimpresión de la 3ª ed Barcelona 2013, p. 33.

³⁷ Véase, Santaella López, M.: *El delito publicitario. Aspectos penales de la comunicación publicitaria*, Madrid 1981, p. 23.

³⁸ Vid. Cuerda Riezu, A.: "Los medios de comunicación y el Derecho penal" en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Volumen I, coordinador; Nieto Martín, A., Cuenca 2001, pp. 196 y 197.

consustancial al sistema socioeconómico de la economía de mercado³⁹.

Esta posibilidad de distribución general y, podríamos decir, en algunos casos, masiva, requiere que la publicidad tenga una vertiente eminentemente convincente. La premisa apuntada tiene una consecuencia inevitable, aquella ha dejado de ser accesoria para convertirse en un elemento principal con gran influencia en el sistema económico y social. Tanto es así, que en un determinado momento el producto era su propia publicidad, en cambio hoy se ha convertido en su propio producto y se confunde consigo misma⁴⁰. Pasando, además, de un modelo puramente mecánico y direccional⁴¹ a uno sistémico de enorme complejidad que atiende a la interactividad y la interdependencia de los nuevos referentes de la comunicación: un modelo que persigue representar todo ese conjunto de interrelaciones que existen en los, ahora, más

³⁹ Véase, más ampliamente, Sierra López, M^a V.: *Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en internet*, Valencia 2003, p. 62. En el mismo sentido apuntaba los avances producidos en la comunicación de masas y la inserción de las campañas publicitarias, Vázquez Cueto, J. C.: "La publicidad correctora: un modelo americano adoptado por la Ley General de Publicidad" en *La Ley* 1992-2, p. 926.

⁴⁰ Baudrillard, Jean: "Publicidad absoluta, publicidad cero" en *Revista de Occidente*, N^o 92, 1989, pp. 8 y 9.

⁴¹ Este modelo se basaba en los principios de la lingüística estructural y el conductismo estadounidense, es decir, la direccionalidad del emisor - hablante - respecto a la del receptor - oyente -. Más ampliamente, Benavides Delgado, J.: "La nueva

complejos procesos de interacción cultural que derivan de la práctica mediática y publicitaria. Se hace de la comunicación y los medios un escenario complejo de ámbitos culturales que vienen a sustituir los modos tradicionales de comprender el mundo. En este nuevo panorama intervienen directamente los individuos, las instituciones públicas y las empresas⁴².

3.- TÉCNICAS PUBLICITARIAS Y SITUACIÓN DEL CONSUMIDOR.

Una perspectiva tan incisiva y relevante como actualmente tiene la publicidad⁴³, tal y como estamos exponiendo, necesita unas técnicas adecuadas que la consoliden. Esta nueva configuración de la técnica publicitaria ya no transmite el mensaje que implique el simple binomio producción-venta, apoyado en una idea de propaganda⁴⁴; ahora se trata de imponer una

andadura de la publicidad" en *Publicidad 360°*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., 2014, p. 9.

⁴²*Ibidem*.

⁴³Partiendo de la idea de la vertiente eminentemente convincente de la publicidad comercial que acaba de ser expuesta.

⁴⁴Idea relativa a la propagación de ideas con una organización y plan de acción y, con frecuencia, con la puesta en práctica de procedimientos directos. Usada en el ámbito mercantil pero de una forma menos usual que en otros ámbitos como religión, política, filosofía, etc. Así, Haas, C. R.: *Teoría, técnica y práctica de la publicidad*, Madrid 1971, p. 14.

ideología donde el individuo pierda la conciencia de la realidad de sus necesidades, para adaptarse a una nueva filosofía de consumo que reduzca o anule su capacidad crítica⁴⁵. Si bien hay quien opina que la publicidad no crea valores sino que los transmite, pues, pretende sugestionar para motivar la conducta sin que el consumidor se dé cuenta⁴⁶. Sin embargo, sí parece que la propia publicidad contribuya a crear valores - más que transmitirlos - porque la tendencia es incidir en la capacidad motivacional del ciudadano para que realice múltiples actos de consumo, que en la mayoría de los casos podríamos considerar innecesarios, cambiando las actitudes implícitas y explícitas por los mensajes persuasivos⁴⁷. Por tanto, la publicidad ya no consiste en informar al público sobre las características y el precio del producto, sino que tiene una finalidad ulterior como es persuadir a los consumidores para que compren los productos anunciados⁴⁸.

⁴⁵ Véase, Pignotti, L. *La supernada. Ideología y lenguaje de la publicidad*, Valencia 1976, p. 30.

⁴⁶ Véase, más ampliamente, Biedma Jaén, J. "Valores de la publicidad y publicidad de los valores" en *Comunicar: Revista científica iberoamericana de comunicación y educación*, N° 9, 1997, p. 62.

⁴⁷ Vid. De Diego Vallejo, R.: "Modelos psicológicos sobre comunicación persuasiva" en *Publicidad 360°*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., 2014, p. 66.

⁴⁸ Vid. Fernández Novoa, C.: *Estudios de derecho de la publicidad*, Santiago de Compostela 1989, p. 58.

Según lo que acabamos de exponer, se podría afirmar que la vida económica del individuo puede establecerse sobre tres momentos: primero el de las necesidades, porque crean deseos y pasiones; segundo el de los esfuerzos, necesarios para alcanzar el objeto del deseo o satisfacer la pasión; tercero el de la satisfacción, lograda con la realización de haber obtenido lo pretendido anteriormente. La publicidad solo actúa sobre los dos primeros: crea o excita las necesidades, los deseos, las pasiones (que una vez nacidos resultan, en general, progresivos) y minimiza los esfuerzos del individuo para satisfacerlas⁴⁹.

Por tanto, ha pasado de ser una exclusiva herramienta comercial de las empresas a ser una forma de racionalidad utilizada en la sociedad como argumento legitimador de comportamientos y estilos de vida. Así pues, ya no se concibe a la publicidad como la simple actividad de hacer anuncios, sino como una verdadera "industria cultural" que utiliza sus herramientas y recursos para generar discursos sociales que afectan a la vida de las personas y, por ende, al consumo que éstas efectúan⁵⁰.

⁴⁹ Vid. Haas, C. R. *op. cit.* p. 79.

⁵⁰ Vid. Benavides Delgado, J. "La investigación en comunicación....." *op. cit.* p. 82.

Una de las primeras técnicas con la que nos encontramos para conseguir los fines apuntados y que, además, ayuda a controlar el mercado es el marketing⁵¹. Dicha técnica se implantó a mediados del siglo XX, trasladada a Europa desde Estados Unidos. La consecuencia directa del marketing supone una mayor creatividad de los mensajes publicitarios que construye una forma de decir las cosas; una forma breve, concisa, ocurrente y, sobre todo, cargada de información apoyada en la imagen. El éxito de este modelo supuso que la publicidad se convirtió en una herramienta no solo para ganar dinero y hacer ganar dinero a las empresas, sino, también, para consolidar modelos de convivencia social⁵². Para alcanzar el fin pretendido la estrategia de marketing se basa en cuatro principios fundamentales:

- 1) Orientación al consumidor. Entendida como la búsqueda de satisfacción del consumidor como objetivo prioritario de una empresa.
- 2) La segmentación. Se trata de la división conceptual del mercado en grupo de consumidores para poder

⁵¹ El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo remite a la palabra "mercadotecnia" para definirla como "El conjunto de principios y prácticas que buscan el aumento del comercio, especialmente de la demanda, y estudio de los procedimientos y recursos tendentes a este fin". Sobre la utilización del marketing en las sociedades industriales, véase Santaella López, M.: "Los derechos de información y expresión de los consumidores y usuarios" en *Documentación Jurídica*, N° 18 abril-junio 1978, p. 413.

⁵² Vid. Benavides Delgado, J.: "La nueva andadura de....." *op. cit.* p. 14.

atenderlos mejor. Un extenso y homogéneo grupo de consumidores supone una gran dificultad para la mayoría de las empresas a la hora de satisfacer sus intereses.

- 3) Marketing diferenciado. Consiste en vender el producto adaptado a las necesidades en los segmentos en los que se ha dividido a los consumidores, en lugar de tratar de vender el mismo producto a todos los segmentos de manera indiferenciada.
- 4) Posicionamiento. Consiste en proyectar una imagen definida del producto en la mente del consumidor. Así, se conseguirá que éste, a la hora de pensar en un producto, lo haga evocando la marca⁵³.

El marketing ha servido para el completo análisis del mercado, concluyendo con la viabilidad de los productos en la potencial adquisición de los consumidores⁵⁴.

A partir de la utilización de esta técnica, la publicidad camina junto al marketing de una manera

⁵³ Véase, más ampliamente, Tellis, G. J. y Redondo, I.: *Estrategias de publicidad y promoción*, traducido por: Belló, C. y Villar, I., Madrid 2001, pp. 21 a 31.

⁵⁴ Vid. Hansen H. L.: *Marketing*, Barcelona 1970 - traducción realizada por Gabino Pascual -, p. 18. Este autor define el marketing como el proceso de descubrir y plasmar las necesidades del consumidor en especificaciones de producto y de servicio, y seguidamente contribuir a hacer posible que un número cada vez mayor de consumidores puedan disfrutar de estos productos y servicios.

indisoluble, estudiando las posibilidades existentes en el mercado de un determinado producto o servicio y generando la posible demanda en la sociedad.

Esta nueva fórmula utiliza medios más expansivos como televisión, cine, etc, para tener una verdadera eficacia, y si a ello unimos una situación progresiva de nuevas tecnologías, su propagación es mucho mayor. A este respecto cabe señalar el alcance internacional de los mensajes, con referencia en diferentes idiomas⁵⁵. Sobre todo ayudado por las redes sociales, en las que internet ha supuesto el despegue hacia una comunicación global y, ahora más que nunca, masiva, utilizándola como una herramienta fundamental en nuestro tiempo⁵⁶. Esta nueva situación de un mundo globalizado en el que todos hablan con todos, gracias a las nuevas tecnologías, los mensajes publicitarios pueden llegar a todos los rincones del mundo y hacer partícipe a cualquier persona⁵⁷. Así, con la utilización de distintos soportes

⁵⁵ Vid. Álvarez Nobell, A.: "El Nuevo panorama de los medios tradicionales: ¿qué hacer con la publicidad?" *Publicidad 360°*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., 2014, p. 133.

⁵⁶ Véase, más ampliamente, Romero Calmache, M.: "Nuevos medios digitales y sus posibilidades publicitarias" en *Publicidad 360°*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., 2014, p. 150.

⁵⁷ Vid. Jiménez, M. C.: "Investigar la publicidad desde sus contenidos" en *Publicidad 360°*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., 2014, p. 96.

técnicos, es más fácil llamar la atención del consumidor y despertar su interés⁵⁸.

Así pues, según la nueva dinámica publicitaria, el consumismo se transmite con una visión basada en una idea de vida, en la mayoría de los casos, absolutamente irreal. Los productos de consumo deben ofrecer al destinatario la posibilidad de materializar sus expectativas frustradas, encontrándose identificado socialmente, pero a la vez diferenciado del resto, con el consumo de un determinado producto. Tanto es así, que la moderna expansión publicitaria comienza la contratación, por parte de las agencias publicitarias, de psicólogos y sociólogos con la finalidad de obtener mayor calado a través de la explotación emocional. Los métodos que comenzaron a utilizarse fueron los de investigación *sicográfica*⁵⁹, llegando a crear en los Estados Unidos de los años ochenta, del siglo XX, el enfoque *sicográfico* denominado VALS⁶⁰, estableciendo categorías de ciudadanos integrados o

⁵⁸ Más ampliamente, Gómez Nieto, M^a B.: "Nuevas tendencias en comunicación publicitaria" en *Publicidad 360°*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., 2014, p. 164.

⁵⁹ Se trata del sistema publicitario utilizado a principio de los años ochenta del siglo XX en Estados Unidos, en el que se analiza la población dividiéndola en segmentos; una vez se han obtenido los segmentos de población se establecen los perfiles de cada uno de ellos y la campaña publicitaria se canaliza en la explotación emocional del consumidor de cada segmento poblacional que se hubiere establecido. Así se describe por Meyers, W.: *Los creadores de imagen*, Barcelona 1994 - traducción realizada por Joaquín Adsuar Ortega -, pp. 22 y ss.

no según actualizaban su consumo a la nueva idea de vida que se les transmitía a través de la publicidad⁶¹.

La tendencia apuntada se alimenta de la posibilidad actual y de la futura. En otras palabras, no solo se trata de obtener unas importantes ventas de productos en el momento en que son creados, sino que persigue una finalidad de consumo sin solución de continuidad. Se crea una tendencia empresarial a una productividad virtualmente ilimitada por la estructura técnica formada, y la necesidad de dar salida a los productos. La mejor forma de conseguirlo es manipulando al consumidor para adaptar su comportamiento a las necesidades del mercado y generar la falsa necesidad de un producto⁶². Ésta es una de las principales críticas que se hace a ese uso de la publicidad, esto es, hacer actuar a las personas sin control consciente sobre sus comportamientos⁶³. Por ello, el hecho de crear estereotipos e incidir en la explotación emocional conseguirá que los consumidores quieran ser partícipes de la vida publicitaria, necesitando que

⁶⁰ *Values and Life-Styles*, es decir, Valores y Estilos de Vida.

⁶¹ Véase Meyers, W.: *op. cit.* Barcelona 1994, p. 25.

⁶² Razonamiento hecho por Lafuente Pérez, P.: *op. cit.* p. 91.

⁶³ Vid. Royo Vela, M.: "Las críticas a la publicidad" en *ESIC MARKET* nº 97 julio-septiembre 1997, Madrid, p. 96.

su voz sea oída, así como sus quejas y descontentos⁶⁴.

La respuesta a este desafío supondrá que se sigue penetrando de forma directa en el consumidor asegurando, por tanto, que las ventas continúen⁶⁵. Pese a todas las posibles reacciones del mismo frente a la publicidad, ésta seguirá utilizando la forma más adecuada para interferir en el momento motivacional y asegurarse el consumo innecesario que propicia la riqueza emergente de las empresas. Es decir, la evolucionada técnica publicitaria seguirá gravitando sobre la creación de la imagen social y de la integración en esta sociedad según los actos de consumo que se realicen.

Para llegar a tal influencia en la capacidad de decisión de los consumidores se requiere que la especialización publicitaria se nutra de aspectos psicológicos y sociológicos, además de los tradicionales análisis económicos del mercado, como se ha apuntado anteriormente. La permeabilidad que las personas van a presentar al mensaje dependerá, en gran medida, de la materialización psicológica que el producto adquiera en un determinado sector

⁶⁴ Vid. Benavides Delgado, J. "La investigación en....." *op. cit.* p. 82.

⁶⁵ Véase Meyers, W. *op. cit.* pp. 248 y ss. Así pronosticó el citado autor que sería la publicidad desde mediados de los noventa y hacia el año 2000.

de la población que resulte más flexible para que su realización vital encuentre acomodo en el producto que se les ofrece y que, finalmente, adquirirán.

El acierto publicitario se encontrará - dentro de las técnicas que se emplean - en que el estímulo utilizado sea correcto o no⁶⁶. Para ello hay que dar primero con el concepto, el mensaje clave que es lo que diferencia el producto de un fabricante de la competencia⁶⁷. En otras palabras, la publicidad que más gusta es la que más vende⁶⁸.

No obstante, la consideración de la publicidad no puede entenderse desde una perspectiva aislada⁶⁹, sino más bien desde el acomodo en la estructura social que se ha creado. Es decir, la creación de una sociedad de superlativos tiene como consecuencia que la economía sobreviva creando artificialmente la demanda en lugar de satisfacerla⁷⁰. Para ello, surgen nuevas formas de comprobar la eficacia que ha tenido la publicidad

⁶⁶ Véase Ogilvy, D.: *Ogilvy y la publicidad*. 4ª ed. Barcelona 1990 - traducción realizada por Diorki Traductores - p. 9.

⁶⁷ Véase, Cuesta Tovar, M.: "Éxito en publicidad, cuestión de estadísticas" en *Revista de estadística y sociedad*, nº 61, 2014, p. 4.

⁶⁸ Vid. Bassat, L.: *op. cit.* p. 40.

⁶⁹ La idea que subyace en la perspectiva apuntada es la consideración de la publicidad como un universo cerrado en sí mismo.

⁷⁰ Vid. Pignotti, L. *op. cit.* p. 32.

lanzada sobre el consumidor. El estudio de audiencias a través de los medios de comunicación⁷¹.

Pero las nuevas técnicas de medición de la eficacia publicitaria no se quedan ahí, sino que van más allá midiendo las respuestas de los individuos ante las personas especializadas capaces de analizarlas. Esto último se realiza de la siguiente forma:

-Técnicas cognoscitivas: miden la capacidad del anuncio para llamar la atención, el conocimiento y la comprensión del individuo. Esta técnica persigue que el individuo sea consciente de la existencia del producto y de los beneficios que posee.

-Técnicas afectivas: miden la actitud que un estímulo publicitario es capaz de generar en las personas para producir un cambio de actitud.

-Técnicas conativas: miden el comportamiento de respuesta de las personas no solo en términos de compra, sino también a través de la predisposición a actuar en la dirección que se desea, por ejemplo,

⁷¹ Vid. Matellanes Lazo, M. y Tapia Frade, A.: "Cómo investigar para la publicidad actual" en *Publicidad 360°*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., 2014 pp. 115 y 116. Los autores citados, a modo de ejemplo, la AIMC (Asociación para la Investigación de los Medios de Comunicación) y su en el EGM (Estudio General de Medios).

pidiendo más información del producto o acudiendo al punto de venta⁷².

Por tanto, la publicidad juega un papel tan importante que su tendencia actual viene marcada por la creación de ideas de un producto, incluso antes de probarlo. Evidentemente, nadie conocerá de verdad el producto y sus características y condiciones hasta que no lo adquiera; por ello, la publicidad trata de crearnos una idea en nuestra mente sobre un determinado bien de consumo. La vida de dicho producto - de una determinada marca - depende, de una manera fundamental, de aquella. Tanto es así que se ha llegado a afirmar, tal y como ya apuntamos, que la publicidad no es solo parte del producto sino que es el producto⁷³.

Esta nueva forma de llevarla a cabo descubre su nuevo cometido, ya no trata de mostrar a los consumidores los productos que tiene a su disposición en el ámbito del mercado, sino que trata de transmitirles una idea sobre un determinado producto - tal y como hemos apuntado, la propiedad de una marca - que permanezca en su cerebro y suponga una pertinaz búsqueda de

⁷² Así lo expone, Martín Santana, J. D.: "Medición de la eficacia publicitaria" en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., 2014 pp. 178 y 179.

⁷³ Véase Lorente, J.: *Casi todo lo que sé de publicidad*, Barcelona 1989 6ª ed., p. 15.

aceptación social el hecho de adquirirlo y disfrutarlo⁷⁴. Incluso se llega a afirmar en publicidad que los consumidores quieren que las marcas les faciliten sus elecciones de compra y, por supuesto, las firmas lo hacen con propuestas revestidas de seducción y afectividad⁷⁵.

En este planteamiento de la publicidad llegamos a la atracción emotiva, que juega un papel importantísimo en la estimulación del deseo y la determinación en la acción de adquirir⁷⁶, y ese deseo puede ser satisfecho rápidamente - particularmente cuando se trata de productos perecederos -.

Pero al hablar del aspecto emotivo, no debemos dejar de lado la importancia que éste tiene en el comportamiento humano. En primer lugar, bajo una óptica neurológica se considera a las emociones como un conjunto complejo de respuestas químicas y neuronales. Pero aun así, las respuestas son producidas cuando el cerebro detecta un estímulo

⁷⁴ La técnica publicitaria en algún momento se ha amparado más en determinadas ciencias - como fue el psicoanálisis en los años setenta y ochenta - que en la propia imaginación de los publicistas. Más ampliamente, véase, Meyers, W.: op. cit. p. 54.

⁷⁵ Más ampliamente, López Vázquez, B.: *Publicidad emocional. Estrategias creativas*, Madrid 2007, p. 31. Aunque hay quien ha suavizado más esta última afirmación diciendo que los consumidores quieren que se les facilite la elección a través de la información, entretenimiento y confianza, véase Bassat, L.: op. cit. p. 37.

⁷⁶ Véase Lester, B.: *Ingeniería de ventas*, Bilbao 1968 2ª ed. - traducción realizada por Santiago González Esteban -, p. 45.

emocionalmente competente, pues, el cerebro está preparado, por la evolución, para responder a esos estímulos con repertorios específicos de acción⁷⁷. En segundo lugar, la reacción emocional puede tener lugar sin conocimiento consciente del estímulo emocionalmente competente⁷⁸; en tercer lugar, una vez desencadenada la emoción, se activan distintas partes de ejecución de emociones en distintos puntos del cerebro⁷⁹.

Surge, por tanto, la publicidad emocional que trata de persuadir al consumidor a través de sus sentimientos para cubrir deseos y anhelos profundos de manera real o simbólica⁸⁰.

La participación de expertos en ventas, estudiosos de los mercados, psicólogos y sociólogos genera una posibilidad significativa de creación de necesidades en los consumidores⁸¹ para que adquieran

⁷⁷ Vid. Damasio, A. R.: *En busca de Spinoza. Neurobiología de la emoción y los sentimientos*, traducido por Joan Domènec Ros, Barcelona 2005, p. 55.

⁷⁸ Vid. Damasio A. R.: *op. cit.* p. 57. El citado autor considera que para que se produzca una reacción emocional ante un estímulo competente el organismo lo evalúa, pero esta evaluación no necesariamente se hará de forma consciente, sino que puede hacerse de forma inconsciente.

⁷⁹ Vid. Damasio A. R. *op. cit.* p. 60.

⁸⁰ Vid. López Vázquez, B. *op. cit.* p. 32. Los aspectos emocionales más utilizados en publicidad son los relativos al instinto maternal o paternal, el cariño hacia los animales, el miedo, la curiosidad y la excitación sexual, vid. Tellis, G. J. y Redondo, I.: *op. cit.* 159.

⁸¹ A tal efecto se utiliza la expresión "creación de necesidades" para transmitir la idea de artificialidad en la sensación

los productos y servicios que se exhiben en el mercado. El comportamiento de éstos empieza a considerarse el eje fundamental de la actividad publicitaria, por ello, la psicología ocupa un lugar fundamental. Se utilizan métodos de investigación en psicología centrados en estímulos, respuestas, percepción, atención selectiva, aprendizaje, inteligencia y personalidad y, sobre todo, comportamiento del consumidor⁸².

La vida publicitaria comienza, ahora más, a gravitar sobre la idea ya comentada de creación de estereotipos de personas, que adquirirán una mayor integración social con el consumo de determinados productos o servicios o consumiendo una determinada marca. La manera de conseguir este sistema pasa por la influencia emocional en los consumidores que se sienten realizados - en lo que a integración social se refiere - por el hecho de adquirir y disfrutar de determinado producto o marca de dicho producto. Al fin y al cabo la motivación no está en el producto, está en el interior de la persona⁸³.

No podemos dejar de mencionar, a raíz de lo expuesto, la enorme contribución a la publicidad

despertada en los consumidores sobre la necesidad, para su vida cotidiana, de la adquisición de determinados productos.

⁸² Vid. Guía García, J. C.: "La publicidad, una teoría difícilmente práctica" en *Revista Latina de Comunicación Social* nº 8, agosto 1998, p.2.

emocional que tienen los medios de comunicación. Éstos ponen a disposición del público un mercado de sensaciones a través de imágenes placenteras asociadas a las marcas. Se han convertido en un espacio idóneo para que los destinatarios tengan experiencias emocionales a través de la publicidad, dentro de un espacio mediático que facilita a la sociedad una evasión y el disfrute mediante los contenidos emitidos, y que son de fácil recepción⁸⁴.

Como ejemplo a lo apuntado anteriormente pondremos de manifiesto algunos temas de publicidad ligada a los sentimientos:

- 1.- Audi: habla del deseo de estatus y admiración.
- 2.- Lanjarón: expresa el deseo de pureza unido al sentimiento de libertad.
- 3.- Bourjois: responde a un deseo de independencia de las mujeres.
- 4.- Agua fresca de rosas: representa delicadeza y sensualidad femenina que seduce al hombre.
- 5.- Giorgio Armani: es un reflejo de la obsesión narcisista por conseguir el cuerpo perfecto.
- 6.- Once: representa el anhelo de la vida perfecta sin obligaciones.
- 7.- Antiarrugas: la búsqueda de la eterna juventud.

⁸³Vid. Bassat, L.: *op. cit.* p. 81.

⁸⁴ Vid. López Vázquez, B.: *op. cit.* p. 33.

8.- Repsol: los sueños por llegar a ser los mejores.

El análisis realizado es una clara explicación de las motivaciones subconscientes de las personas. Por tanto, esa publicidad emocional habla de los sueños y emociones de las personas - contenidos de la psique humana -, sirviendo como instrumento a la sociedad de consumo, y utilizando los mensajes publicitarios para generar nuevas necesidades en los consumidores que solo podrán ser satisfechas por aquellos que forman el tejido productivo⁸⁵.

Pero la técnica publicitaria capaz de generar deseos y necesidades en las personas no acaba ahí, pues, si hablamos de persuasión, no podemos olvidar la última y más reciente tendencia que es el llamado *neuromarketing*. Se trata de aplicar la neurociencia al ámbito publicitario, es decir, el estudio de la localización anatómica de los procesos cerebrales⁸⁶. La definición de la citada técnica ha sido aceptada como aquella disciplina avanzada que investiga y estudia los procesos cerebrales que explican la conducta y la toma de decisiones de las personas en los campos de acción

⁸⁵ Véase, más ampliamente, López Vázquez, B.: *op. cit.* pp. 140 y 141.

⁸⁶ Vid. Muñiz Velázquez, J. A.: "La revolución neurocientífica en publicidad y marketing" en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., 2014, p. 193.

del marketing tradicional: inteligencia de mercado, diseño de productos y servicios, comunicaciones, precios, branding, posicionamiento, canales y ventas⁸⁷. Si esta técnica no está más implantada en publicidad es por los elevados costes que representa por la necesaria participación de personas altamente cualificadas⁸⁸. Tanto es así, que, a modo de resumen, se indicarán unas técnicas utilizadas:

- 1) *Eye-tracker*: se trata de un dispositivo a través del cual se lleva a cabo la observación del comportamiento ocular ante una determinada configuración estimular. Con ello se conseguiría determinar qué puntos exactos han sido visualmente atendidos y percibidos.
- 2) *Electroencefalograma*: se mide la actividad eléctrica del tejido neuronal, especialmente el de la corteza cerebral. Con esta técnica se puede detectar la activación que se produce en el neurocórtex ante un determinado estímulo.
- 3) *Electrocardiograma*: sirve para registrar la actividad eléctrica del corazón. Con ello se puede observar el ritmo cardíaco ante una situación perceptiva a la que se exponga al sujeto.
- 4) *Electromiograma*: se registra la activación nerviosa que está detrás del control de la musculatura. Esta

⁸⁷ Véase, más ampliamente, Braidot, N. P.: *Neuromarketing*, Barcelona 2000, p. 6.

⁸⁸ Vid. Muñiz Velázquez, J. A.: *op. cit.* p. 190.

técnica permite observar una contracción muscular ante una situación estimular y establecer el correlato emocional que dicha situación puede estar provocando, por ejemplo, músculos faciales.

- 5) Respuesta galvánica de la piel: mide el potencial eléctrico de la piel a través de una serie de electrodos colocados en las manos. Recoge el cambio de conductividad de la piel, lo cual es una señal inequívoca de un cambio de nivel de activación psicofisiológica ante un estímulo determinado.
- 6) Imagen por resonancia magnética funcional: registra con mayor precisión la actividad en zonas profundas del encéfalo. A través de esta técnica es posible medir milimétricamente todo tipo de cambios de la actividad cerebral asociados a todo tipo de estimulaciones, tanto internas al sujeto como contextuales.

Con todas las técnicas expuestas se puede decir que todos los procesos psicológicos básicos implicados en la comunicación publicitaria son observables bajo el estudio neurocientífico, empezando por la atención que es capaz de conseguir todo tipo de elementos del mensaje para ser primeramente percibido⁸⁹. Los cerebros están siempre receptivos a un nuevo estímulo⁹⁰.

⁸⁹ Véase, más ampliamente, Muñiz Velázquez, J. A.: *op. cit.* pp. 198 y 199.

⁹⁰ Ratey, J. J.: *El cerebro: manual de instrucciones*, Barcelona 2003, p. 143.

La satisfacción personal del consumidor, a la hora de adquirir, es lo que ha finalizado todo un proceso que quiere incidir en el momento motivacional de la persona, a través de la publicidad que le ha hecho percibir el producto o servicio por los sentidos y que ha conseguido generar una idea en su mente que le hará persistir en la intención de adquirirlos.

Esta tendencia publicitaria que se acaba de presentar es la que consigue aquello que se dijo anteriormente, que no se queda en el mero propósito de una compra aislada e inmediata, pues, las empresas, como parte de una sociedad de mercado y consumista, necesitan la constante generación de expectativas de adquisición para continuar con su más que lucrativa actividad⁹¹.

Para conseguir ese objetivo, las empresas necesitan una gran incidencia en los consumidores, con la utilización de los medios necesarios para

⁹¹ Pensemos, para aclarar esta idea, en los avances tecnológicos a nivel informático o de propio entretenimiento. Cuando se adquiere el novedoso ordenador con los nuevos desarrollos técnicos genera la necesidad de adquisición en los consumidores para la realización de su trabajo e incluso comunicación; en poco tiempo se aparece un nuevo progreso técnico que nos hace pensar en lo necesario que es para nuestro trabajo, cuando en realidad no es así, aunque sí es cierto que puede mejorar las prestaciones; pero realmente no es una solución que de verdad sea imprescindible. Aun así, nos han influenciado tanto que se ha generado en nuestra mente la idea de necesidad y de progreso social con la nueva adquisición.

ello y con la contundencia precisa en su utilización⁹². La gran cantidad de dinero que se genera en este ámbito mercantil del continuo consumo, seduce a las empresas para que busquen la mayor efectividad en la comercialización de sus productos y servicios. Dicha efectividad supondrá que las técnicas utilizadas no sean del todo lícitas, o en el que caso que lo sean que se trate de manipular al consumidor. El problema, pues, no es la publicidad en sí misma, sino la deformación de ésta⁹³. Es decir, la publicidad, incluida la persuasiva, no tiene que materializarse, necesariamente, en un tono negativo, pues, se ha llegado a afirmar con buen criterio que el problema no está en persuadir, sino en qué se trata de persuadir y cómo se va a hacer. La persuasión, para entenderla de un modo positivo, debe estar dirigida a la inteligencia para que los consumidores entiendan que lo que se les ofrece es bueno para satisfacer una necesidad o un deseo; en caso contrario, la publicidad persuasiva se estará utilizando negativamente y convirtiendo a los

⁹² Al respecto podemos mencionar las agencias publicitarias con toda su estructura establecida para conseguir su objetivo que es la venta del producto perteneciente al anunciante. Más ampliamente, véase, Lorente, J.: op. cit. pp. 245 y ss.

⁹³ Vid. García Varela, R.: "Apreciaciones sobre la publicidad ilícita" en *La Ley*, nº 2 1997, p. 127.

consumidores en un mero objeto de consumo sin límite⁹⁴.

Una vez expuestos estos argumentos es el momento de reiterar la idea que ha sido punto de partida, es decir, la situación desventajosa en la que se encuentran los consumidores ante el poder que manejan las empresas. Y esta afirmación es consecuencia, después de haber reflejado las técnicas publicitarias, por la continua y progresiva, porque no decirlo, manipulación de la masa social en el entorno mercantil⁹⁵. La desventaja aludida se materializa de una forma clara para quien es objeto de dicha manipulación, porque semejante realidad acaba siendo decisiva para anular o disminuir enormemente el poder decisorio de los ciudadanos. Ya ha quedado mostrado que el modelo publicitario abunda, cada vez más, en estereotipos, modelos preestablecidos y, finalmente, hábitos de consumo. Tanto es así, que los textos publicitarios no persiguen la comprensión del consumidor, sino más bien que cause efecto debido a una presentación atractiva, sugestiva y alusiva⁹⁶.

⁹⁴ Véase, más ampliamente, Megías Quirós, J. J. y Cabrera Caro, L.: *Ética y Derecho de la publicidad*, Granada 2013, p. 22.

⁹⁵ Tal entorno viene referido a la idea que se está apuntando sobre una sociedad eminentemente capitalista y consumista.

⁹⁶ Véase Feliu García, E.: *op. cit.* p. 286.

La repercusión económica que las empresas marcan sobre el consumidor se manifiesta cada vez más, de tal manera que los gastos en actos de consumo son mayores y, por ende, los posibles perjuicios económicos que se pueden generar, con una conducta ilícita por parte de las empresas que ponen a disposición de las personas los productos o servicios de consumo.

Tras lo dicho, nos encontramos ante unos potenciales daños económicos, debido a su volumen, cada vez más percibidos por el consumidor y, sobre todo, cuando se realiza, como se ha apuntado, una conducta defraudatoria que tendrá una respuesta social notable reclamando una mayor protección - incluso desde la perspectiva penal -. Esta reacción presionará sobre el legislador⁹⁷.

La incidencia de la delincuencia económica es cada vez mayor debido a la gran cantidad de dinero que la actividad empresarial genera. Este volumen propicia un perjuicio importante en los ciudadanos

⁹⁷ Véase Arroyo Zapatero, L.: "Actualidad político criminal del derecho penal económico en España" en *Estudios de Derecho penal económico*, Castilla-La Mancha 1994, p. 15. Se ha apuntado que existe el riesgo de caer en un Derecho Penal simbólico cuando se utiliza para calmar la ansiedad de la población, así Bajo Fernández, M.: "Los delitos económicos como manifestación característica de la expansión del Derecho Penal" en *Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Cuenca 2001, p. 408. En este caso, entendemos que la intervención penal no responde a un Derecho Penal simbólico, sino a una necesidad de protección de los consumidores.

que sufren las conductas delictivas. Si a esta ascensión de la delincuencia económica sumamos el poder de las empresas y las limitaciones de los ciudadanos para hacerles frente, convendremos que se antoja necesaria la intervención del Estado para proteger a la parte más débil, el consumidor.

Si el ámbito de la defraudación económica lo circunscribimos al ámbito de la publicidad, es decir, a los supuestos en los que se ha utilizado ésta para causar un perjuicio a los consumidores a través de la publicidad ilícita, más concretamente en la engañosa⁹⁸, con el correlativo ánimo de enriquecimiento por parte de las empresas, debemos plantearnos si los mecanismos de defensa que ha creado el Estado son suficientes para la protección de los ciudadanos.

Recordando el ámbito general y, en muchos casos, masivo de la publicidad, junto con las técnicas de gran influencia y calado que se utilizan actualmente para la venta a los consumidores; cuando además se realice bajo un espectro falsario, el perjuicio puede ser de grandes dimensiones. Pensemos detenidamente en la incidencia emocional - de la que ya hemos hablado - que hoy en día tiene la publicidad sobre los ciudadanos, en los que

⁹⁸ Vid. Ripoll Navarro, R.: "Publicidad engañosa, tratamiento jurídico español y comunitario" en *La Ley*, nº 3 1991, p. 996.

genera una idea de consumo, probablemente innecesario para su habitual modo de vida, si además se utiliza de manera fraudulenta la adquisición no va a resultar únicamente innecesaria sino, también, perjudicial. Este importante perjuicio debe ser combatido a través de los mecanismos de defensa orquestados por el Estado. La pregunta que cabe hacerse ahora es si éstos son suficientes con otras ramas del Derecho o debe acudir al recurso del Derecho Penal.

Tal recurso es uno de los instrumentos que tiene el Estado para frenar las nuevas formas de delincuencia o para frenar su ramificación, pero en todo caso para evitar los grandes perjuicios que se puedan causar⁹⁹.

La solución a esta cuestión pasa por analizar la incidencia de la defraudación y consiguiente perjuicio, y, también, del ámbito no solo individual sino supraindividual de la afectación que genera tal actuación.

Los estados han sido tendentes a ir protegiendo a los ciudadanos a través del Derecho Penal, pues, las sanciones administrativas posiblemente han resultado ser poco eficaces para combatir nuevas

⁹⁹ Véase Tiedemann, K. *Poder económico y delito*, Barcelona 1985, p. 30.

modalidades de fraudes económicos y los cada vez mayores perjuicios que generan. Una sociedad que desarrolla todo tipo de técnicas es capaz de generar unas consecuencias negativas, como son la creación de riesgos más o menos directos para los ciudadanos¹⁰⁰. Esta nueva situación de riesgo social tiene como resultado la producción de consecuencias lesivas, algunas de ellas a largo plazo. Por tanto, parecen revelarse insuficientes, para proteger a la sociedad, los delitos de lesión debiendo recurrirse a los tipos de peligro¹⁰¹. Así pues, si nos encontramos en una sociedad de riesgos y peligros - como es la actual -, y si la pena se impone cuando ese peligro ya se ha verificado en una lesión, la consecuencia jurídica llega demasiado tarde para conseguir los mayores efectos preventivos; por ello, es conveniente situar la intervención penal en un momento anterior a la lesión, es decir, al momento del peligro¹⁰².

A esto último hay que añadir la benevolencia con la que el legislador ha tratado, tradicionalmente, a aquellas personas que cometían delitos de

¹⁰⁰ Véase Silva Sánchez, J. M^a. : *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Barcelona 2006, 2^a ed. p. 16.

¹⁰¹ Vid. Silva Sánchez, J. M^a. : *op. cit.* pp. 16 y 17.

¹⁰² De esta forma y con indudable acierto justifica la presencia de los delitos de peligro Cuerda Riezu, A.: "Contribución a la polémica sobre el delito publicitario" en *Estudios sobre consumo*, nº 35 1995, p. 72.

carácter económico y que su represión venía siendo insuficiente¹⁰³

Esta situación, tal y como ya hemos apuntado, puede coartar la facultad selectiva de los ciudadanos - entendido como ente social destinatario de la publicidad - acentuando la aludida desventaja social que precisa de una intervención efectiva por parte del Estado.

Tal y como se ha ido desarrollando a lo largo del presente apartado, la evolución de la sociedad ha propuesto un modelo de desarrollo económico que ha favorecido la concentración de poder financiero en la que participa la publicidad como un elemento fundamental para que exista el tránsito económico de las empresas a los consumidores. Esa concentración de poder puede propiciar el abuso de su potencial, necesitando, por ello, que el ordenamiento jurídico controle su ejercicio¹⁰⁴.

Por tanto, si como se acaba ha apuntado la propia norma penal tradicional¹⁰⁵ se manifiesta insuficiente ante los riesgos evidentes en una sociedad tecnificada de consumo, con mayor motivo es escasa la protección otorgada por el Derecho

¹⁰³ Véase Fernández Albor, A. y Martínez-Buján Pérez, C.: *Delincuencia y economía*, Santiago de Compostela 1983, p. 37.

¹⁰⁴ Vid. Tiedemann, K. *Poder económico y...* *op. cit.*, p. 52.

¹⁰⁵ Aquí nos referimos a los tradicionales delitos de lesión.

Administrativo. Más aun cuando, según lo dicho, cuando se crean nuevas fenomenologías de delincuencia en el ámbito mercantil, y la utilización de la publicidad con sus sofisticadas técnicas se combinan con la ingenuidad del consumidor, convirtiéndolo en la parte más débil, o como se ha denominado "el eslabón más débil de la cadena"¹⁰⁶. Parece necesario, por tanto, que el ámbito penal sea el recurso en el cual los consumidores encuentren el amparo que pueda sustentar, con eficacia, la defensa de sus legítimos intereses.

4.- TOMA DE POSICIÓN.

El cambio económico en la sociedad ha supuesto un gran incremento en la actividad mercantil, o dicho de otra forma, en una economía de libre comercio hay más presencia de empresas que quieren competir en el mercado. El referido libre comercio no significa una actuación, por parte de quienes participen en el mismo, sin sujeción a normas que preserven un correcto orden de actuación. La

¹⁰⁶ Vid. Iglesias Río, M. A.: "Imagen del consumidor y delito de publicidad engañosa. Necesidad y merecimiento de protección. Una aproximación a partir de la reciente interpretación alemana" en *Libro homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia 2013, p. 645.

regulación del mercado resulta más necesaria en un Estado social en el que éste debe velar por una coexistencia ordenada que permita salvaguardar el erario público con el que se proporcionen las prestaciones adecuadas a los ciudadanos. Por tanto, se produce una mayor intervención estatal para regular el modo de llevar a cabo la actividad comercial, todo ello bajo el manto de un Estado de Derecho.

La premisa establecida sirve como punto de partida para considerar que la participación en el mercado se va a realizar bajo unas normas que eviten situaciones desventajosas a quienes participen, de alguna manera, en dicho ámbito. Una de las normas a utilizar, para esta regulación, es el Derecho Penal para los ataques más graves a la protección otorgada por el Estado.

Para la determinación de la gravedad en los supuestos de afectación a los consumidores como parte del mercado, se debe valorar la actuación de las empresas, incluidos los medios que utiliza.

Éstas necesitan el recurso a la publicidad para competir con otras en el mercado y, así, poder transmitir a los consumidores, de una forma amplia, sus productos o servicios.

Por ello, la publicidad en sí misma es positiva por ser el medio en el que se dan a conocer las empresas y sus productos, llegando los consumidores a estar informados sobre aquello que tienen a su alcance para poder elegir si adquieren o no bienes de consumo.

Pero la publicidad comienza a ser una herramienta muy rentable para las empresas y, por tanto, comienzan a utilizarla de forma cada vez más especializada, elaborándose técnicas y métodos cada vez más especializados.

Esta especialización consigue la rentabilidad buscada por las compañías cuando se consigue que la venta del producto no sea para un momento inmediato, sino con una idea de perdurabilidad en el ánimo consumista de los ciudadanos. Para conseguir este fin, las técnicas y profesionales ayudarán a crear artificialmente las necesidades de los consumidores, y de esta forma la producción no será puntual sino que continuará en el tiempo.

Así pues, la evolución en las diferentes técnicas lleva a las empresas a utilizarlas todas para esa creación de la referida necesidad en los consumidores. De este modo, la publicidad ya no radica en la simple idea de dar a conocer un producto o servicio a éstos; de informarles sobre

sus características y funcionamiento o de simplemente presentarlo como algo novedoso. La publicidad ha evolucionado hasta convertirse en una técnica por la cual se crea en el consumidor ese deseo de compra que hará mucho más lucrativa la actividad de los empresarios.

La consecuencia es que los consumidores, sin darse cuenta, tienen condicionada su conducta consumista hacia la dirección que las empresas marcan. Esta situación genera una importante posición de supremacía de éstas respecto de los consumidores. Si lo consideramos desde una perspectiva aséptica y objetiva, estamos midiendo unas fuerzas claramente desiguales; por un lado, las compañías con todo su potencial económico y la ayuda de los expertos publicitarios, y por otro, los ciudadanos como receptores de toda la oferta de productos y servicios que los mensajes les transmiten. Y todo ello partiendo de unos métodos publicitarios lícitos, por ello cuando, además, la publicidad sea engañosa y, por ende, ilícita, la situación de riesgo para los consumidores es importante, respondiendo, así, a la gravedad requerida para la intervención del Derecho Penal en este ámbito.

CAPÍTULO II
PROYECTOS DE REFORMA Y LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1.- PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1980.

En el Proyecto de Código Penal de 1980 la regulación del delito de publicidad engañosa se encuentra recogida en el Libro II, Título VIII **"De los delitos contra el orden socio-económico"**, Capítulo II **"De las infracciones de la propiedad industrial y derechos que conciernen a la competencia y a los consumidores"**, Sección Segunda artículo 342:

"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 tratare de publicidad de sustancias alimenticias, medicamentos, viviendas y otros objetos de primera necesidad.

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

Una primera cuestión a destacar es que el legislador considera digno de protección, de forma autónoma, el orden económico¹⁰⁷, que al parecer los considera en un sentido amplio¹⁰⁸, hasta el punto de interpretarse que no expresa un bien jurídico sino que se trata de una categoría sistemática de referencia, pero, en todo caso, pretende organizar de un modo coherente la lucha contra la criminalidad económica grave que se desarrolla en el tráfico mercantil e industrial¹⁰⁹. Esto supone que se pretende regular la producción, distribución y consumo de bienes y servicios que de manera tan general afectan a la economía pública¹¹⁰. Dentro de esta novedad tan importante se manifiesta un extraordinario interés por la publicidad¹¹¹.

¹⁰⁷ Inspirado en el Proyecto alternativo alemán, según ha concluido Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal económico*, op. cit. p. 41.

¹⁰⁸ Vid. Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 4ª ed. Valencia 2013, p. 111.

¹⁰⁹ Vid. Rodríguez Mourullo, G.: op. cit. p. 718.

¹¹⁰ Vid. Ruiz Vadillo, E.: *Proyecto de ley orgánica...* op. cit. p. 61.

La regulación penal de la publicidad engañosa encuentra su justificación en la Memoria explicativa que acompañaba al Anteproyecto de Código Penal de 1980. En ella se manifestaba literalmente: "La sección segunda atrae al campo penal los comportamientos más graves en materia de infracciones publicitarias, dejando a las restantes en el marco administrativo".

El anteproyecto se sitúa lejos de la idea de criminalizar toda clase de "ponderación excesiva" de productos o servicios por parte de quien los ofrece, pero se ha estimado que la Ley penal tampoco podía quedar inactiva en esta era de la publicidad frente a las falsas alegaciones sobre la naturaleza, composición, origen o cualidades esenciales de los productos o servicios anunciados cuando se trata de mendacidades capaces por sí mismas de inducir a grave error al consumidor y fueren intencionadamente formuladas"¹¹².

Parece evidente que el plano legislativo atiende a un tipo penal con un claro objetivo de política criminal, como se deduce de las discusiones parlamentarias y las diversas enmiendas

¹¹¹ Vid. Santaella López, M.: *El delito publicitario..... op. cit.* p. 94.

¹¹² Véase, Muñagorri Laguía, I.: *La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa. Art. 282 del Código Penal*, Granada 1998, pp. 26 y 27.

presentadas. La enmienda número 174 presentada por el Grupo Socialista de Cataluña solicitaba la inclusión en el párrafo 1º de la palabra "efectos" después de "origen" y antes de "o cualidades", porque "tan importantes para incitar a un consumo basado en el engaño son las cualidades sustanciales como los efectos alejados de los propios de las sustancias que contienen". El mismo Grupo parlamentario presenta la enmienda número 175 en la que se propone la inclusión de un párrafo final que dijera: "En todo caso se impondrá en su mitad superior cuando haya sido producido el delito empleando la televisión como medio difusor"; la argumentación del Grupo parlamentario citado era el poder de sugestión y difusión que la televisión tiene en todas las edades, y por ello, merecedor de más pena. El mismo Grupo parlamentario, en buena correspondencia con su enmienda, propuso la enmienda número 176 que decía: "Cuando se haya producido a través de televisión el Tribunal decretará la publicación de la sentencia en TVE cargando su importe en las costas a pagar por los responsables". En este caso, estamos hablando de 1980 y, por tanto, de una sola emisora de televisión como era Televisión Española.

Por otro lado, el Grupo Parlamentario Comunista propuso la enmienda número 1.111 referida al supuesto de agravación con el siguiente texto: "Se

impondrá la pena en su mitad superior cuando se tratase de publicidad de bienes o servicios de primera necesidad". De esta manera se pretendía evitar el casuismo a los supuestos de agravación del delito.

Otra enmienda la propuso el Grupo Coalición Democrática, fue la número 1.576 y era la siguiente: "El que hiciere en la actividad publicitaria falsas alegaciones sobre la naturaleza, composición, precios, beneficios" En este caso la más importante modificación pretendida era la de suprimir el término "intencionadamente", ya que, mantenían que no era necesaria la intencionalidad para sancionar las infracciones publicitarias y, a su vez, incluir elementos sobre los que podía recaer la publicidad y que no mencionaba el anteproyecto¹¹³.

Pero, en todo caso, en lo que coincidían todos los grupos parlamentarios era en mantener la figura del delito publicitario.

Una parte de la doctrina española opinó favorablemente para el mantenimiento de la misma. La consideración de una protección del consumidor respecto del ámbito de la publicidad tiene una

¹¹³ Véase, más ampliamente, Muñagorri Laguía, I.: *op. cit.* pp. 26-28.

gráfica recogida en nuestro Ordenamiento jurídico, por eso según se ha apuntado "la criminalización de ciertos comportamientos constitutivos de publicidad falaz resulta político-criminalmente acertada y valorativamente necesaria en la tarea de reforzar, por vía del Derecho Penal, el principio de veracidad publicitaria"¹¹⁴.

Además, debe hacerse una consideración positiva de una regulación encuadrable en los delitos contra el orden socioeconómico que es respetuosa con el principio de intervención mínima. Esto es así porque otorga una protección penal a los intereses económicos de la colectividad, y no solo al de algunas personas como tutela tradicionalmente el Código Penal¹¹⁵

El tipo penal protege a los consumidores y a los competidores, utilizando, así, la fórmula empleada en el Derecho Penal alemán¹¹⁶.

También se ha considerado necesaria la tipificación del delito publicitario¹¹⁷, pues, en

¹¹⁴ Martínez-Buján Pérez, C.: "Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa" en CPCr. nº 22, 1984, p. 42.

¹¹⁵ En este sentido, Muñoz Conde, F.: "La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el proyecto de Ley Orgánica de Código Penal" en CPCr, nº 16 1982, p. 112.

¹¹⁶ Vid. Carrasco Andrino, M^a M.: *La publicidad engañosa y el Derecho Penal (una aproximación al tipo del artículo 282 del C. P.)*, Valencia 2000, p.61.

una economía de mercado la publicidad sirve como eficaz reclamo de la clientela, y, por tanto, su uso desviado puede resultar dañoso para el consumidor y para el competidor.

El delito publicitario se halla vinculado al principio de veracidad recogido en el art. 8 del Estatuto de Publicidad (vigente en 1980). En el citado artículo la protección es al consumidor y a los competidores. Pero la defensa a los consumidores es evidente porque son los destinatarios finales de las actividades publicitarias, por tanto, podemos afirmar que la protección que se otorga a los empresarios (competidores) es derivada de la que se dispensa a aquellos. Esta situación se deriva de la vigencia, en ese momento, del Estatuto de la Publicidad y aún no se había dictado la Directiva europea sobre publicidad engañosa¹¹⁸.

También se conecta, el delito publicitario, con el concepto de la actividad publicitaria que ofrece el artículo 2 del Estatuto de la Publicidad (vigente en 1980), centrado en aquella actividad que se dirige, de forma directa o indirecta, a promover la contratación de bienes o servicios, en

¹¹⁷ González Rus, J.J.: *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, Madrid 1986, pp. 207 y ss.

¹¹⁸ Véase, más ampliamente, Sierra López, M^a V.: *op. cit.* p. 83.

palabras de algunos autores¹¹⁹. Según lo dicho no solo resultaría justificada, sino necesaria la incorporación del delito publicitario al Proyecto de Código Penal, por la sólida protección, a través del Derecho Penal, al bien jurídico protegido¹²⁰.

Otro sector de la doctrina se opone a la tipificación del delito publicitario, ya que, como se ha expresado en una economía de mercado el principio de libertad de empresa permite que éstas vendan más productos que otras, y la publicidad es el medio para esa venta, y se recurre a la exageración rayana en la falsedad, por ello, se entiende que el tema debe quedar relegado al Derecho Administrativo¹²¹.

No obstante, en una economía de corte capitalista y de mercado los avances tecnológicos favorecen la posibilidad de los ataques a la economía en su conjunto. De este modo, un Código Penal que solo pueda castigar los ataques a bienes supraindividuales a través de las figuras tradicionales que protegen el patrimonio

¹¹⁹ Santaella López, M. *El delito publicitario...op. cit.* pp. 101.

¹²⁰ Santaella López, M.: *El delito publicitario... op. cit.* pp. 101 y 102.

¹²¹ Quintero Olivares, G.: "La política penal para la propiedad y el orden económico ante el futuro Código penal español" en *Estudios Penales y Criminológicos III*, Santiago de Compostela 1979, pp. 231 y 232.

individual, queda insuficiente para la represión de estas conductas¹²².

La protección de un orden socioeconómico se hace necesaria, precisamente por la protección que merecen los consumidores ante una publicidad inveraz. Pero el concepto de orden económico puede ser estricto o amplio - según se ha apuntado¹²³ -, el estricto, por el que optan algunos autores, es el que considera únicamente en el ámbito socioeconómico las conductas que afecten a la regulación del intervencionismo estatal en la economía (aunque también pudiera lesionar intereses individuales); el concepto amplio de orden económico supone entender las conductas que no solo ataquen el patrimonio individual, sino que también suponga una lesión o puesta en peligro del bien supraindividual, opción que parece más acorde con la regulación de los delitos contra el orden socioeconómico, y en el caso concreto del delito publicitario que supone un peligro potencial para el consumidor y no necesitando una lesión efectiva del mismo, pues, se trata de un delito de peligro¹²⁴. Pero, eso sí, contemplando en la norma

¹²² Fernández Albor, A. y Martínez-Buján Pérez, C.: *op. cit.* pp. 55 y 56.

¹²³ Huerta Tocildo, S.: "Los delitos patrimoniales en el proyecto de Código Penal de 1980" en C.P.Cr. n° 15, 1981, P. 478.

¹²⁴ Vid. García Planas, G.: "Hacia un delito publicitario" en *Estudios Penales y Criminológicos*, n° XVI, Santiago de Compostela, p. 133.

penal los ataques más graves, y dejando para la sanción administrativa el resto¹²⁵.

En todo caso, la publicidad falsa debe recaer, necesariamente, sobre alguno de los elementos que indica el tipo penal, esto es, la naturaleza, composición, origen o cualidades sustanciales de los productos o servicios anunciados. Siempre con la capacidad suficiente para ser capaces de inducir a error grave al consumidor. Parece conceptualizado como un delito de mera actividad¹²⁶.

Como se puede observar, la opinión mayoritaria de la doctrina es el mantenimiento del delito, incluso hay quien consideró que la pena que debía prever éste debería ser la de prisión¹²⁷.

Por último reseñar que se establece la publicación de la sentencia a petición de parte o del Ministerio Fiscal. Parece una previsión tendente a intimidar, pues, a nadie le gusta ver su nombre publicado a causa de una sentencia

¹²⁵ Así lo ha expuesto, Tamarit Sumalla, J. M^a: *op. cit.* p. 327, en el mismo sentido se había manifestado Ruiz Vadillo, E.: *Proyecto de ley orgánica de Código Penal*, *op. cit.* p. 63.

¹²⁶ Véase, Moreno y Bravo, E.: *El delito de publicidad falsa*, Barcelona 2001, p. 68. En el mismo sentido, Carrasco Andriano, M^a M.: *op. cit.* p. 61.

¹²⁷ Vid. Bueno Arús, F.: "Las sanciones penales en los delitos contra los consumidores" en *Poder Judicial* n^o especial IX - nuevas formas de delincuencia -, 1988, p. 304, el mismo artículo en *AP* n^o 96 1989-1.

condenatoria. Se ha llegado a considerar que muchos inculpados harían muchas concesiones a cambio de no ver sus nombres publicados¹²⁸.

2.- ANTEPROYECTO DEL NUEVO CÓDIGO PENAL DE 1983.

En el Anteproyecto se regula la figura específica de los delitos publicitarios en el Libro II, Título XII **"De los delitos socioeconómicos"**, Capítulo I **"De las Infracciones de la propiedad industrial y derechos que conciernen a la libre competencia y a los consumidores"**, Sección Segunda **"De los delitos publicitarios"** con la siguiente regulación:

Art. 279: 1. 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.

2. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando se tratare de publicidad de sustancias alimenticias, medicamentos, viviendas u otros

¹²⁸ Vid. Tiedemann, K.: *Poder económico y...* op. cit. p. 166.

objetos de primera necesidad o destinados al consumo infantil.

3. El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, decretar 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".

El artículo 280: "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".

El título propio de los delitos socioeconómicos como protección del orden económico, se mantiene respecto del proyecto de 1980¹²⁹. Continuando de este modo con la protección de los competidores, consumidores y el control del poder económico¹³⁰.

Se continúa con la idea de la individualidad de los delitos contra el orden socioeconómico¹³¹. Los cambios respecto del Proyecto de 1980 son de ámbito sustantivo y propiamente de forma. Las variaciones

¹²⁹ Vid. Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, op. cit. p. 41.

¹³⁰ Vid. García Planas, G.: *op. cit.* p. 136.

¹³¹ Véase, Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, op. cit. p. 45.

formales son únicamente numerar los apartados, en lugar de párrafos sin numerar. Se cambia la expresión "falsas alegaciones" por "alegaciones falsas". Respecto de la conducta típica se introduce el término "virtudes" en sustitución de "origen" de los productos o servicios (que figuraba en el Proyecto de Código Penal de 1980). Este cambio es criticado¹³² al entender que es de gran importancia esa característica de los productos o servicios, y el término "virtudes" es tan genérico que nada aporta a la conducta típica, siendo más importante el término "origen".

También ha sido criticado que se tipifique la falsedad de la composición que podría entrar en problemas de concurso aparente de leyes penales con delitos contra la salud pública¹³³.

Otra variación respecto del Proyecto de 1980 es la penalidad, ya que la multa se establece en la extensión de tres a dieciocho meses, mientras que en el Proyecto de 1980 alcanzaba hasta los veinticuatro meses, pena máxima en la multa a tenor del artículo 55 del Proyecto de 1980, del artículo

¹³² González Rus, J.L.: *op. cit.* p. 388.

¹³³ Vid. Sierra López, M^a V.: *op. cit.* pp. 89 y 90. La citada autora pone el ejemplo del artículo 327 del mismo texto legal que castiga con penas de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial para profesión u oficio a quien altere, fabrique o elabore, entre otras cosas, la composición genuina privándola total o parcialmente de su eficacia terapéutica.

45 del Anteproyecto de 1983, y por último el artículo 50.3 del Código Penal de 1995; reducción penológica que no fue bien acogida al considerarse que es un delito que afecta a una pluralidad de personas¹³⁴. Lo que sí recibió mayor aceptación en el Anteproyecto de 1983 es el tipo agravado si la conducta recae sobre objetos destinados al consumo infantil¹³⁵.

Respecto del tercer punto del artículo 279 del Anteproyecto de Código Penal de 1983, se establece la publicación en periódicos oficiales "de oficio o a instancia de parte" de la sentencia. También, se prevé la posibilidad de reproducir total o parcialmente la sentencia en cualquier otro medio de información.

En el texto se sigue planteando si junto con las disposiciones de carácter civil y administrativo debe recurrirse a normas de índole penal¹³⁶.

El análisis obliga a resaltar el importante significado de la publicidad económica en una competencia de libre mercado. La publicidad de

¹³⁴ González Rus, J.L.: *op. cit.* p. 388.

¹³⁵ González Rus, J.L.: *op. cit.* p. 388.

¹³⁶ Martínez-Buján Pérez, C.: "De los delitos publicitarios" en *Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo*

productos y servicios no solo cumple la finalidad de promocionar las ventas sino crear necesidades en los consumidores¹³⁷.

El Anteproyecto de Código Penal de 1983, además de seguir con la regulación iniciada en el Proyecto de 1980¹³⁸, tomó en consideración la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (82) 15 sobre el papel del Derecho Penal en la protección de los consumidores. Esta recomendación responde a un esfuerzo en el control y persecución de la criminalidad económica, y, por supuesto, dentro de dicha protección encuentran acomodo los legítimos intereses económicos de aquellos¹³⁹.

Una vez considerada positivamente la regulación penal de la publicidad fraudulenta, se ha planteado la posibilidad de la inclusión del tipo penal en el propio Código Penal o en una ley especial donde se recojan las infracciones y sanciones civiles, administrativas y penales. Quien ha optado por la segunda opción, propone que se entendería mejor la relación existente entre ellas; pero debido a la creación de un título de delitos socioeconómicos,

Código Penal, Documentación Jurídica, Volumen I, Madrid 1983, pp. 751 y ss.

¹³⁷ Tiedemann, K.: *Wirtschaftsstrafrech und Wirtschaftskriminalit&t*, 2, BT, Hamburg 1976, p. 35.

¹³⁸ Nos referimos a la protección de los consumidores frente a la publicidad engañosa.

parece más acertada la ubicación al artículo 279. Así pues, la consideración final es de un mayor acierto la regulación en el propio Código Penal¹⁴⁰.

La propuesta del Anteproyecto de Código Penal, respecto al artículo 279, se inspira claramente en el artículo 8 del Estatuto de Publicidad, y éste a su vez se inspiró en el artículo 5 de la Ley francesa de Finanzas de 2 de julio de 1963¹⁴¹, aunque este artículo fue reemplazado por el artículo 44 de la Ley de orientación del comercio y del artesanado de 27 de diciembre de 1973 (conocida como Ley Royer)¹⁴². No puede olvidarse la necesaria referencia al Ordenamiento de la antigua República Federal Alemana, que con mayor entusiasmo han defendido la veracidad publicitaria, y se recoge en el parágrafo 3 de la Ley contra la competencia desleal de 7 de junio de 1909 - Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) -¹⁴³.

El Estatuto de Publicidad, que fue derogado por la Ley General de Publicidad 34/1988 de 11 de

¹³⁹ Véase, Ruiz vadiillo, E.: "El Derecho Penal y la protección de los consumidores" en *La Ley*, nº 1 1984, p. 111.

¹⁴⁰ Martínez-Buján Pérez, C.: "Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa" *op. cit.* pp. 67 y 68.

¹⁴¹ Lema Devesa, C.: "En torno a la publicidad engañosa" en *Actas de Derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 4, Madrid 1977, p. 297.

¹⁴² Martínez-Buján Pérez, C.: "De los delitos publicitarios" *op. cit.*, p. 753, también, el mismo autor, en "Sección segunda del capítulo primero..." *op. cit.* p. 41.

¹⁴³ Vid. Moreno y Bravo, E.: *op. cit.* p. 70.

noviembre, tutelaba dos clases de intereses, los consumidores y los empresarios competidores del que se anuncia. Por tanto, efectuaba una labor fundamental de doble protección mediante la veracidad de la publicidad. Ante una información veraz de las mercancías o servicios ofrecidos, el consumidor podrá optar por lo que se le ofrecen sin haber sido engañado, y por tanto, con la voluntad no viciada. De este modo, los empresarios obtienen su interés que no es otro que mantener la clientela, y si es posible ensancharla a costa de sus competidores¹⁴⁴, es decir, que la protección de los intereses de los consumidores se da de una manera mediata y residual, ya que el tipo no hace referencia a un comportamiento contrario a las leyes de la concurrencia¹⁴⁵.

Sin embargo, no faltaron voces que consideraron necesaria la protección de la competencia junto a la del consumidor. La defensa del mismo implica, en cierto modo, la defensa también de quien compite en la producción¹⁴⁶. A esta cuestión debemos manifestar nuestra opinión contraria, pues, una cosa es que junto a la protección del consumidor se obtenga una indirecta protección del competidor; y otra muy

¹⁴⁴ Vid. Lema Devesa, C.: *La publicidad de tono excluyente*, Madrid 1980, pp. 456 y 457.

¹⁴⁵ Vid. Tamarit Sumalla, J. M^a: *op. cit.* p. 333.

distinta es que sean objeto de protección penal de manera conjunta. Entendemos que aquellos que compiten en el sistema productivo económico tienen una mayor potencialidad y, por tanto, se puede resolver a través de la legislación administrativa o civil. Sin embargo, los consumidores constituyen una parte más débil frente a los productores de bienes y servicio, necesitando un amparo en la ley penal.

La regulación en nuestro Ordenamiento jurídico supone una innovación trascendental en la protección de los consumidores. Aunque hay quien opina que el delito de publicidad engañosa posee un carácter accesorio, no crea sus propios objetos de protección jurídica, sino que éstos le son dados por el Derecho económico o por la denominada "Constitución económica" ¹⁴⁷.

A través de esta regulación penal propuesta en el texto que ahora se analiza, de manera primordial pretende castigar el hecho de hacer, en la actividad publicitaria, alegaciones falsas sobre la naturaleza, composición, virtudes o cualidades sustanciales de los productos o servicios

¹⁴⁶ Así se manifestó, De Vega Ruiz, J. A.: "Protección penal del consumidor" en *Poder Judicial*, nº especial 9, 28 a 30 de noviembre de 1988, p. 278.

anunciados, capaces por sí mismas de inducir a grave error al consumidor. En este anteproyecto, la protección de los competidores queda de manera residual, siendo, por su ubicación sistemática, la protección de los consumidores el principal objetivo¹⁴⁸.

3.- ANTEPROYECTO Y PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1992.

Se establece en el Libro II, Título XII **"Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico"**, Capítulo XII **"De los delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores"**, artículo 282:

"1. 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 aplicar por la comisión de otros delitos.

¹⁴⁷ Bajo Fernández, M.: "La Constitución económica española *Repercusiones de la Constitución en el derecho penal (Homenaje al profesor J. Pereda)*, Bilbao 1983, p. 167.

¹⁴⁸ Véase, más ampliamente, Tamarit Sumalla, J. M^a: *op. cit.* p. 333.

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

El artículo 285 establecía: “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”.

En este caso, el legislador optó por restar la autonomía que el orden económico tenía, y los unió a los tradicionales delitos contra el patrimonio¹⁴⁹. Esta decisión planteada como una solución a problemas interpretativos que, según el legislador, obedecen a la imposibilidad de distinguir entre lo patrimonial y lo económico, produce un resultado totalmente opuesto; la distinción entre unos y otros es necesaria, precisamente, para evitar problemas interpretativos, e incluso solventar con mayor facilidad las situaciones concursales en

¹⁴⁹ Vid. Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, op. cit. pp. 113 y 114.

atención a la protección dispensada - patrimonio u orden socioeconómico -¹⁵⁰.

Por lo que al tipo penal respecta, las novedades más importante fueron: por un lado, la ampliación de la protección al derecho de los concurrentes en el mercado a una libre competencia¹⁵¹; y por otro, añadir la expresión "manifestaran características inciertas" al lado de "alegaciones falsas"¹⁵².

Otra de las novedades fue la desaparición de la exigencia de producir error en el consumidor, requiriendo ahora que se pueda perjudicar notoriamente a los consumidores y a los competidores. La modificación parece acertada para no tener que entrar en aspectos subjetivos del consumidor, y así exigir solo que pueda producir un perjuicio¹⁵³.

¹⁵⁰ Vid. Molina Blázquez, C.: "Los delitos socio-económicos en el Proyecto de Código Penal de 1992" en *AP*, N° XIII 1994-1, p. 254.

¹⁵¹ Vid. García Planas, G.: *op. cit.* p. 144.

¹⁵² Vid. Martínez-Buján Pérez, C.: "El delito de publicidad engañosa en el anteproyecto de Código Penal de 1992" en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid 1995, p. 231. El citado autor considera que se debía haber añadido el término "representaciones" junto al de alegaciones para que no cupiese duda de que abarca a todo tipo de comunicación, además de estar en consonancia con lo dispuesto en el art. 2 de la LGP.

¹⁵³ Vid. Martínez-Buján Pérez, C.: "El delito de publicidad engañosa en el anteproyecto..." *op. cit.* pp. 232 y 233.

También es de destacar la inclusión en el mismo artículo del delito publicitario de otra figura, como es, la del fraude por la alteración de los aparatos de medición. Dicha figura que se incluía en otro artículo en el Proyecto de 1980.

Por lo que a la regulación del delito de publicidad engañosa se refiere, el Consejo General del Poder Judicial se manifestó contrario a la regulación penal de estos supuestos, el motivo fue "El principio de intervención mínima aconseja, de nuevo, limitar la tipificación penal de estas conductas. Si los intereses de los consumidores que pueden verse perjudicados notoriamente (sic, se supone que quería decir el legislador notablemente) son del orden económico, el tipo de estafa ofrece suficiente tutela penal, máxime si se tiene en cuenta el carácter necesariamente masivo del tipo. Si son relativos a la salud, ya existe todo un capítulo para proteger al ciudadano de este tipo de conductas"¹⁵⁴.

Posteriormente, en el Proyecto de Código Penal de 1992 se recoge el delito de publicidad engañosa en el Libro II, Título XII **"Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico"**, Capítulo XII **"De**

¹⁵⁴ Consejo General del Poder Judicial: "Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal de 1992", en *CPCr.* Núm. 48, 1993, p. 748.

los delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores", artículo 287 de la misma redacción que el artículo 282 de la Anteproyecto de Código Penal de 1992, desplazando la redacción del artículo 285 del Anteproyecto al artículo 290 del Proyecto de Código Penal de 1992. Tal y como sucede en el texto anterior, parece que el legislador encuentra dificultades para diferenciar los delitos contra el orden socioeconómico y los patrimoniales¹⁵⁵, uniéndolos en el mismo Título¹⁵⁶.

En la tramitación parlamentaria, el citado artículo recibió las siguientes enmiendas, por un lado la del Grupo Parlamentario CDS (Centro Democrático y Social) que era la enmienda número 618, en la que pedía la supresión del citado artículo, pues entendía que la actuación tipificada en este precepto tenía una regulación en otros textos legales, como entre otras la Ley General de Publicidad y la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como el Proyecto de Código Penal de 1992 que regula el delito de estafa.

¹⁵⁵ Vid. Muñoz Conde, F.: "Delincuencia económica: Estado de la cuestión y propuestas de reforma" en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid 1995, p. 272.

En el mismo sentido se pronunció el PNV (Partido Nacionalista Vasco) en su enmienda nº 314.

Otra enmienda que se presentó fue la número 1.106 del Grupo Popular proponiendo la siguiente redacción: "1. 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 engañosas sobre características esenciales de los mismos perjudicando notoriamente a los consumidores o a los demás concurrentes en el mercado. Estas penas se aplicarán con independencia de las que proceda imponer por la comisión, en su caso, de otros delitos". El Grupo Popular entendía que se debía delimitar el tipo en un doble sentido, en primer lugar exigiendo que los mensajes publicitarios fueran manifiestamente engañosos o tendenciosos dado que el adjetivo "inciertas" que utiliza el Proyecto es insuficiente. En segundo lugar la falsedad debe referirse a condiciones o características "esenciales" del producto, bien o servicio.

Sin embargo, el propio Partido Popular, en la enmienda número 1107 propuso la supresión del

¹⁵⁶ Vid. Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico, op cit.* p. 47.

artículo 287 como alternativa a su enmienda anterior, aunque remarcó que no encontraba razones para no incluir en el Código Penal dicha conducta.

Por su parte el grupo parlamentario PNV (Partido Nacionalista Vasco) en la enmienda 220 se refiere a la parte de concursos, propuso adicionar en el párrafo segundo del artículo 287 lo siguiente: "a no ser que tales hechos constituyesen otro delito más grave, en cuyo caso se aplicará éste". Partía de la idea de poder castigar esas conductas por el delito de estafa si comportaba una pena más grave¹⁵⁷.

La semejanza entre el precepto del artículo 287.1 del Proyecto de Código Penal de 1992 y la redacción del artículo 282 del Código Penal de 1995 invita a remitir el análisis del mismo al Capítulo en el que se trata ese aspecto.

No obstante, podemos hacer hincapié en las cuestiones más llamativas respecto de los anteriores Proyectos y Anteproyectos. La primera observación destacable es que se cambia la expresión genérica de "El que" por "los fabricantes

¹⁵⁷ Todas las enmiendas se encuentran en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, nº 102- 102102102-7 de 11 de febrero de 1993. Se pueden obtener en la página <http://www.congreso.es>.

o comerciantes" haciendo de este delito un delito especial propio¹⁵⁸.

Otra variación digna de mención es que la actividad publicitaria pasa a describirse como "ofertas o publicidad de productos o servicios", con la inclusión del término "ofertas" se solucionan los problemas de la información veraz en las etiquetas de los productos. Sin embargo, hay quien considera la doble referencia inútil¹⁵⁹. Por otro lado, al incluirse que en las "ofertas" se "manifestaran características inciertas" se considera que abarca no solo las formas orales o escritas sino también las gráficas, sonoras y de cualquier tipo; problema que ya se había planteado en los anteriores textos¹⁶⁰.

En el Proyecto de Código Penal de 1992 no se hace mención a los contenidos de los productos o servicios sobre los que debe recaer la falsedad, anteriormente se hablaba de "naturaleza, composición, virtudes o cualidades sustanciales";

¹⁵⁸ Este aspecto será tratado más ampliamente en el apartado relativo al sujeto activo del delito.

¹⁵⁹ García Planas, G.: *op. cit.* p. 350; en el mismo sentido Martínez-Buján Pérez, C.: "El delito de publicidad engañosa en el proyecto de Código Penal español de 1992" en *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, Tomo 14, 1991-1992, p. 84.

¹⁶⁰ Martínez-Buján Pérez, C. "Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el proyecto de Código penal de 1992" en *Estudios Penales y Criminológicos XVI*, Santiago de Compostela 1993, p. 350.

con la nueva redacción se refiere a los productos o servicios mismos¹⁶¹.

Pero en opinión de otros autores esta formulación es contraria a la exigible taxatividad del tipo así como contraria a la debida restricción de los comportamientos de publicidad engañosa en su configuración como delito¹⁶².

En el Proyecto de Código Penal de 1992 se exige que las alegaciones falsas puedan perjudicar notoriamente a los consumidores o demás concurrentes en el mercado, una expresión que supone la potencialidad lesiva del peligro, conectando esa entidad de peligro con el perjuicio del consumidor¹⁶³.

Aspecto criticable de la redacción del tipo es la expresión "demás concurrentes en el mercado" junto con "los consumidores", de este modo parece que no solo se pretende proteger a éstos sino también a los profesionales que participan en la actividad comercial, es decir, castigar la

¹⁶¹ Muñagorri Laguía, I.: *op. cit* p. 44.

¹⁶² Martínez-Buján Pérez, C.: "Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el Proyecto de Código Penal de 1992" *op. cit.* p. 353.

¹⁶³ Muñagorri Laguía, I. *op. cit.* p. 45.

competencia ilícita¹⁶⁴. Esto supone un exceso de la protección pretendida en el tipo que no es otra que la de los consumidores¹⁶⁵.

Otro cambio importante es que se suprime el término "intencionadamente" otorgando la posibilidad de una culpabilidad por dolo eventual¹⁶⁶.

Se incluye en el Proyecto de 1992 la posibilidad del concurso de delitos a través de la expresión "sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos", de este modo la tutela del patrimonio o la salud se resolverá por la vía del concurso¹⁶⁷. Lo que viene a confirmar explícitamente la configuración del delito de publicidad engañosa como una figura delictiva contra los consumidores, integrada entre los delitos contra el orden socioeconómico¹⁶⁸.

¹⁶⁴ González Rus, J.J. "La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio. Consideraciones críticas". *Estudios Penales y Criminológicos*, XVII, Santiago de Compostela 1994, pp. 181 y 182.

¹⁶⁵ Martínez-Buján Pérez, C. "Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el proyecto de Código Penal de 1992", *op. cit.* p. 354.

¹⁶⁶ Vid. Martínez-Buján Pérez, C.: "El delito de publicidad engañosa en el proyecto de Código Penal español de 1992" *op. cit.* p. 89.

¹⁶⁷ Muñagorri Laguía, I. *op. cit.* p. 46.

¹⁶⁸ Vid. Martínez-Buján Pérez, C.: "El delito de publicidad engañosa en el proyecto de Código Penal español de 1992" *op. cit.* p. 92.

Se suprimen los tipos agravados que se recogían en el Proyecto de Código Penal de 1980 y el Anteproyecto de Código Penal de 1983¹⁶⁹.

Un último apunte destacable es que en el mismo artículo se recoge la conducta de perjuicio al consumidor por facturar cantidades superiores por productos o servicios que se suministren por aparatos automáticos, manipulándolos o alterándolos. Así, hay quien opina que: "no se ve qué relación guarda con la publicidad para que vaya acompañándola en el mismo artículo"¹⁷⁰. Esta afirmación parece acertada, puesto que es una conducta totalmente distinta a la del delito publicitario, y su intención de proteger al consumidor no justifica su inclusión en el mismo artículo que la publicidad engañosa, debiendo hacerse en un artículo independiente como se hizo en el Código Penal de 1995.

Aunque se trate de una figura híbrida al proteger a los consumidores por un lado, y una competencia leal por otro, el texto está más cercano al actual Código Penal que los anteriores textos prelegislativos¹⁷¹.

¹⁶⁹ González Rus, J.J.: "La reforma de los delitos económicos....." *op. cit.* p. 182.

¹⁷⁰ *Ibidem.*

¹⁷¹ Vid. Sierra López, M^a V.: *op. cit.* p. 93.

4.- PROYECTO DE LEY DEL CÓDIGO PENAL DE 1994.

Se establece en el Libro II, Título XII "Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico", Capítulo XI "De los delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores", artículo 278:

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

Se mantiene la misma consideración del título que anteriormente, es decir, están unidos el orden socioeconómico y los delitos patrimoniales¹⁷².

En cambio, se da, por primera vez, una verdadera autonomía a la protección de los intereses de los consumidores, alcanzando

¹⁷² Vid. Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General, op. cit.* p. 116. También en *Derecho penal económico, op. cit.* p. 52.

finalmente una regulación que responde a las críticas efectuadas por la doctrina penal en los diferentes textos prelegislativos¹⁷³.

El precepto no recoge expresamente la expresión de "inducir a error a los consumidores", algo que parece innecesario porque de no ser capaces de producir tal error, la alegación falsa, no debería resolverse en el ámbito penal¹⁷⁴.

No debe olvidarse que las alegaciones falsas serán sobre los propios productos o servicios, tal y como ahora recoge el texto vigente.

Se procedió a la sustitución de "notoriamente" por "notablemente" que resulta más adecuado para establecer una conducta grave¹⁷⁵.

También se suprimió de cualquier referencia a los competidores, pues, prima la defensa del consumidor sobre la individual del competidor¹⁷⁶.

¹⁷³ Sierra López, M^a V.: *op. cit.* p. 97.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ Vid. Martínez-Buján Pérez, C.: "La protección penal de los consumidores en el ámbito de los delitos socio-económicos en el proyecto de Código penal de 1994" en *Estudios jurídicos, en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Valencia 1997, p. 274.

¹⁷⁶ Véase, más ampliamente, Martínez-Buján Pérez, C.: "La protección penal de los consumidores en el ámbito de los delitos socio-económicos en el proyecto de Código penal de 1994" *op. cit.* pp. 272 y 273.

Incluye el término "ofertas" junto al de publicidad para no dejarse fuera ninguna posible conducta.

Sin embargo, no podemos obviar las enmiendas que recibió este artículo, pues, la nº 392 del Grupo Parlamentario Popular propuso la supresión del tipo penal por considerar que estaba ya castigado en la leyes administrativas específicas.

El Grupo Parlamentario Convergència i Unió en la enmienda nº 1.147 propuso suprimir el adverbio "notablemente" por su indeterminación. El mismo Grupo, en la nº 1.148, propone la alternativa de la supresión de este delito por considerar que ya se castiga esta conducta a través de la estafa recogida en el artículo 241 del Proyecto¹⁷⁷. Esta última propuesta, así como la del Grupo Parlamentario Popular, parecen obviar la insuficiencia del ámbito administrativo y la imposibilidad de encuadrar las conductas propias de la publicidad engañosa en el delito de estafa, tal y como se irá argumentando a lo largo del texto.

¹⁷⁷ Las enmiendas se encuentran en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 6 de marzo de 1995, disponible en la página <http://www.congreso.es>.

5.- PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1995.

Se establece en el Libro II, Título XIII **"Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico"**, Capítulo XI **"De los delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores"**, Sección Tercera, artículo 285:

"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 causar un perjuicio grave i manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos".

En el Proyecto de Código Penal de 1995, el artículo 285 recoge unas variaciones respecto de los anteriormente citados. Se sustituye la expresión "de modo que puedan perjudicar notablemente a los consumidores" por "de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores". Estas modificaciones se debieron a las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Convergència i Unió (enmienda nº 1.147) porque el término "notablemente" llevaba a una indeterminación y difícil precisión

interpretativa. El mismo Grupo Parlamentario propuso la desaparición del precepto (enmienda nº 1.148) por el principio de intervención mínima del Derecho Penal, ya que se pueden castigar estas conductas a través del delito de estafa. El Grupo Parlamentario Popular en la enmienda nº 392 también propuso su supresión por entender que ya había sanciones administrativas en leyes especiales¹⁷⁸.

Las cuestiones que se han ido comentado hasta ahora nos hacen incidir, nuevamente, en la necesidad de la regulación del delito de publicidad engañosa por hacer efectiva una protección al consumidor que parece deficiente mediante otras ramas del Derecho.

6.- CÓDIGO PENAL DE 1995.

En el Código Penal de 1995 se regula en el Libro Segundo, Título XIII *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*, Capítulo XI *de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores*, Sección Tercera *De los delitos*

¹⁷⁸ Véase, más ampliamente, Muñagorri Laguía, I.: *op. cit.* pp. 48 y 49.

relativos al mercado y a los consumidores, artículo 282:

"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".

En el vigente Código Penal de 1995 las únicas variaciones que se hicieron fueron de estilo; sustitución del término "hicieren" por "hagan" y "manifestaren" por "manifiesten". Dejamos los comentarios a la actual regulación para los capítulos posteriores.

No podemos dejar de exponer las observaciones que se hicieron en la tramitación parlamentaria. Así, las principales objeciones fueron sobre la necesidad de la presencia de la tipificación de la publicidad engañosa. El Grupo Popular propuso, en la enmienda número 392, la supresión de este delito por tener, este tipo de conductas, sanción administrativa, y si pueden ser calificadas de delito ya están la estafa y delitos contra la salud

pública¹⁷⁹. Las enmiendas del grupo Convergència i Unió, números 1147 y 1148¹⁸⁰, proponían su supresión por el principio de intervención mínima del Derecho Penal, ya que tal conducta se encuentra regulada en la estafa. A tales enmiendas se opuso el Grupo Socialista¹⁸¹ entendiendo que no vulneraba el principio de intervención mínima.

Finalmente el texto fue aprobado con el voto favorable del grupo parlamentario Convergència i Unió.

7.- REFORMA OPERADA POR LA LO 15/2003 DE 25 DE NOVIEMBRE POR LA QUE SE MODIFICA LA LO 10/1995 DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL.

La reforma operada recayó, única y exclusivamente, sobre la pena. Se aumentó, únicamente, la de multa de 12 a 24 meses. Esta reforma no mereció ningún comentario ni enmiendas,

¹⁷⁹ Esta fue la enmienda defendida por el Sr. Arqueros Orozco del Grupo Popular en la sesión número 65 de 5 de junio de 1995, en *Ley Orgánica del Código Penal. Trabajos Parlamentarios*, Madrid 1996, Tomo I pp. 215 y 216 en cuanto a las enmiendas, y p. 896 en cuanto a la defensa expresada.

¹⁸⁰ *Ley Orgánica del Código Penal. Trabajos Parlamentarios*, Madrid 1996, Tomo I p. 401.

¹⁸¹ *Ley Orgánica del Código Penal. Trabajos Parlamentarios*, Madrid 1996, Tomo I pág. 898 donde la diputada Sra. Pelayo Duque expuso que la sanción administrativa no es suficiente y se requiere una sanción penal.

pues, solo se mencionó en el Informe del Consejo General del Poder Judicial para decir que se aumentaba la pena¹⁸².

Esta reforma, sin mayor discusión tal y como se ha apuntado, puede ser interpretada como una opinión unánime en cuanto a la necesidad de la existencia del delito de publicidad engañosa que proteja a los consumidores. Así, tras la entrada en vigor del Código penal de 1995, la única modificación que ha sufrido ha sido para aumentar la pena de multa. Por tanto, una consideración más que razonable es que el legislador no solo considera necesaria la presencia del delito referido, sino que tenía prevista una pena que no era la suficiente para castigar una conducta de lesión grave a los intereses de los consumidores.

La comentada agravación de la pena se produce a pesar de tratarse de una reforma que recibió críticas por no hacer lo necesario para endurecer la lucha contra la delincuencia socioeconómica a diferencia de otros países¹⁸³.

¹⁸² Vid. Informe del Consejo general del Poder Judicial, p. 58. Se puede obtener a través de la página <http://www.poderjudicial.es>.

¹⁸³ Véase, más ampliamente, González Cussac, J. L.: "La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal" en *Revista Xurídica Galega*, nº 38 1º trimestre 2003, pp. 17 y 18.

8.- BREVE REFLEXIÓN SOBRE LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA.

Una breve aproximación de la regulación de la publicidad engañosa en nuestro entorno europeo más próximo, nos dará una visión amplia del delito de publicidad engañosa, y facilitará una mejor interpretación sobre nuestro propio tipo penal. Además, nos aportará información para considerar aspectos necesariamente valorables, como es, la necesidad o no de su regulación penal.

En el Derecho alemán la veracidad publicitaria se protege en la Ley contra la competencia desleal de 7 de junio de 1909 (arts. 4 y 5). Se sanciona con penas de hasta dos años de prisión y alternativamente la pena de multa. Una sanción muy semejante a la española¹⁸⁴.

La idea de la publicidad engañosa gravita sobre las alegaciones falsas aptas para inducir a error a los consumidores¹⁸⁵.

Dichas alegaciones falsas deben ser suficientes, necesariamente, para inducir a error a los consumidores, pues, en caso contrario, es decir,

¹⁸⁴ Vid. Portero Henares, M.: *op. cit.* p. 99.

¹⁸⁵ Véase, más ampliamente, Sánchez García, I.: "El nuevo delito publicitario (art. 282 del Código penal), en *Actualidad penal*, número 25, junio 1997, pp. 547 y 548.

que las mismas no tuvieran esa consistencia, por sí solas, no serán castigadas penalmente y sí a través del ámbito civil¹⁸⁶. Así, parece diferenciar la falsedad de la alegación desde una perspectiva objetiva, como es, comparar el mensaje publicitario con el tenor literal del significado de las palabras; con el entendimiento del público, que se interpretará desde una perspectiva subjetiva¹⁸⁷.

Tal y como puede apreciarse, a pesar de la denominación de la Ley mencionada, ésta ofrece una efectiva tutela penal de los intereses de los consumidores partiendo de una perspectiva básica, como es, el principio de veracidad¹⁸⁸. Pero la protección no se limita solo a los consumidores sino, también, a los competidores¹⁸⁹.

La mayor crítica que se hace a la regulación alemana es su gran casuística a la hora de determinar el engaño y las relaciones comerciales,

¹⁸⁶ Vid. Krekeler, W.: *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts. Mit Ordnungswidrigkeiten- und Verfahrensrecht*, Mai 1990, S. Gesetzestexte 7.1. p. 1; Carrasco Andrino, M^a M.: *op. cit.* p. 51. En el mismo sentido, Portero Henares, M.: *op. cit.* p. 99.

¹⁸⁷ Véase, más ampliamente, Carrasco Andrino, M^o M.: *op. cit.* pp. 51 y 52. La citada autora relaciona las obras de autores alemanes que trataron este tema, como son: Otto, H.: "Die Reform des strafrechtlichen Schutzes gegen irreführende Werbung" en *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1982, pp. 274 a 283; y Gribkowsky, G.: *Strafbare Werbung (4UWG)*, Freiburg 1989.

¹⁸⁸ Así lo expone, Tamarit Sumalla, J. M^a: *op. cit.* p. 331.

¹⁸⁹ Krekler, W.: *ibídem*. En el mismo sentido, Tiedemann, K.: *Wettbewerb und Strafrecht*, Karlsruhe 1976, p. 30.

que son enumeradas en el artículo 4 de la Ley contra la competencia desleal, a modo ejemplificativo¹⁹⁰.

Esta Ley fue modificada recientemente en marzo de 2010 y sigue protegiendo a la vez a los consumidores y a los competidores contemplando la pena de prisión o de multa como alternativas, tal y como se recoge en su art. 16. La determinación de la ilicitud viene recogida en el art. 4, y el art. 5 expresa los elementos o circunstancias sobre los que debe recaer la información falsa¹⁹¹. Así, en su punto 1 señala su disponibilidad, naturaleza, beneficios, riesgos, composición, fabricación, etc.

La protección que Francia ha ido otorgando al consumidor ha sido establecida, tradicionalmente, en leyes especiales. En un primer momento, fue la Ley de Finanzas de 2 de julio de 1963, para posteriormente pasar a ser regulado en Ley de Orientación del Comercio y del Artesanado de 27 de diciembre de 1973, conocida también como la "Ley

¹⁹⁰ Véase, más ampliamente, Carrasco Andrino, M^a M.: *op. cit.* pp. 53 y 54. La citada autora recoge las propuestas de acotación de la relevancia penal del engaño al que verse sobre calidad, procedencia (geográfica o industrial) y precio, que realiza Lampe, E. J.: "Strafrechtlicher Schutz gegen irreführende Werbung (4UWG)" en *Festschrift für Richard Lange zum 7. Geburtstag*, Berlín 1976, pp. 455-475, citado por la autora reseñada.

¹⁹¹ Véase, Macías Espejo, M^a B.: *Análisis criminológico y político criminal del delito de publicidad engañosa*, Granada 2012, pp. 123 y 124. La citada publicación puede obtenerse en <http://hera.ugr.es>.

Royer" ¹⁹². En esta disposición se trataba de impedir la publicidad falsa¹⁹³.

Las penas que se contemplaban eran la de multa, accesorias de publicación obligatoria de la sentencia, o incluso la pena de prisión de tres meses a dos años¹⁹⁴. La consideración que se ha hecho de esta regulación no ha sido muy positiva por ser excesivamente casuística¹⁹⁵.

Posteriormente, la Ley nº 93-949, de 26 de julio de 1993 del Código de Consumo sustituyó a la anteriormente comentada. En esta nueva disposición el artículo 121.1 regula en los mismo términos que el anterior artículo 44.1 de la Ley del Comercio y

¹⁹² Véase, más ampliamente, Tamarit Sumalla, J. M^a: *op. cit.* p. 330. El autor refiere los comentarios de Mayer, D. *Droit penal de la publicité*, París, 1979, en los que se expresa que además de tipificar las conductas expuestas, también se castigan, como conductas secundarias delictivas, la negativa a comunicar informaciones o publicidades difundidas, o la inobservancia de las decisiones que ordenen cesar la publicidad, o la no publicación de los anuncios de rectificación en los plazos determinados.

¹⁹³ El artículo 44.1 establecía: " Se prohíbe toda publicidad, cualquiera que sea su forma, que contenga alegaciones, indicaciones o representaciones falsas que puedan inducir a error, cuando las mismas se refieran a uno o varios de los siguientes elementos: existencia, naturaleza, composición, cualidades sustanciales, posibilidades de aprovechamiento, especie, origen, cantidad, modo y fecha de fabricación, propiedades, precio y condiciones de venta de los bienes o servicios objeto de publicidad, requisitos para su utilización, resultados que puedan esperarse de su utilización, motivos o procedimientos de la venta o de la prestación de los servicios, alcance del compromiso asumido por el anunciante, identidad, cualidades o aptitudes del fabricante, de los revendedores, de los promotores o de los prestatarios".

¹⁹⁴ Muy semejante a la prevista en el Derecho Penal alemán.

¹⁹⁵ Así lo considera Tamarit Sumalla, J. M^a: *op. cit.* P. 330.

del Artesanado de 27 de diciembre de 1973¹⁹⁶, pues, la pretensión no era otra que recopilar en un solo texto la dispersa legislación en materia de consumo¹⁹⁷.

En la actual regulación, modificada en 2008¹⁹⁸, se prohíbe una publicidad que consista en realizar alegaciones, indicaciones o presentaciones falsas que puedan inducir a error sobre cualquier aspecto relevante de los bienes o servicios que se publicitan. El contenido legal establecido en Francia sigue el marcado por la Directiva comunitaria de 1984 de prohibición de publicidad falsa o engañosa¹⁹⁹.

El Tribunal de Primera Instancia (UE) Sala 5ª, en sentencia de 12-6-2007, nº T-57/2004, 71/2004 (EDJ 2007/39600) diferenció entre la aplicación del Código de Consumo y la Ley de propiedad intelectual (art. 711,3c)) que prohíbe el registro de todo signo engañoso, estableciendo a tal fin que "no podrá adoptarse como marca o elemento de marca ningún signo (.) que pueda inducir al público a confusión, en particular, sobre la naturaleza, la calidad o la procedencia geográfica del producto o

¹⁹⁶ Vid. Badenas Carpio, J. M. y Guilbert, S.: "El artículo L. 121 del Código de Consumo Francés antecedentes del artículo 282 del vigente Código Penal" en *Estudios sobre consumo*, nº 62 2002, p. 35.

¹⁹⁷ Véase, más ampliamente, Carrasco Andrino, M.: *op. cit.* p. 47.

¹⁹⁸ Vid. Macías Espejo, Mª B.: *op. cit.* p. 117.

¹⁹⁹ Véase, más ampliamente, Portero Henares, M.: *op. cit.* p. 106.

del servicio". Así, cuando se induce al público a error o puede defraudarlo, en cuanto a las cualidades de que, en principio, los productos que la Ley recoge están revestidos, vinculados, en particular, a su lugar de producción, son sancionables a través de esta Ley. La Ley de consumo no tiene como función impedir el registro de una marca contraria a una denominación de origen sino que tratan de proteger al consumidor. Por tanto, la primera se refiere a la apropiación de signos que puedan ser objeto de propiedad intelectual, mientras que la segunda se refiere a la protección del consumidor.

En consecuencia, para apreciar si un signo constituido por el nombre geográfico de una denominación protegida puede adoptarse como marca, es necesario remitirse a la Ley de propiedad intelectual y no a otra.

El artículo L. 641-2 del code rural francés, tal como se aplicaba en el momento de los hechos, establece:

No podrá utilizarse para ningún producto similar el nombre geográfico que constituya la denominación de origen ni ninguna otra mención que la evoque, sin perjuicio de las disposiciones legislativas o reglamentarias en vigor el 6 de

julio de 1990 de Ley de propiedad intelectual, ni para ningún otro producto o servicio cuando tal utilización pueda desviar o disminuir la notoriedad de la denominación de origen. Por tanto, esta situación que también afectará a los consumidores vendrá a resolverse por la aplicación de esta la Ley citada y por la de consumidores en la medida que pueda afectarles cuando les produzca perjuicios económicos.

Por lo que respecta a la legislación portuguesa, la Constitución de 2 de abril de 1976 ampara los derechos de los consumidores en su art. 60.1 estableciendo que "Los consumidores tienen derecho a la calidad de los bienes consumidos y servicios utilizados, a la formación y a la información, a la protección de la salud, de la seguridad y de sus intereses económicos, así como a la reparación de daños". Se protege toda una serie de derechos incluido el de la salud, aunque el art. 64 trata monográficamente la materia relativa a la protección de la salud²⁰⁰.

Mientras la protección a la salud se regula en el Código Penal, la protección de los consumidores, en cuanto al derecho a la información, se realiza en

²⁰⁰ Vid. Arenas Rodrigañez, P.: "Los delitos contra la salud pública en el derecho Penal portugués" en *CPCr*, nº 43 1991, p. 141.

leyes ajenas al Código Penal; lo que se viene denominando Derecho Penal secundario y accesorio²⁰¹.

En un principio la legislación portuguesa optó por recoger el delito publicitario en el artículo 40 del Decreto-Ley sobre infracciones contra la economía nacional nº 28/1984 de 20 de enero. Hacía una remisión a toda violación de la legislación publicitaria que sea cometida dolosamente, castigando toda publicidad engañosa o desleal, la que establezca comparaciones engañosas o depreciativas. O afirmaciones falsas relativas a otros bienes o servicios; sin que pueda considerarse una forma de legislar muy segura jurídicamente²⁰² por su remisión a otros preceptos como el Decreto-Ley nº 303/1983 de 28 de junio. Además de castigar en el mismo artículo las que afectan a consumidores y las que afectan a los competidores, pues, las comparaciones depreciativas que se han indicado anteriormente lesionan los derechos de estos últimos. La pena prevista era de hasta un año de prisión y multa no inferior a 50 días.

Sin embargo, el Decreto-Ley citado sufrió una serie de reformas, entre otras, por el Código de Publicidad de 1990, con sus sucesivas reformas

²⁰¹ Véase, Arenas Rodrigañez, P.: *op. cit.* p. 147.

²⁰² Vid. Tamarit Sumalla, J. M^a: *op. cit.* pp. 330 y 331.

hasta la última 2003 que entró en vigor en 2010, que se derogó el art. 40²⁰³ y que ahora solo contempla la sanción administrativa prevista en su art. 34. Define la publicidad engañosa en el art. 11 y debe recaer sobre aspectos como naturaleza, composición, fabricación, disponibilidad, utilización, cualidades, origen, precio, etc. exigiendo que induzca o pueda inducir a error a los destinatarios del producto servicio. Opta, por tanto, por sancionar únicamente por la vía administrativa²⁰⁴.

En Italia tan solo se protege penalmente la publicidad engañosa cuando está referida a sustancias alimenticias en el art. 13 de la Ley de 30 de abril de 1962 (nº 282 relativa a la disciplina higiénica de la producción y venta de sustancias alimenticias y de bebidas)²⁰⁵. La protección al consumidor para cualquier otro producto se regula a través del Derecho Administrativo.

Se trata un delito de peligro tanto en términos de conducta, en el sentido de que se perfecciona con la mera posesión para fines de venta, sin necesidad de suministros, la administración o la

²⁰³ Vid. Neves Mouzinho, A.: "A publicidade enganosa. Direito Penal do Consumidor" en *Verbojuridico*, junio 2008, p. 4.

²⁰⁴ La legislación se encuentra disponible en <http://www.pgdlisboa.pt>.

²⁰⁵ Vid. Sánchez García, I: *op. cit.* p. 549.

producción de daños a la salud pública, debido a que la protección penal en el sentido de que - a diferencia de los casos previstos en los incisos. a), c) y d) del mismo artículo²⁰⁶ - no requiere, por su capacidad de configuración, que son sustancias alimenticias diversas alterados o agotados, pero es suficiente que se destinan para el consumo o comiencen en condiciones que ponen en peligro la "higiene y comestibilidad"²⁰⁷.

No obstante, se ha producido una reforma en materia de seguridad alimentaria para proteger mejor a los consumidores²⁰⁸. La regulación no se consideraba del todo segura y necesitaba una reforma²⁰⁹.

Uno de los propósitos de dicha reforma en el sector de la seguridad en el consumo de alimentos y productos agrícolas y medicamentos consiste, precisamente, en la restauración de la seguridad y

²⁰⁶Nos seguimos refiriendo al art. 13 de la Ley de 30 de abril de 1962 (n° 283 relativa a la disciplina higiénica de la producción y venta de sustancias alimenticias y de bebidas).

²⁰⁷ Véase, Correrá, Carlo y Correrá, Cristiana: "Alimenti in cattivo stato di conservazione: nuovamente messa in discussione la natura della violazione dell'art.5, lett., della l. n. 283 del 1962" en *Cassazione penale*, vol. N° 6, 2005, p. 2043.

²⁰⁸ Reforma llevada a cabo al margen de la Ley n° 282 de 30 de abril de 1962, tratando la materia administrativa en cuanto a la hígienes y alimentos, Decreto Legislativo n° 507/1999 que modifica en parte el n° 205/1999.

²⁰⁹ Véase, Donini, M.: "Il progetto di riforma dei reati in materia di sicurezza alimentare" en *Cassazione penale*, Vol. 50, n° 12, 2010, pp. 4458.

la confianza dentro de la cual se desarrolla todo el mercado de los productos alimenticios, así como unificar la dispersa normativa en materia de alimentos²¹⁰.

No existe una mayor incidencia en el apartado penal porque se considera suficientemente protegidos a los consumidores a través de la Ley n° 282 de 30 de abril de 1962 y el propio Código Penal italiano que en sus artículos 339 a 342 se castiga el peligro para la salud pública, y 515, 516 y 517 que protege la autenticidad de la comida y la buena fe de los consumidores²¹¹.

El Decreto Legislativo ofrece un concepto subjetivo del engaño, porque solo es relevante aquél que sea capaz de inducir a error al destinatario; si bien, se exige otro requisito como es el de tener la entidad suficiente como para influir en la decisión económica del destinatario y poder producirle una lesión o perjuicio²¹².

²¹⁰ Vid. Donini, M.: *op. cit.* p. 4459.

²¹¹ Vid. Piergallini, C.: "Depenalizzazione e riforma del sistema sanzionatorio della materia degli alimenti" en *RIDiPP* n° 4 2000, p. 1450.

²¹² Vid. Carrasco Andrino, M^a M.: *op. cit.* p. 57. Criterio que se mantiene en la definición de publicidad engañosa que se da en el

9.- TOMA DE POSICIÓN.

Los diferentes textos que han dado origen a la actual regulación del delito de publicidad engañosa del art. 282 CP, muestran una ubicación sistemática que variado en el mismo sentido en el que lo hacía el Título en el que se situaba. En un primer momento (Proyecto de 1980 y Anteproyecto de 1983) se incluye en el título de los delitos contra el orden socioeconómico, es decir, que se separa del patrimonio como objeto de protección. Por tanto, la voluntad del legislador parece clara a la hora de establecer el bien jurídico protegido, que no lo incluye en los delitos contra el patrimonio sino en el anteriormente referido. Es decir, opta por considerarlo en los supuestos de afectación al interés económico del Estado, por tanto, como un bien jurídico de carácter colectivo. El delito se castiga con mayor gravedad si la publicidad engañosa recae sobre medicamentos, alimentos o bienes de primera necesidad o artículos infantiles por suponer un mayor peligro. La consecuencia de dicha regulación es que se englobaba en el mismo bien jurídico protegido el orden socioeconómico y la salud pública.

art. 2 del Decreto Legislativo nº 74/1992 de 25 de enero para adaptarse a la Directiva 97/55/CE.

Posteriormente (a partir del Anteproyecto de 1992) el Título ya es conjunto de los delitos contra el orden socioeconómico y el patrimonio. Ésta es una opción sistemática del legislador, pero ello no quiere decir que se cambie la intención de considerar el bien jurídico colectivo y no individual. El Título es para todos los delitos que afecten tanto al orden socioeconómico o al patrimonio. Pero sí es cierto que desaparece cualquier referencia a medicamentos o alimentos, por tanto, parece que el legislador quisiera dejar como único bien jurídico protegido el económico, descartando cualquier posibilidad de salud pública. Sin embargo, se introduce un nuevo elemento como es el posible perjuicio a los consumidores o a los demás concurrentes en el mercado, es decir, a los competidores. Se establece de modo alternativo y no acumulativo, por ello ya no solo se pretendía la protección de los consumidores sino, también, de los competidores. Algo que parece rechazable si nos situamos en una perspectiva de protección penal a los destinatarios de los bienes y servicios por la enorme desventaja que tienen respecto de las empresas; situación que no se da en los casos del resto de empresas, es decir, los competidores. Por tanto, el precepto ya no recoge que "pueda inducir a error" sino que pueda perjudicar a consumidores y competidores.

En los sucesivos Proyectos de 1994 y 1995 desaparece cualquier referencia a los competidores siendo los consumidores, por ello, el único interés de protección. Si la intención del legislador hubiese sido otra se habría mantenido la mención a los competidores.

En las discusiones parlamentarias habidas en los diferentes textos, se propuso la supresión del delito de publicidad engañosa por considerarse castigada la conducta a través del delito de estafa. Estas propuestas no fueron aceptadas y se mantuvo la regulación en los diferentes textos prelegislativos hasta llegar a convertirse en derecho positivo con el vigente Código Penal. Una prueba más de la necesidad, para el legislador, de la regulación penal de la publicidad engañosa. Incluso con una reforma en 2003 que supuso un aumento de la pena de multa: consecuencia de la necesaria presencia del delito como diferente al de estafa, siendo, esto último, una prueba más de la consideración de un bien jurídico diferente en los delitos de publicidad engañosa y estafa. Parece claro, por tanto, que el bien tutelado en el primero es de naturaleza colectiva y el protegido en el segundo es de carácter individual.

Las legislaciones de nuestro entorno europeo han optado por castigar la publicidad engañosa pero no de igual forma. La limitación a supuestos de alimentos y medicamentos supone una referencia a la salud pública, tal y como mantiene Italia. El caso alemán protege a los consumidores y competidos en una ley especial. Francia ha optado por otra ley especial que es el Código de Consumo. Por lo que respecta a Portugal ha decidido despenalizarla y castigarla a través del Derecho administrativo en el Código de Publicidad.

Los países de nuestro entorno europeo más próximo castigan penalmente la publicidad engañosa, a excepción de Portugal, aunque sea a través de leyes especiales.

PARTE II
CONSIDERACIONES EN TORNO AL BIEN JURÍDICO

CAPÍTULO I

Una valoración previa al objeto de tutela

1.- REFLEJO CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES.

La consideración del bien jurídico digno de protección penal ha encontrado el apoyo de la mayor parte de la doctrina en la concepción del mismo como valor individual, social, público o comunitario digno de protección penal²¹³.

Ciñéndonos al tema que nos ocupa, y tal y como se ha expuesto, el desarrollo de la sociedad de consumo implica una ambición en la mayoría de personas que se satisface a través del "tener". Esta intensidad por alcanzarlo ya lo definimos definir como el deseo de adquisición de bienes y servicios, que necesariamente se tendrá que llevar a cabo a través del consumo en un mercado económico en el cual las ofertas surgen en torno a la demanda personal existente en productos o servicios.

²¹³ Véase, por todos, Cobo del Rosal, M. - Vives Antón, T. S.: *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed. Valencia 1999, puesta al día por Cuerda Arnau, Mª L. y Quintanar Díez, M., pp. 318 y 319; Muñoz Conde, F. y García Arán, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed.

La consecuencia directa de un gran interés por el consumo es la creación de grandes circuitos comerciales en la organización económico-social de nuestros días. Esta situación ha provocado un alejamiento del productor o generador de los bienes del consumidor²¹⁴. Dicho alejamiento posibilita las irregularidades no solo en los precios sino también en las calidades²¹⁵. Ante una situación semejante el Estado contemporáneo interviene para corregir esas irregularidades, entendiendo que desde ese momento el consumidor no se encontraría totalmente desprotegido ni en una postura de incapacidad frente al teórico oponente, el productor²¹⁶.

La necesaria protección del consumidor, teniendo a los poderes públicos como garantes de sus derechos, se ha reflejado en la Constitución Española en su artículo 51. Éste contiene en su apartado 1 los derechos fundamentales en materia de defensa de los consumidores, y en el apartado 2 los

Valencia 2015, pp. 63 y 64; Mir Puig, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed. Barcelona 2015, p. 174.

²¹⁴ Así, Cazorla Prieto, L.Mª: "Comentario al art. 51" en *Comentarios a la Constitución*, VV. AA. director: Garrido Falla, F. 2ª ed. Madrid 1985, p. 851.

²¹⁵ *Ibíd.*

²¹⁶ Bermejo Vera, J.: "Aspectos jurídicos de la protección del consumidor" en *Revista de Administración Pública*, núm. 87, septiembre-diciembre 1978, p.251. Debemos apuntar que es una opción teórica pero no real, pues, tal y como iremos exponiendo, sí existe una situación de desventaja del consumidor frente al productor.

derechos de carácter instrumental²¹⁷. De hecho es la CE la que de manera decida y, también, rotunda reconoce los derechos de los consumidores, los ampara y protege a través de los poderes públicos²¹⁸.

El citado reflejo constitucional se considera inspirado en la Resolución del Consejo de Estado de la C.E.E. de 14 de abril de 1975, referida a un programa preliminar de la misma C.E.E. sobre política de protección y de información a los consumidores. El nº 3 de la citada Resolución establece:

"...los intereses de los consumidores pueden agruparse en cinco categorías de derechos fundamentales:

- a) derecho a la protección de la salud y de su seguridad.
- b) derecho a la protección de sus intereses económicos.
- c) derecho a la reparación de los daños.
- d) derecho a la información y a la educación.
- e) derecho a la representación (derecho a ser escuchado)".

²¹⁷ Cazorla Prieto, L.M^a: *op. cit.* p. 954.

²¹⁸ En este sentido, véase, Molina del Pozo, C. F.: "El derecho de los consumidores y usuarios a la protección de la salud y seguridad" en *RAP*, vol. III nº 100-102 enero diciembre 1983, p. 2611.

Se han entendido como derechos fundamentales únicamente los recogidos en las dos primeras categorías, siendo las tres restantes derechos instrumentales para la realización de aquéllos²¹⁹.

El apartado 1 del art. 51 de la CE establece:

"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".

Este precepto más que una regulación de derechos parece más bien una declaración de principios rectores de la política social y económica, con una verdadera demanda a los poderes públicos de defender a los consumidores, tal y como lo han concebido algunos autores²²⁰. Considerando, entonces, que el deber de defensa a los consumidores que se impone a los poderes públicos se traduce en una vigilancia del tráfico jurídico-privado, puesto que cualquier tipo de relación jurídico-contratual para satisfacer las

²¹⁹ Así lo entiende De León Arce, A. y otros: *Derecho de Consumo*, VV. AA., Oviedo 1995, p. 54, aunque también reconoce la citada autora que se aprecian ciertas diferencias entre el precepto constitucional y la resolución de la C.E.E., pues, en la CE no se menciona expresamente el derecho de reparación de los daños. También, en este sentido, Bercovitz Rodríguez-Cano, A. y R.: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid 1987, pp. 25 y 26.

²²⁰ De León Arce, A. y otros: *op. cit.*, p. 54.

necesidades de una persona hace concebir a ésta como usuario consumidor²²¹.

El apartado 1 del artículo 51 de la CE detalla los puntos en los que se debe garantizar la defensa de los consumidores -seguridad, salud, y legítimos intereses de los mismos- indicando de este modo el criterio que debe presidir el conjunto de actuaciones necesarias para alcanzar el fin propuesto²²², siempre mediante procedimientos eficaces, pues, no hacerlo así dejaría de contemplar el mandato constitucional referido a la protección de los consumidores y a la política rectora social y económica. Por ello, se debe establecer cauces de gran sencillez y accesibilidad para los mismos y, así, realizar el ejercicio de sus derechos contemplados constitucionalmente²²³.

Además, no solo se trata de la expresa protección del citado art. 51.1 de la CE, sino también el derecho a recibir una información veraz por cualquier medio de difusión, según establece el art. 20.1 d) CE²²⁴.

²²¹ *Ibídem.*

²²² *Ibídem.*

²²³ Vid. Bercovitz Rodríguez-Cano, A. y R.: *op. cit.* p. 26.

²²⁴ Véase, Tamarit Sumalla, J. M^a: *op. cit.* pp. 322 y 323; en el mismo sentido, Aguilera Ramos, A.: *op. cit.* p. 606.

La defensa del consumidor y del usuario debe ir referida a toda persona física o jurídica, nacional o extranjera que intervenga en el proceso económico del consumo de bienes o del uso de servicios. Así pues, y según lo expuesto, consumidor será aquel adquirente de bienes de consumo y usuario el que utiliza los servicios públicos o privados²²⁵, como destinatario final²²⁶.

Una vez entendido el mandato constitucional del amparo a los consumidores y usuarios, debemos esclarecer los objetos de protección que se determinan. La seguridad se ha entendido como la regularidad o normalidad en el abastecimiento que haga posible un consumo o uso seguro²²⁷, definición que parece ajustada a dicho mandato.

Respecto de la salud se ha llegado a entender que era una referencia insuficiente puesto que el artículo 43 de la Constitución Española reconoce el derecho a la protección de la salud²²⁸. Aunque en

²²⁵ Así lo entiende, Polo Sánchez, E.: *La protección del consumidor en el Derecho Privado*, Madrid 1980, pp. 27 y 28.

²²⁶ Vid. Peinado Gracia, J. I.: "El Derecho a la protección de los consumidores" en *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, VV. AA. Directores: Moreneo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M^a N., Granada 2002, p. 1885.

²²⁷ Cazorla Prieto, L.M^a: *op. cit.* p. 956. También entiende el citado autor que tal expresión en el mandato constitucional no hacía falta pues el apartado 3 del mismo artículo 51 expresa que la ley regulará el comercio interior, y al tenor de tal expresión se debe entender el deber de los poderes públicos de hacer posible una política de abastecimientos mínimos.

²²⁸ Cazorla Prieto, L.M^a: *op. cit.* p. 956.

este aspecto debemos pronunciarnos en sentido contrario, pues, una expresión referida a la protección de la salud a los consumidores como derecho objeto de ejercicio por éstos supone un mayor abundamiento a lo apuntado en el artículo 43 del texto constitucional; por ello, no parece una referencia insuficiente.

Y por último, los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios deben interpretarse ampliamente como cualquier relación en la que se encuentre todo ciudadano en un acto de consumo o de uso²²⁹. Por tanto, la protección de éstos quedará recogida en el marco constitucional económico²³⁰.

En este sentido lo ha entendido el Tribunal Constitucional en la Sentencia 88/1986 de 1 de julio: "La defensa de los consumidores hace referencia a una situación en la que aquéllos aparecen como destinatarios de unos productos ofrecidos por las empresas, productos cuyas condiciones de oferta se pretenden regular protegiendo, como indica el artículo 51.1 de la Constitución, "la seguridad, la salud y los

²²⁹ Cazorla Prieto, L.M^a.: *op. cit.* p. 957.

²³⁰ Vid. Siqueira Martín, A. J.: "Defensa del consumidor y derecho Constitucional económico" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 4 Núm. 10, 1984, p. 92.

legítimos intereses económicos" de los consumidores...".

No obstante, el párrafo segundo del citado artículo 51 de la CE impone la obligación a los poderes públicos de promover la información y la educación de los consumidores y usuarios. Se establece, así, un principio rector para que los consumidores puedan estar informados sobre los productos y servicios que se les ofrecen.

Este reconocimiento expreso incide directamente en proteger la capacidad de decisión que se debe tener en el momento de adquirir bienes o servicios. El Tribunal Constitucional en Sentencia 71/1982 de 30 de noviembre ha considerado, igualmente, que: "El artículo 51.2 está configurando el derecho del consumidor a disponer de una información veraz y completa sobre las características esenciales del bien o servicio, de su calidad, composición, precio, etc. que le permitan dirigir la elección, utilizar el bien o servicio o reclamar la reparación de los eventuales daños causados por el producto adquirido o servicio utilizado. La información podrá facilitarse a través de organizaciones públicas o representativas de intereses colectivos o podrá proporcionarse directamente por el fabricante, comerciante o prestador del servicio, y tener un carácter

genérico dentro del marco de la publicidad o configurarse como una obligación singular dentro del contenido contractual, mas en todo caso significará para las empresas un deber de información de cumplimiento singular, mediante las variadas formas de información no susceptibles de traducir a unas reglas de uniformidad, o un deber de información a aquellas organizaciones públicas o de intereses colectivos, para que éstas puedan tenerlas a disposición de los consumidores en general o de sus asociados y darles la debida publicidad".

Por tanto, el deber de información veraz al que tiene derecho el consumidor queda recogido como mandato constitucional y como reconocimiento del Tribunal Constitucional. Si hasta el momento estábamos manifestando como derechos del consumidor, la seguridad, la salud, los legítimos intereses económicos, etc. el derecho a la información aparece como algo preciso para ejercer los citados derechos en las relaciones de mercado donde el consumidor debe estar protegido por imperativo constitucional. Ese derecho a la información debe ser entendido, en un marco de protección a los consumidores, como aquel instrumento que da la oportunidad de conocer los datos relativos a los productos, servicios y

administradores que tengan relevancia para realizar una elección racional entre ellos²³¹.

Este reflejo constitucional del derecho a la información aclara el contenido de la misma, ya que, ésta puede tener varias vertientes que afecten al consumo de los productos o servicios. Pensemos en una información distinta a la señalada anteriormente, es decir, una información que sea necesaria para la utilización del producto a través de unas instrucciones que sean comprensibles para el consumidor medio, como el ejemplo que ha sido esbozado por algún autor²³² en cuanto a las instrucciones de empleo de un aparato en un idioma extranjero únicamente, o con un contenido expresivo excesivamente técnico y que no esté al alcance del consumidor medio. Este supuesto apuntado convierte la información en poco utilizable; y realmente en este caso la información sobre calidad, composición, precio, etc. es veraz, pero el consumidor no podría llegar a realizar una aplicación útil del producto.

La cuestión que surge en este caso es si esa información, poco o nada utilizable, va a

²³¹ Vid. Santaella López, M.: "Los derechos de información y expresión..." *op. cit.* p. 418.

²³² Gómez Segade, J. A.: "Notas sobre el derecho de información del consumidor" en *Revista Jurídica de Cataluña* nº 3, julio-septiembre 1980, p. 149.

perjudicar al consumidor de alguna manera. Parece evidente que sí, al menos en sus intereses económicos, por esa falta de utilidad que puede darle al producto adquirido. En resumen, podemos apuntar que el único medio de perjudicar al consumidor no es la información inveraz sobre la calidad, la composición o el precio²³³, sino también aquella información veraz que sea incomprensible para el consumidor y que acabe siendo una falta de información. Aunque entendemos que esta última parte apuntada no ostentaría una entidad suficiente como para configurar un bien jurídico digno de protección penal; tan solo se ha puesto de relieve para enfatizar la importancia de la información a los consumidores.

Aquí el perjuicio para el consumidor, al menos en su interés económico, puede ser igual que cuando se ha realizado alguna manifestación incierta sobre la calidad del producto. Por todo lo expuesto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1982 de 30 de noviembre podía haber hecho referencia a este supuesto, pues, se perjudica al consumidor a través de la información proporcionada por los comerciantes o fabricantes.

²³³ En el caso del precio podría considerarse, también, el caso en el que en época de rebajas no figure el precio anterior para compararlo con el actual rebajado, y así pueda parecer que ha habido una rebaja en el mismo cuando en realidad no se ha producido tal circunstancia.

Podemos destacar, junto con el derecho a la información de los consumidores, el derecho a la educación de los mismos. Éste no debemos entenderlo como el contenido del art. 27.1 de la Constitución Española, sino a la educación de las personas como consumidores y usuarios que refleja el art. 51.2 de la referida Constitución. El contenido que debemos darle es que la información y educación al consumidor deben estar dirigidas a restablecer el equilibrio entre contratantes²³⁴, pues, de este modo sabrá escoger el bien o servicio conociendo mejor la relación calidad precio y sabedor de sus derechos y obligaciones²³⁵. Sobre todo si consideramos que la publicidad no solo contribuye a la sociedad de bienestar sino que facilitará, si hay una verdadera educación del consumidor en los actos propios del mercado, el ejercicio de la libertad individual por las decisiones que deben tomar los ciudadanos²³⁶. Ante una situación de inveracidad publicitaria y una escasa información y educación en ese ámbito, la decisión del consumidor se podrá ver viciada y, por tanto, no hacer uso de esa libertad de intervención en el mercado.

²³⁴ Como se ha estado manifestando, en la economía de mercado actual los consumidores se encuentran en una posición de desventaja respecto del potencial de los fabricantes o comerciantes.

²³⁵ Véase De León Arce, A. y otros: *op. cit.*, p. 83.

²³⁶ Véase Benavides Delgado, J.: "La presencia de la publicidad en la construcción de la cultura y la identidad" en *Estudios sobre consumo*, nº 35 1995, p. 44.

Podemos decir, por tanto, que el consumidor se ha considerado, tradicionalmente, como un sujeto económico irracional y falto de formación por lo que sus deseos no se van a equiparar nunca a las decisiones racionalmente adoptadas por los empresarios²³⁷. Por todo esto, se hace necesaria una política protectora de los consumidores, y dentro de ella debe establecerse una línea educativa a los mismos para poder elegir con pleno conocimiento sobre los productos o servicios que se le ofrece en el mercado.

En resumen, se pretende, a través de la educación del consumidor, que éste tenga una capacidad crítica ante el fenómeno del consumo. Dicha educación del consumidor sobre los aspectos relevantes del mercado será necesaria para poder formar juiciosamente su elección sobre los distintos bienes y servicios. Debe comenzarse desde el ámbito escolar y formación profesional como una materia que en el futuro proyectará su protección en el ámbito diario y vital como es el consumo²³⁸.

²³⁷ En este sentido Santaella López, M. "El derecho de los consumidores a la educación" en *La Ley* n° 1, 1980, p. 1002.

²³⁸ Así lo entiende como la idea fundamental de desarrollo de esa educación del consumidor Santaella López, M.: "El derecho de los consumidores a la educación" en *La Ley* n° 1 1980, p. 1003.

No obstante, la manifestación de los derechos esbozados no demos entenderlos como aislados e inconexos, muy al contrario debemos enlazarlos para una mayor y efectiva protección del consumidor en una relación, como es la de mercado, en la que generalmente se encuentra en una situación de desventaja frente a los fabricantes y comerciantes. La mencionada situación es desventajosa, entre otros motivos, por una falta de transparencia informativa que ha llegado a tal término por varios motivos²³⁹, por un aumento del mercado debido a la abundancia de bienes y servicios que satisfacen una gran demanda; por la complejidad técnica de muchos productos; la contratación en masa y, finalmente, los avances en la psicología de masas y en las técnicas de comunicación a través de las que se puede manipular al consumidor en sus preferencias, e incluso en la disposición para pagar un precio u otro.

A través de una información veraz sobre los productos y servicios lanzados a un mercado de consumo, los adquirentes tendrán un conocimiento exacto de ellos, así su facultad de decisión no se verá distorsionada y podrán adquirir los productos o servicios sin riesgo para su seguridad, salud y legítimos intereses económicos.

²³⁹Vid. Gómez Segade, J. A.: *op. cit.* p. 140.

La declaración contemplada en el artículo 51 de la CE nos hace estar de acuerdo cuando se apuntan cuatro consecuencias que se derivan del citado artículo constitucional:

"1ª) La proclamación de ciertos bienes e intereses como necesariamente defendibles, lo que permitirá precisar -en relación con el concepto de consumidor- los que pueden considerarse "derechos de los consumidores" y delimitar el ámbito y contenido de la tutela jurídica que debe prestárseles.

2ª) La previsión de una intervención escalonada y complementaria de los distintos medios útiles para lograr la defensa de los consumidores, en la línea del principio de intervención mínima.

3ª) El reconocimiento de la protección de los consumidores y usuarios como uno de los principios constitucionales que han de ser observados por la legislación ordinaria, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

4ª) La proclamación del principio "*pro consumatore*", de manera que las dudas interpretativas que puedan presentarse con ocasión de negocios jurídicos en los que participen consumidores habrán de resolverse en sentido favorable a los mismo" ²⁴⁰.

²⁴⁰ González Rus, J.J.: *Los intereses económicos de los consumidores..... op. cit.* p. 48.

Por tanto, parece que el reconocimiento constitucional apuntado obra como la primera piedra en la construcción del bien o los bienes jurídicos dignos de protección en el ámbito de los consumidores, y especialmente la afectación de los mismos a través de un medio tan decisivo en el mercado como es la publicidad, que viene siendo esencial para que los fabricantes y comerciantes den a conocer sus productos y servicios en el ámbito comercial.

Pero la consideración constitucional no acaba con lo expuesto, sino que proyecta la articulación de los medios que conlleven una posterior efectividad de los derechos reconocidos. En efecto, el artículo 53 de la Constitución Española establece lo siguiente:

“El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

La consideración que se hace al Capítulo tercero nos obliga a recordar que es la ubicación del artículo 51 del citado texto. La consecuencia

que directamente podemos extraer del articulado constitucional es: en primer lugar la posibilidad que concede el artículo 51 para la organización de los consumidores en orden a la defensa de sus intereses, como por ejemplo con la creación de asociaciones dirigidas a tal fin, como es la práctica usual en este ámbito. En segundo lugar, la protección de los consumidores deberá desarrollarse a través de la legislación positiva que se origine a tal propósito, a tenor de lo dispuesto en el artículo 53. Legislación que será oportunamente expuesta a lo largo del capítulo. Por último, se establece que la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero de nuestra Constitución solo se podrá alegar ante la Jurisdicción ordinaria. Así, parece compartible la idea de lo innecesario de la última expresión, pues, esos principios no solo informan la legislación ordinaria sino también la práctica judicial²⁴¹.

Toda esta articulación que trasluce la CE constituye por un lado el reconocimiento de derechos a los consumidores, y por otro una auténtica directriz rectora de la política social y económica que debe dar amparo a la consolidación protectora de los consumidores en España.

²⁴¹ Vid. Bercovitz Rodríguez-Cano, A. y R.: op. cit. p. 29.

Por tanto, tenemos contemplada la relevancia constitucional de la protección al consumidor. Se trata de una premisa importante para una coherencia de los bienes jurídicos dignos de protección penal²⁴². Una vez constatada, tan solo merecen una respuesta penal aquellos ataques a los bienes jurídicos que perturben las funciones que son constitutivas para la vida social, dentro del marco constitucional²⁴³. De esta forma se respetará el carácter limitativo del bien jurídico en una sociedad democrática²⁴⁴. Más aun, si tenemos en cuenta que el interés de cada bien jurídico no lo crea el derecho sino que es fruto de una determinada forma de concebir la sociedad y las personas que la forman, bajo una determinada organización social, política y económica que se establece en un país en una determinada época histórica²⁴⁵.

²⁴² Vid. Álvarez García, F. J.: "Bien jurídico y Constitución" en *CPCr.*, n° 43 1991, p. 43. En el mismo sentido Carbonell Mateu, J. C.: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia 1995, p. 29.

²⁴³ Así lo expresa, Rudolphi, H. J.: "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico" en *Nuevo pensamiento penal*, 1975, p. 346.

²⁴⁴ Vid. González Rus, J. J.: *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría)*, Madrid 1983, p. 36.

²⁴⁵ Así lo entiende Novoa Monreal, E.: *op. cit.* p. 63.

2.- INTERESES DIFUSOS Y PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES.

La realidad constitucional de la defensa de los consumidores, tras lo expuesto, queda evidenciada en orden a plantear una tutela penal de los mismos. Pero esta protección penal discurre a través de los intereses colectivos o difusos, pues, son un colectivo indeterminado de personas²⁴⁶; de esta forma lo ha entendido también el Tribunal Constitucional en Sentencia 71/1982 de 30 de noviembre al establecer: "La defensa del consumidor es un concepto de tal amplitud y de contornos tan imprecisos que, con ser dificultosa en ocasiones la operación calificadora de una norma cuyo designio pudiera entenderse que es la protección del consumidor, la operación no resolvería el problema, pues la norma pudiera estar comprendida en más de una de las reglas definidoras de la competencia..." es evidente que para el Tribunal Constitucional la protección del consumidor no resulta fácil, no solo

²⁴⁶ En este sentido, Raposo Fernández, J.M.: "La expansión de la punición "simbólica" y los principios tradicionales del Derecho Penal" en *La Ley* nº 5, 1998, p. 1565; Barona Vilar, S.: *Tutela civil y penal de la publicidad*, Valencia 1999, p. 641; Martínez-Buján Pérez, C.: "Comentario al artículo 282" en *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. II, Valencia 1996, p. 1370. Entiende el citado autor que independientemente de la conceptualización que se haga del bien jurídico el sujeto pasivo del mismo es difuso; Sánchez García, I.: *op. cit.* p. 551, considera esta autora que la protección de los intereses de los consumidores es un bien jurídico de carácter colectivo o difuso por ser el titular un colectivo más o menos amplio.

por las propias características del mismo sino, también, por la normativa de distintos ámbitos que tratan el tema; tanto es así que el propio Tribunal en Sentencia 15/1989 de 26 de enero califica la materia de "...contenido pluridisciplinar, en el que se concita una amplia variedad de materias...".

Esta amplitud de contornos en la protección del consumidor es la que nos hace adentrarnos en el ámbito de los intereses colectivos o difusos. Aunque no es la única referencia constitucional a los mismos, pues, gran parte de los bienes jurídicos reconocidos se integran en los intereses colectivos difusos como una defensa que parte de la necesidad de proteger la función social atribuida a intereses de carácter individualista, tal y como se ha expuesto por parte de algunos sectores de la doctrina penal²⁴⁷.

También la diferenciación entre los bienes individuales pertenecientes a los consumidores, y los que se ha apuntado como bienes que se inscriben

²⁴⁷ Bajo Fernández, M.: "La Constitución económica española y el Derecho penal" *op. cit.* p. 167. Como ejemplos a lo apuntado señala el citado autor la propiedad (art. 33 CE), libertad de empresa (art. 38 CE), interés de la familia en su protección económica (art. 39.1 CE), el interés de las clases económicas débiles en una distribución más equitativa de la renta y la riqueza (art. 40.1 CE), interés de los trabajadores por el pleno empleo (art. 40.1 CE), intereses económicos de los consumidores (art. 51.1 CE) e intereses generales de la planificación económica (art. 131.1 CE).

como intereses colectivos y difusos -derecho a la salud, al trabajo, a la seguridad en el trabajo, a la vivienda, a la información, al estudio, a los bienes consumo, etc.- que aunque son propios de ellos van más allá del consumidor *stricto sensu* considerado, puesto que suponen reivindicaciones de participación en el proceso económico y demanda de satisfacción de necesidades²⁴⁸.

Cierto es que son bienes de naturaleza individual, pero afectan a la vida de los consumidores de un modo que conforman gran parte de la política de actuación estatal, necesitando, por ello, una consideración colectiva que satisfaga sus intereses a través de los principios de la política rectora. Es decir, si partimos de una política social y económica, parece más lógico pensar en derechos de titularidad social que de beneficio individual²⁴⁹.

La consideración de la protección a los consumidores como colectiva y difusa nos adentra en el planteamiento de algunas cuestiones.

La primera cuestión es la necesidad histórica de la creación de los llamados intereses difusos.

²⁴⁸ Vid. González Rus, J.J.: *Los intereses económicos de los consumidores.....*, *op. cit.* p. 33.

²⁴⁹ Vid. Tamarit Sumalla, J. M^a: *op. cit.* p. 322.

Creados como tendencia antagonista a la posición económico-jurídica dominante en una sociedad neocapitalista, donde una masa social tiene una oportunidad de participación y control en una sociedad dominada por una posición predominante de los que ostentan la producción de mercado²⁵⁰. De este modo, existen unos intereses que pertenecen al grupo destinatario de la actividad económica, suponiendo, así, una fuerza emergente en el proceso social²⁵¹. Tanto es así que la idea de los intereses difusos supuso la protección de los intereses de los consumidores, por ejemplo, en la inocuidad y lo genuino del producto, la justicia de su precio, la honesta y completa información del producto y las posibles incidencias derivadas de las condiciones de adquisición²⁵². Esta creación de estos intereses en el momento histórico en la que apareció, supuso la obligación para el legislador de una renovación en la política legislativa²⁵³.

El término "intereses difusos" componía la indicación de un sentido absolutamente genérico, por ser una expresión equivalente a colectivo, es decir, como grupo donde no hay una identidad por el

²⁵⁰ Sgubbi, F.: "Tutela penale di interessi diffusi" en *La Questione Criminale*, 1975, pp. 448 y 449.

²⁵¹ Sgubbi, F.: *op. cit.* p. 450.

²⁵² Sgubbi, F.: *op. cit.* p. 451.

²⁵³ Marconi, G.: "La tutela degli interessi collettivi in ambito penale" en *RIDePP*, 1979, p. 1053.

nombre singular, pero supone un grupo propio de la comunidad²⁵⁴.

Una vez esbozado el término intereses difusos, es hora de plantearse la idoneidad de su protección a través del Derecho Penal.

Si partimos de un momento histórico como es la sociedad burguesa de mediados del siglo XIX, donde sus conquistas estaban conferidas de un valor absoluto como instrumento de dominio. Particularmente en una sociedad que protegía penalmente los intereses particulares, pero no unos intereses que fueran antagónicos a la realidad social expuesta. Por ello, se hacía necesaria la consideración de un bien jurídico de carácter supraindividual (intereses difusos). A través de esta reflexión, la tutela penal de aquellos trabajaba en el sentido de prevenir el perjuicio, es decir, la intervención del mismo con el solo peligro a determinados bienes de margen colectivo²⁵⁵.

²⁵⁴ Marconi, G.: *op. cit.* p. 1060.

²⁵⁵ Sgubbi, F.: *op. cit.* pp. 466 y ss. En este sentido manifiesta el autor que el mandato constitucional de necesaria lesividad para el ilícito penal, no constituye un obstáculo para la protección penal (en este caso del peligro) de los intereses difusos, pues, con una reforma en el sentido de necesaria lesividad en intereses individuales y peligro en los intereses colectivos o difusos. En el mismo sentido se ha manifestado Mir Puig, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed. Barcelona 2015, p. 173, donde con los mismos orígenes históricos expuestos por Sgubbi, F. entiende, también, la

En segundo lugar, y una vez establecida la oportunidad de los intereses difusos, nos ocupa la relación de la protección penal de éstos con el principio de intervención mínima, o dicho de otra manera, si tal protección vulnerará el referido principio, entendiendo éste como la limitación de la intervención penal a bienes jurídicos dignos de tal protección, y además solo en los ataques más graves²⁵⁶.

Un sector de la doctrina penal se muestra contrario a la protección penal de los intereses colectivos difusos por la confusión de límites que puede producir entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal, así como la vulneración del principio de intervención mínima que debe regir en el Derecho Penal²⁵⁷. En el caso concreto de esos intereses, se plantea la duda de su respeto a la mínima intervención del Derecho Penal por su creación de delitos de peligro y, por tanto, una protección preventiva del mismo, pareciendo necesaria la solución a través de otros medios distintos a la regulación penal²⁵⁸. Además de

importancia de unos intereses menos individuales pero con mayor relieve para amplios sectores de la población.

²⁵⁶ Véase, por todos, Cobo del Rosal, M. - Vives Antón, T. S.: *op. cit.* pp. 85 y 86.

²⁵⁷ Así, Portilla Contreras, G.: "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos" en *CPCr.* n° 39 1989, p. 742.

²⁵⁸ Portilla Contreras, G.: *op. cit.* pp. 735 y ss.

suponer una disolución del concepto de bien jurídico porque se supera la protección de intereses humanos concretos por la de instituciones sociales²⁵⁹.

La respuesta contraria por otro sector doctrinal se fundamenta en la base de un Estado social en el que los ciudadanos adquieren nuevos intereses, y dentro de los mismos encontramos los colectivos²⁶⁰. La referencia a esos nuevos intereses colectivos los ha traducido algún autor como los de la mayoría de la población²⁶¹. Pero éstos, entendidos como bienes jurídicos necesitados de una mayor precisión, hay quien ha distinguido entre bienes jurídicos y bienes jurídico-penales²⁶².

La consideración de un bien jurídico como bien jurídico-penal estriba en la insuficiencia de otros medios de defensa menos lesivos que el ámbito penal para proteger bienes de importancia social²⁶³. Y la referencia a dichos bienes de importancia social

²⁵⁹ Así lo expresa Hassemer, W.: "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico" en *Doctrinal Penal*, año 12 abril-septiembre 1989, traductor por: Ziffer, P. S., p. 279.

²⁶⁰ Así lo expone Carbonell Mateu, J.C.: "Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos" en *Cuadernos de Derecho judicial* n° XXXVI 1994, p. 11.

²⁶¹ Morales Prats, F.: "Técnicas de tutela penal de los intereses difusos" en *Cuadernos de Derecho Judicial* n° XXXVI 1994, p. 76.

²⁶² Mir Puig, S.: "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites al *ius puniendi*" en *Estudios Penales y Criminológicos* n° XIV Santiago de Compostela 1989-1990, p. 205.

dignos de protección penal debe estar amparada en una norma, siendo ésta la Constitución, pues los bienes jurídico-penales deben ser valores recogidos en la Constitución por ser la norma valoradora por excelencia²⁶⁴.

La relevancia constitucional de los bienes jurídico-penales lejos de constituir una ampliación del contorno penal supone, muy al contrario, una limitación de aquello que será objeto de protección penal, pues solo tendrán esa consideración cuando evidencie su relevancia constitucional²⁶⁵.

También se ha puesto de manifiesto que la Constitución tutela intereses supraindividuales que son necesarios para el libre desarrollo de la personalidad del ciudadano en sociedad, debiendo tutelarlos el Estado social²⁶⁶. Pensemos, de acuerdo

²⁶³ Mir Puig, S.: "Bien jurídico y bien jurídico-penal..." *op. cit.* p. 214 y 215.

²⁶⁴ En este sentido, Carbonell Mateu, J.C.: "Breves reflexiones sobre la tutela....." *op. cit.* p. 15. Aunque hay quien no ha realizado esta afirmación tan tajante al considerar que los bienes jurídicos protegidos por las normas penales deben pasar por el filtro de la dañosidad social, vid. Vives Antón, T. S.: *Fundamentos del sistema penal. (Acción significativa y derechos Constitucionales)*, 2ª ed. Valencia 2011, p. 799. No obstante, tampoco se llega a desvincular de la relevancia que tiene la Constitución, así lo expresa en su obra "Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº XXV, p. 439.

²⁶⁵ Carbonell Mateu, J.C.: "Breves reflexiones sobre la tutela....." *op. cit.* p. 15

²⁶⁶ Carbonell Mateu, J.C.: "Breves reflexiones sobre la tutela..." *op. cit.* p. 16. También entiende este autor que el término intereses difusos es inadecuado por expresar algo poco claro o

con lo que se acaba de exponer, que la Constitución precisará los bienes objeto de tutela en orden a proteger los intereses estrictamente necesarios para salvaguardar el libre desarrollo de la personalidad del ciudadano²⁶⁷. Si esto es así, necesariamente se conseguirá a través de una tutela de intereses que superen el ámbito individual, es decir, que la titularidad sea colectiva o supraindividual²⁶⁸.

En la clasificación que se ha hecho por parte de la doctrina penal de los bienes jurídicos, encontramos una categoría de éstos que no son otros que los colectivos; definiéndolos como las condiciones necesarias para que puedan ejercerse los derechos o facultades que constituyen los bienes jurídicos individuales, como por ejemplo salud pública, seguridad del tráfico, etc.²⁶⁹.

definido y sin saber muy bien a quién corresponde la titularidad, y los bienes colectivos son bienes jurídicos perfectamente delimitables y pertenecientes a un conjunto de sujetos pasivos igualmente delimitables.

²⁶⁷ Carbonell Mateu, J.C.: "Breves reflexiones sobre la tutela..." *op. cit.* p. 16. También entiende el citado autor que se debe rechazar cualquier bien jurídico que no constituya una tutela de la dignidad de la persona humana, pues, de ella derivarán todos los derechos de los ciudadanos, todas las libertades y todos los objetos de tutela penal.

²⁶⁸ Únicamente la titularidad, pues, los intereses en sí no tiene porque ser colectivos, como patrimonio, salud, etc. que podrían ser de caracteres individuales.

²⁶⁹ Bustos Ramírez, J.J.: "Los bienes jurídicos colectivos" en *RFDUC* núm. 11, Madrid 1986, p. 151.

Al respecto de esta clasificación expuesta, se ha coincidido en la necesidad de tutela penal pero buscando otra más acorde con la función de esa misma tutela que corresponde desempeñar al Derecho Penal y con la titularidad de los bienes jurídicos. Hay quien entiende que debe hablarse de bienes de titularidad colectiva que en realidad son bienes jurídicos de titularidad individual, pero su lesión o puesta en peligro afecta a un conjunto de individuos²⁷⁰, aunque de forma individual no se llegue a afectar²⁷¹.

La protección de intereses que pueden ser particulares (patrimonio, salud, etc.) pero que se desarrollan en un ámbito supraindividual, pues, afecta a una titularidad colectiva, como podemos comprobar en el llamado "fenómeno de consumo", tiene una evidente forma de protección. Si entendemos, como ya se ha puesto de relieve, la situación del consumidor como desventajosa frente al fabricante o comerciante en una economía de libre mercado, la protección individual del consumidor llega a ser mínima, pues como bien se ha

²⁷⁰ Carbonell Mateu, J.C.: "Breves reflexiones sobre..." *op. cit.* p. 17. Propone los ejemplos de las estafas producidas sobre un conjunto de sujetos (sujeto pasivo masa) o los delitos societarios que afectan a todo el conjunto de accionistas de una sociedad anónima, pueden ser de titularidad individual que afectan a una pluralidad de individuos. También, se manifestó en sentido parecido Marconi, G.: *op. cit.* p. 1063.

²⁷¹ Vid. Hassemmer W. y Muñoz Conde, F.: *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, Valencia 1995, p. 57.

manifestado²⁷² el coste de la demanda y los riesgos de costas que se asumen en el procedimiento en relación al valor del producto o servicio hace que el consumidor individual active el procedimiento reivindicador de sus derechos en un mínimo porcentaje, tal y como se comentará con mayor amplitud más adelante.

Todo el fenómeno consumista afecta a las personas individuales y al consumidor como colectivo; como ejemplo de esto último pensemos en un producto que contiene algún defecto producido en la cadena de fabricación, o una cláusula abusiva en un contrato propio de condiciones generales. Por este motivo el consumidor además de su vertiente individual debe tener a su alcance una protección de orden colectivo, que se ha manifestado a través de la formación de asociaciones de consumidores que evidencian una mayor reivindicación de los derechos de los mismos frente al poder de los fabricantes y comerciantes.

No debemos olvidar que la conformación de los intereses a proteger en los consumidores debe realizarse desde un punto de vista colectivo por afectar a quien realiza actos de consumo, es decir, todas las personas que forman parte de la

²⁷² De León Arce, A. y otros: *op. cit.* p. 262.

sociedad²⁷³. Por ello, se facilita, al menos teóricamente, la posibilidad de una defensa colectiva en el Derecho Administrativo por la los colegios oficiales, cámaras, asociaciones sindicatos, etc.²⁷⁴. No obstante, la necesidad de organizarse en asociaciones, como la de consumidores, es recomendable, pero no debería ser absolutamente necesaria para la defensa de los derechos que pretenda hacer valer; algo que se consigue a través de la tipificación penal de las conductas que los vulneran.

La teoría de los intereses difusos la podemos articular como una categoría de intereses distinta al social y al subjetivo-individual, que activará los medios jurídicos para la protección de un grupo contra otro en una relación de intercambio²⁷⁵. Tanto es así que en el derecho estadounidense acuden a la llamada *class action*, donde un solo demandante puede actuar pero no para satisfacer su interés sino también el de todas las personas que se encuentren en su misma situación. Por este tipo de acción va acceder a la justicia quien no ha entablado pleito formalmente, por ello es necesario

²⁷³ Así lo expone, De León Arce, A. y otros: *op. cit.* p. 263.

²⁷⁴ Todo ello al amparo del artículo 32 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa, tal y como expone Jori Tolosa, J.L.: "Problemática procesal de la protección de los intereses difusos" en *Cuaderno de Derecho Judicial*, XXXVI, 1994, pp. 102 y 103.

²⁷⁵ Véase De León Arce, A. y otros: *op. cit.* p. 264.

que el demandante sea miembro de un grupo con intereses colectivos²⁷⁶.

Este sistema de protección de intereses colectivos²⁷⁷ facilita una situación de equilibrio en un procedimiento donde puede actuar un colectivo frente a otro, y de este modo evitar situaciones desventajosas entre un individuo que quiere hacer valer sus derechos por un acto de consumo y el potencial de un grupo poderoso que actúa en la otra posición en ese mismo acto de consumo. Uno de los principios que deben regir en todo procedimiento judicial es el denominado, por los estadounidenses, *Fair Trial*²⁷⁸ y por ello se precisa un verdadero equilibrio de fuerzas en cualquier procedimiento para evitar situaciones desventajosas y, por ende, una injusta protección de intereses.

No es ocioso considerar que un equilibrio de fuerzas en el proceso de defensa de derechos se conseguiría, con mayor facilidad, mediante el proceso penal por ser de más fácil acceso a los consumidores, entre otros motivos por la

²⁷⁶ Vid. Vázquez Cueto, J.C.: *op. cit.* p. 927.

²⁷⁷ En este momento apartándonos de la consideración del sistema procesal norteamericano apuntado, para abundar en la necesidad de protección de intereses colectivos en nuestro derecho.

²⁷⁸ Véase Fletcher, G. P.: *Las víctimas ante el jurado*, traducido por Juan José Molina Ariza y Antonio Muñoz Aunión, Valencia 1997, p. 209. Llega a afirmar el citado autor que el Derecho no exige justicia sino un juicio justo, pues el derecho a un juicio justo es más importante que la propia justicia.

intervención del Ministerio Fiscal, que cualquier otro procedimiento civil o administrativo.

Por lo expuesto, podemos precisar que los intereses colectivos son bienes jurídicos que se protegen penalmente desde hace ya unos años, y que son intereses de los que participan todos los ciudadanos en diversos ámbitos de actividad, como economía, salud, medio ambiente, urbanismo etc., es decir los llamados bienes jurídicos de nueva generación²⁷⁹. Sin olvidar que, en su mayor parte, la protección será mediante los delitos de peligro²⁸⁰, y más aun de peligro abstracto porque supone una merma de las condiciones de seguridad necesaria para el uso pacífico del bien²⁸¹.

3.- TUTELA JURÍDICA EXTRAPENAL DE LOS CONSUMIDORES.

El colectivo de los consumidores ha sido protegido por el ordenamiento jurídico desde la

²⁷⁹ Doval Pais, A.: "Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios" en *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXXVI, 1994, pp. 34 y 35.

²⁸⁰ Vid. Acosta Estévez, J. B.: "Algunas consideraciones en torno a la protección penal de los consumidores: fraudes alimenticios" en *CPCr.* N° 44, p. 473.

²⁸¹ Véase, más ampliamente, Kindhäuser, U.: "Los tipos de delito en el Derecho penal económico" en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, directores: Silva Sánchez, J. Mª y Miró Llinares, F., Madrid 2013, p. 78.

creciente economía de mercado donde las empresas mantienen una posición de poder sobre los mismos, tal y como se ha apuntado. Por ello, en los países de capitalismo avanzado se establece un conjunto de limitaciones a la actividad empresarial, tratando de protegerlos como destinatarios en ese proceso de producción y distribución de bienes y servicios²⁸². No olvidemos que los procesos de industrialización y capitalismo hacen surgir los llamados "delitos de cuello blanco" (*White Collar Crime*) como los realizados por hombres de negocios respetables, o al menos respetados, en clara contraposición a los delitos cometidos por las personas de un bajo *status* socioeconómico²⁸³.

En una situación económica en la que se produce una gran concentración de capital en el mercado y, como consecuencia, una gran competitividad entre los principales controladores de éste (comerciantes y fabricantes, principalmente), produce un evidente aumento de los delitos económicos a través de los citados operadores que actúan en el mismo, por ser éste un ámbito donde se concentra un gran movimiento de dinero. Por tanto, parece el cauce ideal para la comisión de delitos económicos, y

²⁸² En este sentido, Aguilera Ramos, A.: *op. cit.* p. 581.

²⁸³ Vid. Bergalli, R.: "Criminología del *"white-collar crime"*: forma-estado y proceso de concentración económica" en *Estudios Penales y Criminológicos* n° VII, Santiago de Compostela 1982-1983, pp. 46 y ss.

esto obliga a la tipificación de nuevas conductas delictivas que protejan a los ciudadanos.

Esta situación de aumento de la comisión de este tipo de delitos propicia, entre otras, las prácticas abusivas dentro de la cadena de producción y distribución de bienes y servicios, como consecuencia del desarrollo social del comercio y, también, de la publicidad, medio éste último por el que se dan a conocer y se promocionan los bienes y servicios que compiten en la economía de mercado. Tanto es así que se ha llegado a considerar la publicidad como un aspecto más de la convivencia en las sociedades modernas, por ser una actividad que la persona ejerce en relación con las demás²⁸⁴. Ciertamente es que el auge que representa la actividad publicitaria como medio de transmisión de ideas, mensajes, ventas, negocios, etc. es cada vez más evidente y necesario.

Las razones expuestas apuntan a la idoneidad de la comisión de actos que perjudican al consumidor utilizando el cauce del mercado económico y, a través, de la publicidad como nueva forma de promoción en el ámbito mencionado.

²⁸⁴ Véase Benavides Delgado, J.: "La presencia de la publicidad....." *op. cit.* p. 49.

Esta situación propició la regulación de la materia publicitaria dentro del ámbito mercantil y bajo unas primeras premisas ajenas al ámbito penal, originadas en un momento anterior a la CE.

El legislador español comenzó a esforzarse en el ámbito de la publicidad superada la mitad del siglo XX, por ser una actividad presente en la sociedad que requería la intervención de los poderes públicos para proteger intereses comunes²⁸⁵.

En este momento y debido al incremento del comercio y la publicidad, se aprobó la Ley 61/1964 de 11 de junio por la que se regulaba esta materia en el llamado Estatuto de la Publicidad.

El ámbito de aplicación era a la publicidad comercial por cuanto se daba, casi de manera exclusiva, en el contorno de la contratación, no en vano pretendía consagrar la libre contratación de bienes y servicios desde un libre principio dispositivo.

El Estatuto de la Publicidad, según se ha entendido²⁸⁶, consagró unas líneas de actuación entre las que destacaban los principios que debían

²⁸⁵ En este sentido, Lorenzo Gelices, F.: *Ética y publicidad*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid 1977, p. 51.

²⁸⁶ Barona Vilar, S.: *op. cit.* pp. 32 y ss.

regir la publicidad como licitud, veracidad, autenticidad y libre competencia²⁸⁷; la regulación de las Agencias de Publicidad y los técnicos de la misma como estructura organizativa de dicha actividad publicitaria. Debido a esta nueva regulación, se creó el Instituto Nacional de la Publicidad. Se regularon los contratos publicitarios, y finalmente se establecieron dos órganos de control como fueron la Junta Central de Publicidad y el Jurado de Publicidad. Así pues, los remedios contra la publicidad ilícita eran de carácter administrativo²⁸⁸.

La situación creada supuso la aparición de numerosas disposiciones en orden a desarrollar el Estatuto de la Publicidad 61/1964 de 11 de junio, como fueron: Reglamento del Instituto Nacional de Publicidad por decreto de 22 de agosto de 1964; Orden de 5 de abril de 1965 por la que se aprueba el Reglamento del Registro General de Publicidad; Orden de 7 de abril de 1965 por la que se aprueba el Reglamento del Jurado Central de Publicidad; Orden de 30 de enero de 1965 de Constitución de la Junta Central de Publicidad; Orden de 1 de agosto de 1966 por la que se aprueba en el Reglamento de

²⁸⁷ Tal reconocimiento se hacía expresamente en el artículo 8 del Estatuto de la Publicidad.

²⁸⁸ Vid. De La Cuesta Rute, J. M^a y De La Oliva Santos, A.: "Tratamiento jurídico en España de la comunicación publicitaria ilícita" en *La Ley*, nº 4 1981, pp. 900 y 901.

la Escuela Oficial de Publicidad; Orden de 1 de diciembre de 1966 por la que se regula la obtención de título de técnico en publicidad; Orden de 2 de diciembre de 1966 que complementa el registro general de Publicidad; Decreto de 20 de abril de 1967 regulador de la Publicidad exterior, desarrollado por orden de 27 de febrero de 1969; Orden de 24 de febrero de 1969 y Orden de 31 de julio de 1971 sobre régimen de la Junta Central y del Jurado de la Publicidad²⁸⁹.

Como puede observarse, un verdadero esfuerzo del legislador por regular la materia publicitaria cada día más presente en la economía de mercado, y en una situación de pleno desarrollo mercantilista.

La regulación vigente en España en materia publicitaria quedó insuficiente por varios motivos, en primer lugar porque se trataba de una normativa rígida y que no se adecuaba a los dinámicos cambios sociales, económicos y culturales que experimentaba el país; además mantenía como única vía la administrativa, no una ampliación a toda la vía judicial ordinaria, tal y como se expone en el preámbulo de la Ley 34/1988 de 11 de noviembre

²⁸⁹ Véase, más ampliamente, Barona Vilar, S.: *op. cit.* p. 34.

General de Publicidad²⁹⁰. En segundo lugar, tras la Constitución de 1978 la situación era diametralmente distinta a la razón política y administrativa que había dado a luz la referida normativa. Por último, la entrada de España en la Comunidad Económica Europea, pues, además de haber cambiado la realidad del mercado y la actividad publicitaria, se debía adaptar - la legislación española - a la normativa comunitaria²⁹¹, siendo ésta la Directiva del Consejo de la Comunidad de 10 de septiembre de 1984, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 19 de septiembre de 1984. Tanto es así, que en el proceso de adaptación de la esta normativa a la legislación española, se llegó a plantear la cuestión de una nueva regulación de la publicidad en la Mesa del Congreso de los Diputados por parte del grupo parlamentario Centro Democrático y Social (CDS)²⁹².

Esta normativa europea, modificada por la directiva 97/55/CE de 6 de octubre de 1997²⁹³ - a su vez ésta ha sido modificada por la Directiva 2006/114/CE de 12 de diciembre (DOUE 27/12/2006) -,

²⁹⁰ Con mayor amplitud, Alonso Dávila, J.: "El derecho publicitario en España y la directiva de la CEE de 10 de septiembre de 1984 sobre publicidad engañosa" en *La Ley*, 1985-5, p. 1047.

²⁹¹ En este sentido Barona Vilar, S.: *op. cit.* p. 34.

²⁹² Así lo expuso D. Carlos Revilla Rodríguez perteneciente al Centro Democrático y Social (CDS); se puede consultar en *BOCG Congreso de los Diputados*, nº 124 14 de noviembre de 1987.

²⁹³ Diario Oficial de Comunidad Europea núm. 290 de 23 de octubre de 1997.

establece que tiene por objeto proteger, entre otros, a los consumidores²⁹⁴. Esta regulación recoge en su artículo 2 una definición de publicidad engañosa para proteger a los consumidores de ésta. Define tal publicidad engañosa como:

"Toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta, y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar a su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a su competidor".

La Directiva apuntada supone un intento de combatir los efectos de la publicidad engañosa, tanto en los consumidores como en los competidores²⁹⁵. Pero no debemos obviar aspectos fundamentales de ésta. Un primer punto importante es la reflexión que nos reporta, por el hecho de contener una cláusula que opera ante cualquier tipo y medio donde se produzca la publicidad, así como la falta de necesidad de la producción de un daño, pues, solo expresa la potencialidad de la afectación al comportamiento económico. Por otro lado, la normativa urge a los estados miembros a

²⁹⁴ Además de instar a su regulación en cada Estado miembro, se establece la necesidad de creación de mecanismos de control, vid. Ripoll Navarro, R.: *op. cit.* p. 998.

que adopten las medidas necesarias para que se pueda producir la protección pretendida en la Directiva²⁹⁶. Porque es un hecho evidente que la integración jurídica o armonización legislativa no es una finalidad de la Comunidad Económica Europea sino un instrumento de integración económica necesaria en la propia Comunidad Europea²⁹⁷. Por ello, la política de la UE ha girado, tradicionalmente sobre dos principios, la armonización a través de directivas, y las soluciones concretas a problemas específicos. Aunque en la actualidad adopta una política de revisión del acervo normativo en materia de consumo para tratar de lograr un equilibrio, en el mercado interior, entre los consumidores y la competitividad de las empresas²⁹⁸.

Tanto es así, que la Directiva obligaba a la armonización de la legislación de los Estados en

²⁹⁵ En parecidos términos se manifiesta García-Cruces González, J. A.: "Derecho comunitario y derecho del consumo" en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 192 abril-junio 1989, p. 334.

²⁹⁶ En este sentido, véase, Alonso Dávila, J.: *op. cit.* p. 1049. También, Santaella López, M.: *El nuevo derecho de la publicidad*, Madrid 1989, p. 28.

²⁹⁷ Véase, para mayor profundización, Martínez de Aguirre y Aldaz, C.: *Derecho comunitario y protección de los consumidores*, Madrid 1990, p. 50.

²⁹⁸ En este sentido, Evangelio Llorca, R.: "La revisión de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo" en *Estudios Jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, VV. AA. coordinadores: Blasco Gascó, F., Clemente Meoro, M., Orduña Moreno, F. J., Prats Albertosa, L. y Verdura Server, R., Tomo I Valencia 2011, pp.1027 y 1028.

todos sus aspectos. Y esta premisa requería que se regularan diversos aspectos de la publicidad, la engañosa y la comparativa²⁹⁹. A este respecto, cabe señalar como curiosidad, que España cumplió respecto de la publicidad engañosa pero no la parte que afecta a la comparativa y, por ello, mereció una condena del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁰⁰.

Esta actuación de la UE es como consecuencia del interés en armonizar las legislaciones de los diferentes estados miembros para garantizar los derechos de los consumidores, de una forma equitativa, con independencia del país en el que se encuentren³⁰¹.

Ante esta situación, el Estatuto de la Publicidad de 1964 no se derogó pero quedó en un letargo de aplicación, y junto a la desaparición de la Junta Central de Publicidad y Jurado de la Publicidad, la situación era de absoluta ausencia de control legal de la publicidad³⁰².

²⁹⁹ Vid. Lema Devesa, C.: "En torno al "nuevo" anteproyecto de la Ley General de Publicidad" en *La Ley* 1986-3, p. 852.

³⁰⁰ Vid. STJCE (Secc. 3ª) de 28 de noviembre de 2002, nº C-392/2001.

³⁰¹ En este sentido, véase, Evangelio Llorca, R.: "La protección de los consumidores en el derecho europeo: las garantías en las ventas de bienes de consumo" en *Política y Derecho, retos para el siglo XXI*, VV. AA. editores: Guzmán Mendoza, C. E. y Insignares Cera, S., Barranquilla (Colombia) 2010, pp. 2 y 3.

³⁰² Vid. Alonso Dávila, J.: *op. cit.* p. 1047.

Todos estos motivos propiciaron que en 1988 apareciera la Ley General de Publicidad 34/1988 de 11 de noviembre inspirada en la normativa comunitaria anteriormente citada³⁰³ y adaptándose a los mandatos de la Constitución Española de 1978. De hecho, en la memoria del proyecto de ley se exponía la inadecuación del Estatuto de la Publicidad a la realidad socioeconómica que junto a los principios constitucionales hacían necesaria una ley que complementase lo recogido en la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios³⁰⁴.

Así pues, la Ley General de Publicidad surgió como defensa no únicamente de los competidores, algo que se reflejaba en el Estatuto de la Publicidad 61/1964 de 11 de junio³⁰⁵, sino también a los consumidores por ser el referente natural de la publicidad comercial en una economía de mercado libre. El artículo 3 de la citada Ley determina la publicidad ilícita:

"Es ilícita:

³⁰³ Véase, más ampliamente, Tamarit Sumalla, J. M^a: *op. cit.* p. 323.

³⁰⁴ La memoria del proyecto de Ley General de Publicidad se encuentra en la Secretaría General del Congreso de los Diputados, Documentación nº 63, diciembre 1987, pp. 371-389.

³⁰⁵ El Estatuto de la Publicidad contemplaba la publicidad ilícita en cuanto perjudicaba a los competidores en el mercado, de hecho se consideró, también, la publicidad de tono excluyente, siendo ésta la que consta de afirmaciones que arrogan una posición preeminente a quien las realiza, según definió Lema Devesa, C.: *La publicidad...* *op. cit.* p. 73.

- 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". La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios".

En este punto se recoge un amplio elenco de posibilidades de transformar la publicidad orientada a la contratación directa o indirecta de bienes, servicios, derechos y obligaciones, tal y como la define el artículo 2 de la Ley General de Publicidad. Una de estas definiciones es la de la publicidad engañosa, pero tal determinación no puede quedar exenta de un contenido legislativo que en este caso se realiza a través de los artículos 4 y 5 de la citada Ley General de Publicidad:

Artículo 4:

"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".

Esta definición expresada en la Ley General de Publicidad es mucho más concreta que la generalidad recogida en el antiguo Estatuto de la Publicidad³⁰⁶.

La normativa esbozada manifiesta una evidente intención del legislador en contemplar como engañosa toda posible forma de publicidad como la escrita, oral, de imágenes, de sonidos³⁰⁷, pues, utiliza expresiones como "...que de cualquier manera...", "...induce o puede inducir..." o "...perjudicar o ser capaz de perjudicar...", de este modo se considera publicidad engañosa la que produce un error en los destinatarios o tiene la potencialidad de hacerlo, aunque efectivamente no lo consiga. Como puede observarse, un fiel reflejo de la mencionada Directiva del Consejo de Europa de 10 de septiembre de 1984. Incluso se ha llegado a

³⁰⁶ Vid. De La Cuesta Rute, J. M^a: "Observaciones sobre la Ley General de Publicidad" en *RJC* p. 931. El citado autor también afirma que tratar de regular la publicidad en solo texto es inútil e inconveniente p. 918.

³⁰⁷ Vid. Pino Abad, M.: *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley de Publicidad de 1988*, Ministerio de Sanidad

considerar que será engañosa la publicidad que contenga información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico³⁰⁸.

El tratamiento que otorga el citado precepto es de protección tanto al destinatario como al competidor. En nuestro caso es más interesante la referencia hecha al destinatario, pues, el artículo está inspirado más en una necesaria protección al consumidor que al competidor³⁰⁹. Este destinatario de la publicidad es, según algún autor³¹⁰, universal, no concreto, y por ello de difícil protección por esa referida inconcreción, de tal manera que el Tribunal Federal alemán establece, en estos casos, un sistema de prueba en la que el Juez decidirá según su propia experiencia como miembro de ese grupo de destinatarios³¹¹. No podemos estar de acuerdo con esta afirmación por el propio contenido del mensaje publicitario engañoso

y Consumo, Instituto Nacional del Consumo, Madrid 1992, pp. 54 y 55.

³⁰⁸ Vid. Lasheras San Martín, J.: "El marco jurídico español de la publicidad" en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, p. 31.

³⁰⁹ Vid. Madrena i Boadas, C.: *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal. La parcialidad de la publicidad y los costes de la competencia*, Madrid 1990, p. 175.

³¹⁰ Véase, Corredoira y Alfonso, L.: *Comentarios a la Ley de Publicidad. Ley 34/1988 y disposiciones complementarias*, Barcelona 1993, p. 39.

³¹¹ Vid. Corredoira y Alfonso, L.: *op. cit.* p. 41.

dirigido a una masa inconcreta, como es el destinatario de cualquier producto o servicio. Sí es posible la protección a través de la comprobación del propio mensaje producido por el fabricante o comerciante. Tanto es así, que en la STS 122/1977 de 27 de enero se condena, en la jurisdicción civil, a unos promotores de viviendas por incumplimiento contractual al deber responder por toda la publicidad realizada sobre la vivienda en los folletos publicitarios. Por ello, sí que parece factible la protección del destinatario de la publicidad con la comprobación de lo publicitado a través del mensaje dirigido a los mismos y lo que efectivamente comporta el producto o servicio objeto de la publicidad³¹².

Por otro lado, la Ley General de Publicidad, que considera a la misma como un medio de carácter comunicativo³¹³, contempla, también, la publicidad engañosa omisiva como silencio de datos relevantes del producto o servicio y de las condiciones económicas, recogidos en el artículo 5³¹⁴. Regula las indicaciones y elementos que debe contener la publicidad de bienes, actividades o servicios:

³¹² En este momento debemos hacer referencia a lo que García-Cruces González, J. A.: *op. cit.* p. 335, ha considerado como una inversión de la carga de la prueba en la Directiva de 10 de septiembre de 1984, porque se va a necesitar una aportación de pruebas por parte del que realiza la publicidad de la veracidad de sus afirmaciones.

³¹³ Así lo entiende, con buena lógica, Santaella López, M.: *El nuevo derecho de la publicidad*, Madrid 1989, p. 33.

“Para determinar si una publicidad es engañosa, se tendrán en cuenta todos sus elementos y principalmente sus indicaciones concernientes a:

1. Las características de los bienes, actividades o servicios, tales como:
 - a) Origen o procedencia geográfica o comercial, naturaleza, composición, destino, finalidad, idoneidad, disponibilidad y novedad.
 - b) Calidad, cantidad, categoría, especificaciones y denominación.
 - c) Modo y fecha de fabricación, suministro o presentación.
 - d) Resultados que pueden esperarse de su utilización.
 - e) Resultados y características esenciales de los ensayos o controles de los bienes o servicios.
 - f) Nocividad o peligrosidad.
2. Precio completo o presupuesto o modo de fijación del mismo.
3. Condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización y entrega de los bienes o de la prestación de los servicios.
4. Motivo de la oferta.
5. Naturaleza, cualificaciones y derechos del anunciante, especialmente en lo relativo a:
 - a) Identidad, patrimonio y cualificaciones profesionales.
 - b) Derechos de propiedad industrial o intelectual.

³¹⁴ Así lo entiende Corredoira y Alfonso, L.: *op. cit.* p. 40.

c) Premios o distinciones recibidas"³¹⁵.

En España la mayor parte de los escasos procedimientos judiciales por publicidad engañosa es por la falta de especificación en las condiciones del producto o servicio³¹⁶.

A lo apuntado anteriormente hay que añadir las opiniones que consideraban necesaria la presencia de los consumidores, desde sus asociaciones, en la actuación política y administrativa y en la delimitación de las responsabilidades. Así la participación de los ciudadanos se conseguiría en el origen³¹⁷ y no en la fase final donde la única solución que le queda es la actuación judicial.

Otra norma que protege al consumidor, y anterior a la Ley General de Publicidad, es la Ley General para la Defensa de Consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984, que pretende impulsar el su amparo en un ámbito mercantilista que implica la contratación de productos y servicios, donde reside

³¹⁵ Se ha cuestionado si el artículo 5 de la Ley General de Publicidad se trata de una lista taxativa o ejemplificativa; en tal sentido nos manifestamos conformes con la consideración de lista ejemplificativa por ser difícil la calificación de cualquier mensaje publicitario, tal y como ha expresado Pino Abad, M.: *op. cit.* págs. 59 y 60.

³¹⁶ En este sentido Corredoira y Alfonso, L.: *op. cit.* p. 41.

³¹⁷ Vid. Sánchez Blanco, A.: "El consumidor ante la política de abastecimiento y ante la política comercial" en *RAP*, nº 85 enero-abril 1978, pp. 149 y 150.

con una evidente posición de desventaja del usuario de los mismos. Tanto es así, que la protección de la Ley mencionada llega al carácter imperativo de sus normas, pues, en el apartado 3 de su artículo 2 establece la nulidad de la renuncia a los derechos reconocidos al consumidor. Esta norma parece responder a un nuevo ideal del interés general, social y de orden público económico, ayuda a impulsar un nuevo concepto del ordenamiento jurídico mercantil³¹⁸. La exposición que se acaba de hacer nos lleva reflexionar sobre el carácter protector del Estado al consumidor al reconocerlo como la parte más débil en la actual economía en la que nos desenvolvemos, pues concede un carácter irrenunciable a la norma que protegerá al consumidor, haciéndola imperativa independientemente de la propia voluntad de éste³¹⁹. Debemos sumarnos, entonces, a las posiciones³²⁰ que consideran esta naturaleza

³¹⁸ Vid. Font Galán, J. I.: "¿Hacia un Nuevo sistema jurídico mercantil de "faz completamente nueva"? La Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios; un instrumento para la realización histórica de un Derecho mercantil del estado social" en *RDM*, nº 192 abril-junio 1989, p. 404.

³¹⁹ Debe concretarse que la imposibilidad de renuncia a los derechos que le concede la Ley hace referencia a una renuncia previa, no a una posterior a la adquisición de un derecho que sería válida, tal y como apunta De León Arce, A. y otros: *op. cit.*, p. 69. Aunque matiza que podrían darse fraudes como la apariencia de una renuncia posterior cuando efectivamente se realizó previamente, debiendo entonces proceder a una correcta instrucción de los consumidores sobre estas cuestiones.

³²⁰ De León Arce, A. y otros: *op. cit.* p. 69.

imperativa como indispensable en una regulación de carácter tuitivo.

Como punto de partida podemos reflejar el elenco de derechos que reconoce el artículo 2 en su apartado 1 de la citada Ley:

- a) La protección de los riesgos que puedan afectar a su salud y seguridad.
- b) La protección de los intereses legítimos económicos y sociales.
- c) la indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos.
- 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.
- e) La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afecten directamente y la representación de sus intereses, todo ello a través de las asociaciones, agrupaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.
- f) La protección jurídica. Administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión."

Cada uno de estos derechos básicos está desarrollado en la propia Ley en diversos capítulos, concediendo un amplio margen de

protección del consumidor en las diversas fases en las que interviene³²¹.

No obstante, no debemos olvidar lo regulado en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, estableciendo tal protección de la publicidad sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre ésta (art. 8), y además considera una infracción el incumplimiento de las normas relativas a publicidad de bienes y servicios (art. 34.6).

A pesar de los esfuerzos de la LGDCU para cumplir el mandato constitucional del artículo 51, no está exenta de lagunas que se han debido completar con la elaboración de un elenco de leyes; a tal fin podríamos apuntar la Ley 26/91 de 21 de noviembre sobre Contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, real Decreto 636/93 de 3 de mayo sobre Arbitraje de Consumo, Ley 22/94 de 6 de junio sobre Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, Ley /88 de 11 de noviembre General de Publicidad, Ley /89 de 17 de julio de Defensa de la Competencia, RD 820/1990 de 22 de junio, prohíbe la fabricación y

³²¹ Así, Bercovitz Rodríguez-Cano, A. y R.: *op. cit.* p. 147, en este momento establecen los autores las fases de protección, fase de promoción de los empresarios para que los consumidores adquieran sus productos o servicios, una segunda fase de la realización de

comercialización de productos no alimenticios de apariencia engañosa que pongan en peligro la salud o seguridad de los consumidores, Ley /91 de 10 de enero de Competencia Desleal, entre otras. Esto viene a confirmar el esfuerzo del legislador por reforzar la posición del consumidor y usuario en una economía mercantilista que se inicia con una situación de inferioridad potencial del consumidor. La respuesta al mandato constitucional del citado artículo 51 va incrementándose a medida que se refuerza la línea legislativa inspirada por la inspiración autóctona y la normativa europea que traspone a nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo que respecta al apartado legislativo, no podemos obviar la reforma operada en materia de protección a los consumidores y que tiene por objeto aunar las distintas normas en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo.

Esta protección del consumidor en otras ramas del Derecho responde a la idea que se ha mantenido sobre el hecho de encontrar un sustrato civil,

los contratos, y por último la fase posterior de realización de los contratos.

mercantil o administrativo en todo precepto de la parte especial del Derecho Penal³²².

La cuestión que resulta relevante en este apartado es si la regulación en otras ramas del derecho es suficiente para proteger a los consumidores, especialmente ante la publicidad engañosa.

Aunque hay quien ha sostenido que no debería rebasar la esfera del Derecho privado³²³, para acometer esta cuestión no debemos olvidar lo que se ha expuesto en la parte relativa a los aspectos político criminales del delito de publicidad engañosa. La situación de gran desigualdad del consumidor frente a las empresas - particularmente las grandes - hace que se mantenga en una situación de peligro. Si a ello unimos los costosos procedimientos judiciales en el ámbito civil, y la general afectación de una publicidad engañosa y mendaz, nos hace inclinarnos por la consideración de la insuficiencia de otras ramas del derecho, distintas al ámbito penal, para proteger los intereses de los consumidores ante una publicidad fraudulenta.

³²² Vid. Rodríguez Ramos, L.: *Secundariedad del Derecho penal económico*, Madrid 2011, p. 11.

³²³ Vid. Bustos Pueche, J. E.: "Derecho civil, Derecho mercantil, Derecho del consumo" en *La Ley* 1990-3, p. 863.

Esta afirmación viene dada por las posibilidades de los consumidores a la hora de defender sus derechos, ante las actuaciones infractoras de los comerciantes y fabricantes. La posición desventajosa, tantas veces aludida a lo largo del texto, resulta palmaria cuando hacemos una breve consideración de las vías judiciales que tienen a su disposición.

Si comenzamos por la exposición de la vía civil, ésta resulta enormemente gravosa por dos motivos, uno por las dificultades de la consideración de la legitimación activa, y dos por los costes que supone a cualquier consumidor acudir a la misma. En primer lugar, la inconcreción de la Ley General de Publicidad³²⁴ ha obligado a los tribunales a concretar quién puede sustentar la legitimación activa particularmente en las acciones de cesación y rectificación³²⁵. En este sentido,

³²⁴ Algo que tampoco ha solucionado la reforma operada por la Ley 29/2009 de 30 de diciembre. Vid. Ruiz Moreno, J. M^a: *La protección jurisdiccional civil frente a la publicidad ilícita*, Valencia 2014, p. 68. También considera la necesidad del interés legítimo para poder entablar la vía jurisdiccional civil, Barona Vilar, S.: *op. cit.* p. 257.

³²⁵ Las acciones de orden civil ante la publicidad ilícita consisten, tal y como expone Barona Vilar, S.: *op. cit.* en cesación: para evitar que continúe la actividad publicitaria, p. 241; prohibición: para impedir la actividad publicitaria en aquellos supuestos que aún no se ha emitido, p. 250; rectificación: para que vuelva atrás el efecto del mensaje publicitario, suele actuar como complemento de la cesación, pp. 251 y 252; pretensiones indemnizatorias: se trata de una reclamación de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de una conducta publicitaria ilícita, pp. 261 y 262.

cabe apuntarla SAP Sevilla (Secc. 5ª) de 11 de septiembre de 2009 (también la SAP Valencia (Secc. 9ª) 300/2008 de 23 de octubre), estableciendo que la generalidad de los destinatarios de una publicidad no tienen un interés legítimo por el mero hecho de poderles afectar la misma. Solo lo tendrán quienes ostenten un interés propio y distinto de ese genérico claramente diferenciable del resto.

Un segundo motivo, por los costes que una persona debe asumir a la hora de entablar una acción civil ante los tribunales españoles, pues, debe acudir con la representación procesal necesaria de los profesionales del derecho como son abogado y procurador³²⁶. Unido, además, a la necesidad de probar la falsedad del mensaje publicitario, pues, quien demanda debe probar aquello que reclama³²⁷.

Por tanto, la situación es de imposibilidad de acudir a la vía jurisdiccional civil si no se ha sufrido algún perjuicio por contratación o adquisición de un producto o servicio. Es decir, que no se podrá proteger un consumidor en una fase

³²⁶ Vid. Barona Vilar, S.: *op. cit.* p. 405.

³²⁷ Vid. Vallines García, E.: "La protección del consumidor a través de las reglas sobre carga de la prueba" en *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral*, coordinador: Cubillo López, I. J., Pamplona 2010, p. 227.

anterior al daño efectivamente causado, quedando orillada la defensa en el momento de peligro sin necesidad de un resultado perjudicial efectivo.

Esta situación merece la reflexión acerca de la efectividad de la norma protectora. Si no se establecen los mecanismos procedimentales que resulten eficaces, la norma perderá su utilidad³²⁸.

Por ello, si un consumidor o grupo de éstos quieren acudir a la referida vía necesitarán acreditar el perjuicio sufrido y asumir los costes propios de su representación procesal³²⁹, algo que dificulta enormemente el acceso a la vía jurisdiccional civil. Tanto es así que la realidad judicial demuestra que el 90% de los asuntos civiles por publicidad engañosa han sido interpuestos por los propios competidores³³⁰.

Sería muy conveniente una mayor intervención de las asociaciones de consumidores en el momento de lanzarse una campaña o mensaje publicitarios antes de llegar a causar un perjuicio o daño a cualquier destinatario. Esta posibilidad ya ha sido

³²⁸ Vid. Santaella López, M.: *El delito publicitario*, op. cit. p. 141.

³²⁹ Véase, más ampliamente, Aza Conejo, M^a J. y otros: op. cit. p. 262. Las autoras consideran que se produce una gran situación de desigualdad y desventaja del consumidor a la hora de acudir a la vía judicial.

³³⁰ Vid. Madrena i Boadas, C.: op. cit. p. 72.

reconocida por el Tribunal Constitucional en su sentencia 15/1989 de 26 de enero, pero limitándose, más bien, a supuestos de creación de perjuicios; consideró el TC que las asociaciones están legitimadas para iniciar e intervenir en procedimientos activos tendentes a hacer cesar la oferta, promoción o publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios.

Otra posibilidad de los consumidores es acudir a la vía del arbitraje de consumo regulada en el Real Decreto 231/2008 de 15 de febrero del Sistema Arbitral de Consumo. Este mecanismo se crea para atender al mandato constitucional del art. 51 de la CE que insta a los poderes públicos a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos³³¹. Pero este sistema solo opera para solucionar las quejas que afecten al derecho privado y sean disponibles por las partes. Además, las empresas solo asistirán si voluntariamente se adhieren a este sistema³³², pues, en caso contrario no será viable el arbitraje. Por tanto, el

³³¹ Vid. De León Arce y otros: *op. cit.* p. 273.

³³² Vid. Cubillo López, I. J.: "El procedimiento para la tutela arbitral de los consumidores" en *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral*, coordinador: Cubillo López, I. J., Pamplona 2010, p. 293.

sistema no resulta tan eficaz como se pretende³³³. En todo caso, los consumidores que acuden a este sistema son aquellos que ya han sufrido algún perjuicio o daño. Nuevamente nos encontramos en la misma tesitura que la expuesta en la vía jurisdiccional civil. Pero sí cabe reseñar que el procedimiento arbitral que acaba con un laudo es ejecutable como una sentencia³³⁴.

También existe un medio de control de la publicidad que es el Jurado de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad. Fue creada en 1995 con 120 socios y que actualmente cambia la denominación por Asociación de Autocontrol por el Reglamento de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AACC) y cuenta con 430 miembro asociados que supone el 70% de la inversión publicitaria de España³³⁵. Se reguló con el reglamento del Jurado de la Publicidad de 23 de abril de 1997 (modificado por aprobación de la Junta Directiva el 17 de diciembre de 2014 que entró en vigor el 1 de marzo de 2015) para resolver los conflictos desde dentro, es decir, por parte de los propios publicistas, anunciantes y medios³³⁶.

³³³ Vid. Barona Vilar, S.: *op. cit.* p. 145.

³³⁴ Cubillo López, I. J.: *op. cit.* pp. 330 y ss.

³³⁵ Vid. Pérez Martínez, V. M.: "La autorregulación desde una perspectiva ética en la publicidad y las relaciones públicas" en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., 2014, p. 54.

³³⁶ Véase, Barona Vilar, S.: *op. cit.* p. 159.

Sus funciones vienen definidas en el art. 4 del Reglamento y resolverá sobre las reclamaciones que se interponen entre sí los asociados, a efectos de realizar declaraciones sobre si la publicidad es engañosa o no³³⁷. Por tanto, no es una vía de acceso para los consumidores.

Esta fórmula no deja de ser voluntaria para los profesionales de la publicidad y de gestión y búsqueda de soluciones entre ellos, sin otra intervención, y al margen de un proceso judicial y que viene a ser un control deontológico de la actividad publicitaria³³⁸.

La opinión que nos merece esta posibilidad es que los publicistas actuarán más por algo que afecte a la libre competencia que a los consumidores, pues, el inicio de un expediente en dicho órgano deberá ser impulsado por los propios profesionales de la publicidad. Creemos que actuarán principalmente ante una publicidad ilícita que perjudique a los competidores quedando los usuarios como una referencia tangencial.

³³⁷ Vid. Vañó Vañó, M^a J.: "Publicidad engañosa" en *Diccionario de Derecho Penal económico*, VV. AA., director: Boix Reig, J., Madrid 2008, p. 750; la citada autora expone ejemplos de supuestos en los que el Jurado de Autocontrol de la Publicidad ha realizado declaraciones de publicidad falsa.

³³⁸ Vid. Barona Vilar, S.: *op. cit.* pp. 161 y 162.

Por último, la intervención administrativa se producirá a través de las sanciones que prevé la LGDCU - en su texto refundido -, las cuales pueden llegar a 601.000 euros la más grave. Es necesario mencionar que existen distintas normativas autonómicas que regulan la defensa a los consumidores y también prevén sanciones para los supuestos de infracciones de la misma³³⁹; por ejemplo, STSJ de Andalucía de 12 de enero de 1989; STSJ Madrid de 30 de junio de 1999. Esta normativa autonómica nos conduce a diferencias sancionadoras, a la hora de proteger al consumidor, de una Comunidad Autónoma a otra.

La protección al consumidor en el ámbito de la publicidad engañosa puede ser considerada como insuficiente ante la situación de riesgo en que se encuentra y que ya se ha apuntado en diversas ocasiones. La potencialidad de las nuevas técnicas publicitarias usadas de manera fraudulenta generan un peligro grave a los consumidores³⁴⁰; ello unido a las dificultades de acceso a la vía judicial, nos hacen inclinarnos por una opinión de insuficiencia de protección por parte de otras ramas del derecho

³³⁹ Vid. Portero Henares, M.: *op. cit.* pp. 171 y 172. El mismo autor en "Publicidad ilícita" en *Diccionario de Derecho Penal económico*, VV. AA. Director: Boix Reig, J., Madrid 2008, p. 755.

³⁴⁰ Vid. Palma Herrera, J. M.: "Los consumidores y usuarios como sujetos de tutela penal" en *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral*, coordinador: Cubillo López, I. J., Pamplona 2010, p. 23.

distintas al ámbito penal. Si a ello unimos que la instauración del principio de veracidad en nuestro Ordenamiento jurídico resulta trascendental en la protección de los consumidores, si no se articulan mecanismos que posibiliten una real y eficaz aplicación de dicha protección, la misma quedará orillada sin que llegue a desplegar sus efectos³⁴¹.

La opinión favorable a mantener una intervención penal de la protección de los consumidores frente a la publicidad engañosa, viene reforzada por una mayor facilidad de intervención en el proceso penal como parte acusadora. En este sentido, debe apuntarse que no solo será una posibilidad exclusiva del Ministerio Fiscal, sino también, de cualquier persona que haya resultado efectivamente perjudicada u ofendida por el delito, a través de la acusación particular³⁴². Y como una mayor consistencia en la posibilidad de acceder a los tribunales en el ámbito penal, debe ponerse de manifiesto la posibilidad de la acusación popular en un delito como es el de publicidad engañosa que se ha llegado a considerar público³⁴³. Esta última afirmación debe ser matizada, porque el delito formalmente viene configurado como semipúblico - o

³⁴¹ Vid. Martínez-Buján Pérez, C.: "Sección segunda del capítulo primero..." *op. cit.* p. 754; en el mismo sentido, Otero Lastres, J. M.: "La protección de los consumidores contra la publicidad ilícita" en *Actas de Derecho Industrial* Tomo 4, p. 117.

³⁴² Vid. Barona Vilar, S.: *op. cit.* p. 675.

semiprivado - aunque materialmente sea público. El art. 287 del CP establece los requisitos de perseguibilidad. El cual nos indica la necesidad de la interposición de una denuncia por parte de la persona agraviada³⁴⁴; dejando para el Ministerio Fiscal la opción de perseguirlo cuando se trata de personas ofendidas que sean menores de edad o incapaces, o "afecte a una generalidad". Esta generalidad de personas afectadas son los consumidores en el delito de publicidad engañosa que debe ir dirigido a un público indiscriminado, tal y como se desarrollará más adelante. Por tanto, la persecución va a ser posible tanto por el Ministerio Fiscal como por acusación particular y popular sin necesidad de denuncia previa³⁴⁵.

A este respecto cabe apuntar la intervención de asociaciones de consumidores. A tenor del art. 125

³⁴³ Vid. Barona Vilar, S.: *op. cit.* p. 674.

³⁴⁴ Considerándose como tales a los consumidores y no a los competidores, según opina Del Moral García, A.: "La protección del consumidor frente a la actividad publicitaria: perspectiva penal" en *Protección penal de consumidores y usuarios*, Manuales de formación continuada, CGPJ nº 15, Madrid 2001, p. 112.

³⁴⁵ Vid. Morales Prats, F.: "Comentario al art. 282" en *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, VV. AA. Director: Quintero Olivares, G., 9ª ed. Pamplona 2011, p. 887. En contra se pronunció el AAP Madrid (Secc. 7ª) 206/2000 de 2 de abril (EDJ 29875), el argumento utilizado por el tribunal se basa en que no es un delito que afecte a los intereses generales, aunque realmente confirmó el sobreseimiento de la causa porque la querrela había sido interpuesto por los competidores que no son sujeto pasivo del delito. Además será un solo procedimiento penal por tratarse de un delito de afectación general, y en todo caso por aplicación del art. 113 de la Lecrim., en este sentido, véase, Gascón Inchausti, F.: "La tutela de los consumidores y usuarios a través del proceso

CE, el Tribunal Constitucional español ha entendido, tradicionalmente, que el término ciudadanos comprende tanto a las personas físicas como a las jurídicas³⁴⁶. Por tanto, hay una posibilidad abierta a las asociaciones de consumidores que, además, velarían por un interés común, particularmente en delitos de riesgo que es un forma de proteger, también, los intereses personales aunque éstos no sean afectados directamente³⁴⁷.

Tras esta tendencia del TC la actual Lecrim. prevé la acusación popular en su art. 101 que permite a quien no es directamente perjudicado por el delito ejercitar la acusación popular. Se trata, pues, de un derecho fundamental que se manifiesta a través de un derecho cívico que tiene los españoles como personas físicas o jurídicas³⁴⁸.

La posibilidad que se ha apuntado no ha supuesto que la realidad jurídica española haya sido abundante cuanto a los procedimientos penales por delitos contra los consumidores, muy al contrario ha sido escasa. Podemos ofrecer, como dato significativo, que en 2005 se incoaron 57

penal" en *Protección penal de consumidores y usuarios*, Manuales de formación continuada, CGPJ nº 15, Madrid 2001, p. 34.

³⁴⁶ En este sentido la STC 53/1983 de 20 de junio.

³⁴⁷ Requisito puesto de relieve por la STC 62/1983 de 11 de julio.

³⁴⁸ Véase, la STS 702/2003 de 30 de mayo (RJ 4283).

diligencias previas por delitos contra el mercado y los consumidores y 101 en 2006³⁴⁹. Y más recientemente la cifra se ha reducido, en el año 2013 solo se incoaron 40 procedimientos y 16 calificaciones por delitos contra los consumidores³⁵⁰. Esta cifra resulta muy exigua puesta en relación con el número de condenas anuales en España por los delitos contra el patrimonio y orden socioeconómico, que suponen más del 20% de las condenas totales, pero resultando muy escasas las que son en por delitos relativos al mercado y a los consumidores³⁵¹.

³⁴⁹ Vid. Salom Escrivá, J. S.: "La instrucción de los delitos socioeconómicos de consumo" en *La protección penal de los consumidores*, Madrid 2008, p. 87.

³⁵⁰ Cifra que ofrece la Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del estado, Volumen I, Madrid 2014, pp. 676 y 677. Se puede encontrar en <https://www.fiscal.es>. Sin olvidar la estadística penitenciaria de las personas recluidas por delitos contra el patrimonio y orden socioeconómico - aquí no diferencia Instituciones Penitenciarias - que en el año 2013 ascendía a 20.927; se puede consultar en <http://www.interior.gob.es>.

³⁵¹ Véase, Macías Espejo, M^a B.: *op. cit.* p. 144.

CAPÍTULO II

BIEN JURÍDICO PENALMENTE PROTEGIDO.

1.- INTRODUCCIÓN.

La determinación del bien jurídico-penal debe analizarse desde diversas perspectivas. La primera es que existe una protección constitucional del bien en cuestión y, por tanto, una obligación de los poderes públicos para llevarla a cabo. Otra es que debe ser reservada a los ataques más graves, dejando para el orden civil y administrativo aquellos que lo son menos³⁵². Tanto es así, que la intervención penal encuentra su primer acomodo en la jerarquía constitucional, es decir, que tal y como se ha venido sosteniendo doctrinalmente, sin un bien protegido de rango constitucional no podrá haber intervención penal³⁵³. Además, no debemos

³⁵² Así, Antolisei, F.: *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano 1997, 14ª ed. aggiornata e integrata a cura di Luigi Conti, pp. 181 y ss.

³⁵³ En este sentido, Pulitanò, D.: "Obblighi costituzionali di tutela penale?" en *RIDePP*, XXVI, anno 1983, p. 497. Recordemos en

olvidar la relación de lo dicho con la función limitadora del bien jurídico, es decir, determinar los límites que el legislador debe respetar para crear nuevos delitos³⁵⁴.

Un primer apoyo en orden a alcanzar una solución penal para proteger a los consumidores ha sido el mencionado reflejo en la CE de la protección en distintos ámbitos. Tras ello, nos hemos encontrado con un elenco de normativa creada por el legislador para protegerlos, especialmente en la publicidad - tema que nos ocupa -.

La protección en el ámbito civil y administrativo no parece que haya sido suficiente, por la creación de nuevas técnicas publicitarias que evidencian una mayor potencialidad de daño a los consumidores y una gran dificultad de defensa de los ciudadanos a través de esas ramas del Derecho. Esta situación legitima la intervención del Derecho Penal, más aun cuando el tipo describe la posibilidad de un peligro grave y manifiesto, siendo, por ello, un ataque grave al bien jurídico

este momento que ha templado esta afirmación, Vives Antón, T. S.: *Fundamentos del sistema...* op. cit. p. 799.

³⁵⁴ Así, Cuello Contreras, J.: "Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal" en *ADP*, Tomo 34, mayo-diciembre 1981, p. 463.

protegido y, por ende, una ofensa que legitima la pena³⁵⁵.

Además, la naturaleza de los intereses que se salvaguardan está vinculada con los mismos fundamentos del sistema económico³⁵⁶. Esta situación junto con una mayor posibilidad de actuación en materia penal, como es, la acusación popular - tal y como se ha apuntado anteriormente -, decididamente supone un gran manto de protección a los consumidores y al propio sistema económico³⁵⁷. Todo ello sin olvidar el papel del Ministerio Fiscal en la defensa de los consumidores, tal y como ya hemos dicho, que, desde luego, tendrá una mayor posibilidad de intervención cuando se lesionen los derechos de aquellos (salud, seguridad o legítimos intereses) mediante realización de conductas que revistan caracteres de infracción penal³⁵⁸.

Ya expusimos que el principio de intervención mínima del Derecho Penal ha sido el argumento utilizado, por una parte de la doctrina penal, para cuestionar la consideración de los bienes colectivos como bienes jurídicos dignos de

³⁵⁵ Antolisei, F. op. cit. pp. 177 y 178.

³⁵⁶ Véase, Tamarit Sumalla, J. M^a: op. cit. p. 327.

³⁵⁷ Vid. Tamarit Sumalla, J. M^a: op. cit. p. 329.

³⁵⁸ Véase, De Llera Suárez-Bárcena, E.: "El Ministerio Fiscal y los consumidores" en *La Ley*, nº 3 1993, p. 800.

protección penal³⁵⁹, considerando algunos autores que responden a un Derecho Penal simbólico³⁶⁰. Aunque no es impedimento para la consideración de éste en la lucha contra comportamientos que lesionan los derechos de los consumidores, que por otro lado su titularidad pertenece a un grupo amplísimo³⁶¹, quedando insuficiente - como ya dijimos - la protección en otros ámbitos del Derecho³⁶².

De este modo, y partiendo, de la conveniencia de la regulación penal de la publicidad engañosa, llegamos al momento de la determinación del bien jurídico protegido en el delito. Nos encontramos con criterios doctrinales y jurisprudenciales diferentes que van a ser analizados desde las diferentes perspectivas que apuntan.

³⁵⁹ Vid. Portilla Contreras, G.: *op. cit.* p. 735. Aunque el citado autor después de una elaborada argumentación considera que los delitos de peligro, como consecuencia de la protección a bienes colectivos, siempre que protejan bienes tradicionales responderán a los principios penales clásicos, pp. 746 y ss.

³⁶⁰ Vid. Serrano Butragueño, I.: "El recurso a la última ratio como protección necesaria de los consumidores" en *La protección penal de los consumidores*, Madrid 2008, p. 23. El mismo autor, finalmente, justifica la intervención del derecho Penal, p. 26.

³⁶¹ En este caso, la titularidad colectiva es necesaria para el desarrollo del individuo, pues en realidad son bienes de titularidad individual que su lesión o puesta en peligro afecta a un conjunto de individuos, a tenor de lo expuesto por Carbonell Mateu, J.C.: "Breves reflexiones....." *op. cit.* p. 17. Como ya se había reseñado en el Capítulo I de esta Parte II.

³⁶² Más ampliamente, Manzanares Samaniego, J. L.: "La tipificación del delito publicitario en el derecho español" en *Poder Judicial*, nº especial IX, 1988, p. 270.

2.- TEORÍAS SOCIOECONÓMICAS.

Una vez establecida la conveniencia de la protección penal de la publicidad engañosa, la consideración del bien jurídico que se protege en el artículo 282 del Código Penal es, a primera vista, el derecho de información de los consumidores, pero por supuesto a una información veraz sobre los productos y servicios que son objeto de mercado³⁶³. No es ocioso considerar que el bien tutelado como ese derecho que tienen los consumidores a la información veraz es el reflejo constitucional de otros, que específicamente hablan de recibirla así. Si partimos de esta consideración debemos atender a tal manifestación de protección con ciertas reservas. La información veraz sobre los productos o servicios que se ofrecen a los

³⁶³ Carbonell Mateu, J.C.; "El delito publicitario" en *Derecho Penal. Parte especial*, VV. AA., Valencia 1999 3ª ed., p. 524. En el mismo sentido, Martínez-Buján Pérez, C.: "Comentario al artículo 282" *op. cit.* p. 1370, del mismo autor "Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa" *op. cit.* p. 69, también "Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el Proyecto de Código Penal de 1992" *op. cit.* p. 340; *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, 5ª ed. Valencia 2015, p. 290; Valle Muñiz, J.M.: *Comentario a la Parte Especial del Derecho Penal*, VV. AA. Dtor: Quintero Olivares, G. Pamplona 1999 2ª ed., p. 637; Manzanares Samaniego, J.L.: *op. cit.* p. 271, aunque reconoce el citado autor que se trata de una infracción socioeconómica, pero de la que no se deben excluir otros derechos como vida, salud e integridad física. González Rus, J. J.: "Delitos relativos al mercado y a los consumidores" en *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*, VV. AA. Directora: Asúa Barrita, A., Bilbao 1998, p. 148. Bajo Fernández, M. y Bacigalupo Sagesse, S.: *Derecho Penal económico*, Madrid 2001, p. 544.

consumidores puede tener incidencia en la capacidad de decisión de los mismos a la hora de formar su voluntad destinada a la adquisición del objeto ofrecido³⁶⁴.

No obstante, es evidente que a través de la redacción del tipo penal debemos hacer alguna consideración ulterior. La redacción del artículo 282 del Código Penal incluye la expresión "...de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores..." esta referencia y, por otro lado, exigencia, determina que de la información inveraz se pueda derivar algún tipo de perjuicio a los consumidores³⁶⁵. Esta aseveración interpretada a *sensu contrario* indica que una información inveraz que no pueda causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores no encajará en el tipo penal, y por tanto no es objeto de tutela en el presente delito.

Una referencia a la potencialidad del perjuicio a causar a los consumidores, no es otra cosa que la expresión de un delito de peligro, como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente. La regulación adoptada por el legislador en el tipo del art. 282 del CP es la de peligro abstracto, donde hay una

³⁶⁴ En este sentido se ha manifestado Carbonell Mateu, J.C.: "El delito publicitario" *op. cit.* p. 524.

³⁶⁵ Vid. Gómez Rivero, M^a C.: "Hacia una nueva interpretación del delito publicitario" en *La Ley*, nº 4 1997, p. 1.232.

situación peligrosa determinada por el legislador³⁶⁶. Esta consideración de los delitos mencionados no ha estado exenta de críticas por entenderse que los tipos penales solo deben contemplar el peligro concreto. Pero ésta ha sido rechazada por entenderse que los delitos de peligro abstracto suponen un adelantamiento en la barrera de protección de los bienes jurídicos en situaciones de potencialidad de lesión a los mismos, por ello sí deben tener cabida en el ordenamiento jurídico-penal³⁶⁷. Ahora bien, en un tipo penal como es el que nos ocupa, parte de la doctrina penal considera que se requiere que la conducta típica pueda causar un peligro grave y manifiesto, constituyendo un tipo, dentro de los delitos de peligro abstracto, de los llamados de peligro hipotético. Es decir, aquel tipo penal que

³⁶⁶ Vid. Cobo del Rosal, M. - Vives Antón, T.S.: *op. cit.* 327; Mir Puig, S. *Derecho Penal en el Estado...* *op. cit.* p. 208; Barbero Santos, M.: "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto" en *Anuario de Derecho Penal*, XXVI 1973, p. 489; Octavio de Toledo y Ubieto, E.: "Notas para el estudio de los fraudes alimentarios en Derecho Penal" en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1979 n° 57, p. 83; Rodríguez Montañés, T.: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid 1994, p. 14. Existe una denominación distinta, como delitos de peligro hipotético por Torío López, A.: "Los delitos del peligro hipotético" en *Anuario de Derecho Penal*, XXXVI 1981, p. 825. Así ha considerado, el delito, Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, *op. cit.* pp. 300 y 301.

³⁶⁷ Vid. Barbero Santos, M.: *op. cit.* p. 489; Mir Puig, S.: *Derecho Penal en el Estado...* *op. cit.* p. 209; García Rivas, N.: *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, Barcelona 1998, p. 32; Martínez-Buján Pérez, C.: "Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el....." *op. cit.* pp. 340 y 341; Cuerda Riezu, A.: "Contribución a la polémica..." *Op. cit.* p. 72.

no requiere la producción de un peligro efectivo, pero sí una acción apta para producir un peligro del bien jurídico como elemento material integrante del tipo del delito, como un tipo entre el peligro abstracto y el peligro concreto, pero eso sí como un subtipo del abstracto³⁶⁸. El delito de publicidad engañosa, al requerir que la acción pueda perjudicar de manera grave y manifiesta a los consumidores, se ha considerado su configuración como un delito de peligro hipotético, pues, depende que se verifique la probabilidad del mismo³⁶⁹. No obstante, no toda la doctrina comparte esta opción. Si el argumento esgrimido es que los llamados delitos de peligro hipotético son aquellos que tienen una aptitud para producir un peligro al bien jurídico, parece que los que siguen llamando de peligro abstracto no la tenga. Esta opción, como ya hemos dicho, no es compartida por parte de la doctrina penal. No se puede negar esa aptitud en los delitos de peligro abstracto. Sería tanto como decir que, por ejemplo, el delito del art. 379 CP no es apto para generar un peligro, algo que supondría, obviamente, cuestionar su presencia en el CP. Para considerar la aptitud para producir un peligro en este tipo de delitos, se ha considerado que la peligrosidad de la conducta va implícita en

³⁶⁸ Así lo expresa, Torío López, A.: *op. cit.* p. 828.

³⁶⁹ Véase, más ampliamente, Martínez-Buján Pérez, C.: "El delito de publicidad engañosa en el anteproyecto de Código Penal de español 1992" *op. cit.* p. 233.

la descripción típica, por tanto es el legislador quien ya ha hecho una valoración de su aptitud lesiva. Por otro lado y dentro de la misma categoría están los tipos en que se incorporan elementos normativos de aptitud que deberán cumplirse para que la conducta sea típica, correspondiendo su constatación al juez³⁷⁰, que desplegará una actividad probatoria de cargo suficiente para comprobar que la conducta realizada encaja en el tipo³⁷¹.

Por tanto, y como consecuencia de lo expuesto, optaremos por la denominación de delito de peligro abstracto por entender que la única diferencia es entre delitos de peligro abstracto y de peligro concreto, tal y como hace buena parte de la doctrina penal³⁷².

³⁷⁰ Así lo expone, Rodríguez Montañés, T.: *op. cit.* p. 20. También cabe destacar quien ha considerado que en los delitos de peligro abstracto hay una peligrosidad estadística que se da con la propia realización de la conducta, en este sentido véase, más ampliamente, Gómez Tomillo, M.: "Contribución a la teoría de los delitos de peligro hipotético-aptitud abstracta. Los delitos de tenencia como paradigma de peligro abstracto puro" en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, VV. AA. Coordinador: Carbonell Mateu, J. C., Madrid 2005, pp. 470 y 471.

³⁷¹ En este sentido, véase, Moreno Alcázar, M. A.: *El concepto penal de incendio desde la teoría del caos. (Una perspectiva sistémica de los bienes jurídicos colectivos, del peligro y de su causalidad)*, Valencia 2002, p. 436.

³⁷² Vid. Borja Jiménez, E.: "La terminación del delito" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLVIII, enero-abril 1995, p. 147; Orts Bereguer, E. y González Cussac, J. L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed. Valencia 2015, p. 247; Mir Puig, S.: *Derecho Penal. Parte General, op. cit.* p. 238; Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S.: *op. cit.* p. 327.

Y al hablar del peligro resulta oportuno considerar el marco en el que nos encontramos. En una situación mercantil donde la publicidad es un mecanismo de gran profusión comercial, y los fabricantes y comerciantes arman sus estrategias de venta hacia los consumidores, se genera una situación que evidencia una gran posibilidad de quebranto en los intereses de los consumidores (particularmente económicos), y por ello, sí parece acertado el adelantamiento en la barrera de punición con este delito de peligro.

Casi sin pretenderlo hemos llegado a otro argumento que desarma la consideración única del bien jurídico, en el delito de publicidad engañosa, como el derecho a una información veraz³⁷³. Si contemplamos como bien jurídico protegido del delito la consideración expuesta, nos encontraríamos con la lesión del bien jurídico con la sola información inveraz. Debemos recordar que el delito expresa la potencialidad de un peligro, algo que no parece casar bien con el argumento de la información veraz como único objeto de protección³⁷⁴.

³⁷³ Tal y como han sostenido los autores citados a ese respecto.

³⁷⁴ Vid. Carrasco Andrino, M^a M.: *op. cit.* p. 88. En contra se manifiesta Morales Prats, F.: "Comentario al art. 282" *op. cit.* pp. 886 y 887, el autor considera que el término "manifiesto" implica algo que ha adquirido concreción.

Sin embargo, y tomando como base las afirmaciones hechas, la comprensión del bien jurídico debe tener unas perspectivas más amplias de las apuntadas hasta ahora³⁷⁵. Cuando la información desvirtuada y, por ende, inveraz es componente concluyente en la fórmula de decisión del consumidor en la adquisición de bienes o servicios propios del mercado, la trascendencia de ésta va más allá de la correcta y libre formación de la voluntad del consumidor como se ha apuntado por parte de la doctrina penal³⁷⁶.

Una apreciación más amplia del bien jurídico protegido implica considerar que a través de una publicidad veraz se forma correctamente la libre decisión del consumidor en la posible adquisición de bienes y servicios y, por ello, se protegen los intereses de los mismos³⁷⁷, por otro lado intereses colectivos y no individuales como ya hemos puesto de manifiesto³⁷⁸. Otro argumento en favor de lo

³⁷⁵ Vid. Hernández Plasencia, J. U.: "El delito publicitario" en *AP*, 1997-2 p. 1.108.

³⁷⁶ Carbonell Mateu, J.C.: "El delito publicitario" *op. cit.* p. 524.

³⁷⁷ Así se han pronunciado Barona Vilar, S.: *op. cit.* p. 644; Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª ed. Valencia 2015, p. 458; Tamarit Sumalla, J.Mª.: *op. cit.* p. 333; Gómez Rivero, Mª.C.: *op. cit.* p. 440; De Vega Ruiz, J.A.: *op. cit.* p. 281; De Jesús Sánchez, Mª.G.: "La publicidad engañosa como figura típica objeto de criminalización" en *Poder Judicial*, nº especial IX, 1988, p. 315.

³⁷⁸ Entendiendo, algún autor, que los bienes son de carácter individual (patrimonio, vida, salud, etc.) pero de pertenencia y formación colectiva. En este sentido, Mata y Martín, R.M.: *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada 1997, p. 8

afirmado es que la información veraz es un instrumento (art. 51.2 CE) para proteger otros derechos como salud, legítimos intereses económicos, etc. (art. 51.1 CE), como ya ha quedado establecido.

Se apunta, por parte de la doctrina penal, que en el artículo 282 del Código Penal se protegen los intereses de los consumidores y de forma indirecta el de los competidores, por entender que la publicidad engañosa también encaja como publicidad desleal³⁷⁹.

En este caso debemos mostrar una firme oposición a esa afirmación, pues aunque partamos del beneficio que para éstos puede suponer la calificación penal de la publicidad engañosa, ésta es una consecuencia indirecta³⁸⁰ pero no buscada por el legislador como propósito de protección. Una consecuencia indirecta de la protección penal de los intereses de los consumidores no puede constituir el objeto de tutela penal, sobre todo si

³⁷⁹ Así, González Rus, J.J.: "Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal de 1992", en *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, p. 180. El citado autor se inclina, más recientemente, por la protección de los intereses económicos de los consumidores, "Publicidad engañosa" en *Sistema de Derecho Penal español. Parte especial*, VV. AA. coordinador: Morillas Cuevas, L., Madrid 2011, pp. 600 y 601.

³⁸⁰ Barona Vilar, S.: *op. cit.* p. 643. También, Carrasco Andrino, M^a M.: *op. cit.* p. 87.

encontramos otras normas que velan porque la competencia leal. Pensemos en casos en los que se produce una lesión a la competencia que sea a través de la publicidad pero, a su vez, ésta no sea engañosa. Los supuestos en los que un fabricante o comerciante mediante la publicidad no engañosa compara su producto con el de un competidor exaltando los defectos de éste último³⁸¹. En este caso estamos delante de una infracción de la competencia leal que no encajaría en el artículo 282 del Código Penal por no ser publicidad engañosa. Y otro caso que podría darse sería el de una publicidad engañosa realizada por una empresa que ostentara una situación de monopolio en el mercado, afectaría a los consumidores pero no a los competidores porque no los habría³⁸². Si se protegiera el interés de los competidores no podríamos dejar fuera estos supuestos que, sin embargo, quedan orillados del tipo, y esta conclusión supondría que a veces se protegen los intereses de los competidores y a veces no, algo ilógico en la protección penal de un interés.

Además, no podemos olvidar lo dicho a lo largo del apartado sobre los diferentes proyectos y

³⁸¹ Véase la STS de 24 de febrero de 1997 (RJ 1195/1997), donde se cuestiona la competencia desleal (aunque finalmente no se condenó por ello) y en ningún caso la afectación a los consumidores.

³⁸² El ejemplo es de Cuerda Riezu, A.: "Contribución a la polémica...." *op. cit.* p. 75.

anteproyectos de Código Penal. En ese momento, se puso de manifiesto que en los primeros textos prelegislativos se protegía a los consumidores y a los competidores de forma alternativa. Esta referencia a los competidores desapareció, por lo que se traduce una intención del legislador de salvaguardar únicamente a los consumidores.

Una vez acotado el objeto de tutela penal a los intereses de los consumidores, debemos adentrarnos en el espinoso camino que determine, de forma concreta, qué intereses de los mismos se van a proteger; puesto que una consideración general como objeto de protección parece una determinación algo vaga para la necesidad de configuración de un bien jurídico.

Como hemos venido diciendo, el derecho a recibir una información veraz para que los consumidores formen libremente su voluntad como elemento puramente adquisitivo en las relaciones de mercado debe tener una mayor trascendencia. Si a través de la publicidad engañosa se vicia la voluntad de los consumidores en orden a adquirir los bienes y servicios que se le ofrecen en el mercado, necesariamente habrá algún riesgo que afecte de manera directa a algún interés. Este riesgo o peligro sí responde bien a la exigencia del tipo de injusto sobre la potencialidad de un

perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, y partiendo de esta premisa el trabajo más arduo será la determinación del tipo de interés que se tutela.

La doctrina penal se encuentra dividida en este aspecto trascendental del bien jurídico protegido.

En primer lugar, un sector doctrinal se inclina por la consideración del interés de los consumidores como puramente económico. Se ha destacado que de la redacción del artículo 282 se desprende un bien jurídico de contenido económico donde los consumidores son una parte de las relaciones comerciales en un modelo socioeconómico de libre mercado³⁸³. Se ha llegado a concretar más

³⁸³ Mapelli Caffarena, B.: *El delito de publicidad fraudulenta*, Valencia 1999, p. 49. En el mismo sentido, Hernández Plasencia, J.U.: *op. cit.* p. 1109, el referido autor considera, también, que la protección económica de los consumidores se instrumentará a través de la protección de la información veraz, "El delito publicitario" en *Estudio y aplicación práctica del Código Penal de 1995*. Tomo II. Parte Especial. Madrid 1997, VV.AA., p. 258; Muñagorri Laguía, I.: *op. cit.* p. 73, aunque entendiendo una libertad de disposición de los consumidores en la contratación de bienes y servicios, expresión que realmente refleja la protección del interés económico; Santaella López, M.: *El delito publicitario op. cit.* p. 99, donde entiende que el bien jurídico tiene un carácter socioeconómico; Terradillos Basoco, J.: *Derecho penal de la empresa*, Madrid 1995, p. 186, considerándolo un delito contra el orden socioeconómico destinado a la protección de intereses difusos. Si son delitos contra el orden socioeconómico son delitos que afectarán a los intereses económicos de los consumidores (intereses puramente patrimoniales); Hernández Plasencia, J. U.: "El delito publicitario" *op. cit.* p. 1.109; García Arán, M. y López Garrido, D.: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid 1996, p. 142; Moreno y Bravo, E.: *op. cit.* p. 39. Portero Henares, M.: *El delito publicitario... op. cit.* p. 249. González Tapia, M^a I.: "Protección penal del consumidor: especial

este aspecto, al considerarse que los delitos socioeconómicos contra los consumidores se dirigen a preservar auténticos intereses difusos de éstos donde se vulnera el interés del grupo colectivo en el orden del mercado, configurándose como un bien jurídico "espiritualizado" o "instrumentalizado" de índole colectiva con referencia a bienes individualizables³⁸⁴.

Concretando más esta última referencia, se ha añadido que se trata de proteger, mediante este bien de carácter colectivo, bienes individuales, singularmente el patrimonio, tratando de garantizar el disfrute de esos bienes de pertenencia individual a los consumidores³⁸⁵. Incluso se llega a plantear si realmente la naturaleza es supraindividual debido a lo previsto en el art. 87.1 CP, siendo éste el requisito de perseguibilidad previsto como Disposición común que ponen fin al Capítulo; al referirse a la denuncia

consideración al delito de publicidad falsa" en *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral*, VV. AA. coordinador: Cubillo López, I. J., Pamplona 2010, p. 85. Puente Aba, L. M^a: *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Valencia 2002, p. 263. Sierra López, M^a V.: *op. cit.* p. 130. Macías Espejo, M^a B.: *op. cit.* p. 211.

³⁸⁴ Así lo ha expuesto Martínez-Buján Pérez, c.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, op. cit.* p. 290. El mismo autor matizaba la referencia a bienes individualizables en "Comentario al art. 282" *op. cit.* p. 1370.

³⁸⁵ Vid. Doval Pais, A. y Anarte Borralló, E.: "Delito publicitario" en *Derecho Penal. Parte Especial*, Volumen II, VV. AA. Director: Boix Reig, J., Madrid 2012, p. 484.

del ofendido. Pero no debe olvidarse el segundo punto del referido artículo cuando afecta a intereses generales o a una pluralidad de personas en los que ya no será necesario presentar denuncia. Por tanto, no parece que lo dispuesto en el art. 87 CP impida la concepción de un bien jurídico supraindividual³⁸⁶.

También cabe destacar la opinión que lo considera de carácter económico por la ubicación sistemática³⁸⁷, ya que la misma es reveladora del objeto de protección. Si el delito se ubica dentro de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, y particularmente en los delitos relativos al mercado y a los consumidores, parece una declaración de voluntad del texto punitivo sobre el bien digno de tutela penal. No obstante, no debemos olvidar que la ubicación sistemática define la intención pero no determina la exclusividad de la protección.

³⁸⁶ Véase, más ampliamente, Vidales Rodríguez, C.: "Los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995: la necesidad de su delimitación frente a los delitos patrimoniales" en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº XXI 1998, p. 345.

³⁸⁷ Sánchez Gracia, I.: *op. cit.* p. 565. En el mismo sentido Demetrio Crespo, E.: "A propósito del bien jurídico en el delito publicitario tipificado en el artículo 282 del Código Penal español. (Una contribución a partir de una "hermenéutica valorativa")" en *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, VV. AA. Coordinador: García Rivas, N., Cuenca 2005, pp. 170 y 171.

Sin olvidar, llegados a este punto, la diferenciación entre patrimonio y orden socioeconómico. Sin ánimo de entrar en una profundidad expositiva, sí conviene hacer una breve referencia por las dudas que ha generado en la doctrina penal la diferencia entre unos y otros. Se ha sostenido que los delitos contra el orden socioeconómico afectan al orden económico de la sociedad³⁸⁸, distinguiéndose así de los patrimoniales que afectan a bienes individuales, aunque se ha establecido que existe una protección de bienes individuales orientada a la de bienes mediatos supraindividuales³⁸⁹. A pesar de lo dicho, parece haber una cierta confusión en la redacción del Código Penal para encontrar una diferencia

³⁸⁸ Con mayor matiz se puede definir como la participación estatal en la economía, o como el conjunto de normas protectoras de la distribución, producción y consumo de bienes y servicios. Así lo expone, Borja Jiménez, E.: "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico(I): Introducción general" en *Derecho Penal. Parte especial*, VV. AA. Coordinador: González Cussac, J. L., 4ª ed. Valencia 2015, p. 334. El citado autor considera el orden socioeconómico como "los intereses generales que cimientan la estabilidad de la economía de forma general", en la misma obra p. 333. Aunque realiza una acertada reflexión sobre la posibilidad de afectación al orden socioeconómico a través de un delito patrimonial según las circunstancias en las que se materialice (estafa a miles de personas o insolvencia punible de una entidad financiera), p. 333.

³⁸⁹ Vid. Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte general*, op. cit. p. 207. En el mismo sentido se ha matizado que la principal tarea en los delitos económicos que de manera directa o indirecta protegen bienes jurídicos colectivos, es tipificar adecuadamente comportamientos que, de forma individualizada, supongan una conducta con una lesividad social cualificada que justifique la intervención penal, véase Feijoo Sánchez, B.: "Bien jurídico y delitos socioeconómicos" en *Diccionario de Derecho Penal económico*, VV. AA. Director: Boix Reig, J., Madrid 2008, p. 151.

clara entro unos y otros delitos, pues, se ha considerado que "orden socioeconómico" es un concepto difuso cargado de indefinición³⁹⁰. Tanto es así, que existen delitos que podrían considerarse de naturaleza socioeconómica que están fuera del Título XIII (por ejemplo, delitos de financiación ilegal de partidos, contra la Hacienda Pública y Seguridad Social), y otros que pueden tener esta naturaleza y están en el mencionado Título, como los delitos contra el mercado y los consumidores, se encuentran en el mismo Capítulo con otros delitos que plantean serias dudas en cuanto a su naturaleza socioeconómica o patrimonial³⁹¹.

La solución que parece ser más adecuada es la de analizar el bien jurídico en cada figura delictiva para poder determinar una diferenciación de mayor claridad³⁹².

3.- TEORÍAS ECLÉCTICAS.

El reconocimiento de los intereses económicos como único objeto de tutela en el delito de

³⁹⁰ Véase, Borja Jiménez, E.: "Delitos contra el patrimonio.....", *op. cit.* p. 331.

³⁹¹ *Ibidem*.

³⁹² Vid. Rodríguez Vidales, C.: *op. cit.* p. 371. La autora considera que la diferencia de unos y otros delitos, a través del estudio individual del bien jurídico nos dará la oportunidad de establecer los concursos de leyes penales o de infracciones.

publicidad engañosa no siempre ha encontrado el referente fundamentador, para un sector de la doctrina penal, en lo anteriormente apuntado. Ya hemos venido señalando las opiniones que sostienen la protección económica, descartando la salud por encontrarse la regulación al respecto en el Código Penal en el apartado en el que se castigan los delitos de peligro contra la misma³⁹³. Aunque éstos precisan que sea a través de alimentos o medicamentos. Pensemos en supuestos en los que se pueda afectar a la salud sin la presencia de alimentos o medicamentos, como por ejemplo publicitar un tejido de un determinado componente puro, y, sin embargo, la realidad no es la publicitada sino que comporta otro elemento que puede resultar alérgico y producir reacciones dermatológicas importantes. En este caso es posible el peligro para la salud sin que sea a través de los alimentos o medicamentos.

En este momento del análisis sobre el bien jurídico protegido en el delito de publicidad

³⁹³ Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, op. cit. p. 294. En este sentido destaca el citado autor que los artículos del Código Penal 362-1-3º (para medicamentos), 363-1 (para productos alimentarios), 363-4 inciso 2º (comerciar con ellos), en este caso no sería apropiado castigar a través del artículo 282 con un pena inferior. También descarta la posibilidad de considerarlos delitos de peligro concreto para diferenciarlos del artículo 282, ya que especialmente en el artículo 362-1-3º el término "anunciar o hacer publicidad" no puede suponer un peligro concreto.

engañosa, debemos hacer la consideración de si se protege el interés económico de los consumidores o también otros bienes reconocidos en la Constitución Española como la salud³⁹⁴. Las razones de quienes optan por una protección, también, de la salud están sustentadas en que no todo peligro para ésta se va a realizar a través de los alimentos y medicamentos. Pueden darse supuestos en los que sean productos adelgazantes (no considerados medicamentos) o estéticos³⁹⁵. Por tanto, y según estas opiniones, no puede excluirse la salud como objeto de protección en la publicidad engañosa.

Las razones que nos hacen inclinarnos por la consideración de una protección de índole puramente económica y descartar, por tanto, la salud, no es únicamente por la ubicación sistemática sino también por la genérica protección del precepto, pues, la publicidad engañosa tendrá un componente económico en todos los casos porque se dirige a los

³⁹⁴ Vid. Cugat Mauri, M.: "La protección de intereses colectivos: el caso del delito publicitario" en *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona 2001, p. 1172, entiende la citada autora que se protege la veracidad publicitaria y a través de ella el patrimonio y la salud de los consumidores. En el mismo sentido, Gómez Rivero, M^a C.: *op. cit.* p. 1.233; Carrasco Andrino, M^a M.: *op. cit.* p. 89.

³⁹⁵ Ejemplos que ha dado Nieto Martín, A.: "Delitos contra los consumidores, delito publicitario y facturación falsa" en *Nociones fundamentales de derecho Penal. Parte especial*, coordinadora: Gómez Rivero, M^a C., Madrid 2010, p. 496, el citado autor pone el ejemplo de productos de adelgazamiento que contienen sustancias que no son inocuas.

consumidores, por parte de los fabricantes o comerciantes, en orden a que los primeros adquieran o contraten sus productos o servicios. Pero no siempre habrá una trascendencia referida a la salud, pues, no todos los productos o servicios van a incidir en ella. Por lo expuesto, parece más correcto considerar el bien protegido como de índole únicamente económica, porque considerarlo conjunto (económico y salud) requerirá para la aplicación del tipo penal el peligro para ambos, respetándose así el principio de ofensividad³⁹⁶; si nos encontramos con casos en los que se afecta el aspecto económico de los consumidores y no su salud, en principio se deberá castigar a través del art. 282, pero realmente el bien jurídico no habría sido afectado de manera completa (económico y salud), por ello sería discutible ese castigo; y si se considera de manera alternativa parece una opción que hace más inconcreto el bien jurídico a proteger por el delito que tratamos. Pensemos en lo que ya hemos establecido, siempre se va a afectar el interés económico de los consumidores por esos productos o servicios que ofrecen en el mercado los comerciantes o fabricantes, pero no siempre la salud se va a ver afectada. Resulta verdaderamente difícil pensar en un supuesto práctico de afectación de la salud y no de los intereses

³⁹⁶ Cobo del Rosal, M. - Vives Antón, T.S.: *op. cit.* pp. 315 y 316.

económicos, puesto que siempre se realizará la publicidad para la venta de productos a los destinatarios finales, es decir, para la adquisición que supondrá la oportuna contraprestación económica. Sin embargo, si consideramos como el bien ulteriormente protegido únicamente el interés económico no encontraremos los problemas apuntados. En este último caso podremos considerar acertada la incidencia en el tipo penal siempre que se produzca el peligro para este ámbito de los consumidores, se ponga en peligro o no la salud de los mismos.

No podemos dejar este apartado relativo al bien jurídico protegido sin poner de manifiesto el criterio jurisprudencial. No se trata de realizar los comentarios que se han hecho anteriormente ante las distintas posiciones, sino, simplemente, poder mostrar cuál ha sido el criterio mantenido por los tribunales españoles.

La jurisprudencia no ha mostrado una posición uniforme³⁹⁷. Nos encontramos con una primera que considera el bien jurídico protegido como el

³⁹⁷ Preferimos ubicar el criterio jurisprudencial en las teorías eclécticas por el diferente criterio mantenido.

derecho de los consumidores a una información veraz³⁹⁸.

Otra que se inclina por considerar que se protegen los intereses económicos colectivos de los consumidores³⁹⁹.

Y una tercera que considera que no solo se protege un interés económico sino, también, la salud⁴⁰⁰.

En este momento parece oportuno mencionar, de nuevo, las objeciones que el art. 282 recibió en la tramitación parlamentaria sobre su presencia. Si recordamos brevemente lo expuesto en aquel apartado, el Grupo Popular proponía su supresión por estar sancionado, suficientemente, en vía administrativa y, en todo caso, por ser una conducta sancionable penalmente a través de la estafa. No podemos considerar la vía administrativa como la única sanción de la publicidad engañosa realizada por los comerciantes y fabricantes, porque la actividad desarrollada por los sujetos mencionados a través de este medio es permanente en

³⁹⁸ Así las SJP nº 23 de Madrid de 9/2001 de 29 de enero (EDJ 97500); SAP Barcelona (Secc. 9ª) de 30/11/2005.

³⁹⁹ Vid SAP Toledo (Secc. 1ª) 1229/2000 de 15 de diciembre (CENDOJ ECLI:ES:AP:2000:1229) y y SAP La Rioja (Secc. 1ª) de 17/2003 de 12 de febrero (EDJ 48968), aunque el interés económico lo conduce a patrimonio.

la vida de los consumidores. Por ello, de gran incidencia en su comportamiento, económico, sanitario, etc. y abocado a situaciones de absoluta manipulación que pueda incidir gravemente en su comportamiento como manifestación de una voluntad viciada por las mendacidades de los comerciantes⁴⁰¹ hace que consideremos insuficiente la vía administrativa. Esta argumentación, junto con la descripción típica del artículo 282 del Código Penal actual al establecer el posible perjuicio como "...grave y manifiesto..." abogan por su consideración penal, pues de lo contrario, supondría abaratar la sanción de unos sujetos que cada vez invierten más en el desarrollo publicitario y con ello mayor riesgo de comunicación ilícita para promocionar sus bienes y servicios en un mercado creciente. Por otro lado, la experiencia práctica de resarcimiento del consumidor ante los actos de publicidad engañosa son desalentadores, pues en el ámbito civil el artículo 29 de la Ley General de Publicidad 34/1988 establece que las controversias sobre publicidad ilícita (dentro de la que se contempla la engañosa) se ventilarán en un procedimiento de menor cuantía⁴⁰² - ahora ordinario -, un declarativo que

⁴⁰⁰ Así la SAP Barcelona (Secc. 9ª) 6690/2005 de 30 de noviembre (CENDOJ ECLI:ES:APB:2005:6690).

⁴⁰¹ Véase en este sentido, Ripoll Navarro, R.: *op. cit.* p. 996.

⁴⁰² Con la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, pues con la actual sería un procedimiento ordinario, pero la referencia es importante

puede durar mucho tiempo⁴⁰³, y contra grandes compañías que hacen de la posición del consumidor individual una situación a todas luces desventajosa - tal y como se ha expresado en los aspectos político criminales -. La sanción penal resucita la posición teóricamente igualitaria en un proceso de protección por publicidad engañosa.

Por lo que respecta al segundo motivo expresado en las enmiendas que citamos en el apartado de tramitación legislativa del Código Penal de 1995, sobre la teoría de encontrarse ya castigada la conducta a través de la estafa y los delitos contra la salud pública, debemos manifestarnos contrarios a tal consideración. Los motivos que nos empujan a tal contrariedad son, por un lado que los delitos contra la salud pública solo protegen la misma y no es el objeto de tutela, según se ha ido exponiendo; por otro lado, la estafa requiere una dirección de la conducta más particularizada incluso en el delito masa, que la publicidad engañosa dirigida a todos los consumidores, o un grupo de ello, de forma indiscriminada. También, porque la estafa requiere un resultado cual es un acto de disposición que conlleve un perjuicio patrimonial. Conductas totalmente distintas y que van a proteger

pues la aprobación del Código Penal fue bajo la vigencia de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁴⁰³ Vid. Ripoll Navarro, R.: op. cit. p. 999 y Corredoira y Alfonso, L.: op. cit. pp. 100 y ss.

a los consumidores en estadios diferentes, pues, la publicidad engañosa lo hará en la fase de peligro a los bienes jurídicos protegidos colectivos, y la estafa lo hará en la fase de concreción de un perjuicio, en este caso económico, sobre el patrimonio individual.

La argumentación expuesta supone analizar una contradicción realizada, en sus enmiendas, por los grupos parlamentarios que ya reseñamos en su momento, porque hablaban de respetar el principio de intervención mínima que debe regir en el Derecho Penal, esto es, el uso solo en los ataques más graves al bien jurídico protegido. Pero no se entiende muy bien esta defensa de lo dicho y luego argumentar que, en todo caso, la conducta ya está prevista en otros delitos. Si está prevista en otros tipos penales es que su regulación no vulnera el principio de intervención mínima, pues, la conducta cuando está castigada es porque supone ataques muy graves al bien jurídico protegido, aunque realmente tal conducta no queda prevista en el delito de estafa ni en los delitos contra la salud pública, como ha quedado expuesto. Pero sí se reconoce que la misma es digna de regulación penal, por ello no tiene sentido su argumentación de supresión por respeto al principio esbozado.

4.- TOMA DE POSICIÓN.

La referencia primera con la que nos encontrarnos es con la constitucional, es decir, que la protección a los consumidores encuentra reflejo en la CE (art. 51). Por tanto, existe un deber de los poderes públicos de garantizarla.

La consideración de un delito de publicidad engañosa supone la protección de los ataques más graves contra el bien jurídico protegido, salvaguardándolo en mejores condiciones que la sola sanción administrativa, lejos de vulnerar el principio de intervención mínima, pues, si no se confiere riesgo grave y manifiesto para los consumidores no habrá sanción penal.

La protección otorgada es de carácter colectivo por las necesidades propias de la actividad empresarial en una sociedad de libre mercado y consumo. Esta defensa de intereses colectivos viene a reafirmar la tendencia de necesidad protectora en los bienes indicados por la enorme facilidad de los intervinientes en la actividad mercantil para lesionar derechos de los consumidores, constituyendo bienes jurídicos que la doctrina penal ha venido a considerar de nueva generación.

La protección de los bienes mencionados se conseguirá con una mayor facilidad a través del proceso penal, pues, en otro orden como el civil o administrativo su posición es desventajosa ante el poder de los sujetos dominantes del mercado económico. En la vía civil los costes son altos para los consumidores, además de necesitar acreditar el perjuicio sufrido para poder acudir a esta vía, tal y como requiere la jurisprudencia. Una consecuencia de lo afirmado es que el mayor número de reclamaciones judiciales por publicidad engañosa, por parte de los consumidores, es por la falta de especificación en las condiciones del producto o servicio

La consecuencia directa es que en un proceso distinto al penal, para asumir un papel de representación igualitaria frente al oponente se necesita la organización de un grupo a tal efecto; mientras, en el proceso penal ya no es tan evidente esa necesidad de intervención a través de un grupo u organización, porque, entre otras opciones, intervendrá el Ministerio Fiscal que, al menos, tratará de garantizar la defensa de los derechos de un consumidor. Posibilidad realmente abierta pese a lo previsto en el art. 287 CP, porque tratándose de un delito que afecta a quienes realicen actos de consumo, podemos considerar que entra dentro del requisito de afectar a una generalidad de personas

para actuar sin necesidad de la denuncia de la persona agraviada.

Además, una sanción penal de estafa y delitos contra la salud pública no se ajusta ni comprende la conducta de la publicidad engañosa tal y como viene descrita en el artículo 282, pues, tal figura delictiva protege al consumidor de un medio en el que se podrá generar un peligro que deberá ser grave y manifiesto, y la estafa se encargará de castigar los supuestos en los que de manera concreta, incluyendo el delito masa, se produce un perjuicio patrimonial por un acto de disposición de una persona o grupo numeroso de ellas, pudiendo apreciarse un concurso de delitos entre estas figuras, aunque no debemos adelantarnos a los que será objeto de estudio más pormenorizado. Por ello, parece adecuado el uso del Derecho Penal en la protección efectiva de los derechos de los consumidores, a través de un tipo que comprenda la conducta en un mayor sentido que la contemplada en otros tipos a los que se quiere reconducir la salvaguarda de los derechos de éstos.

El bien jurídico últimamente protegido en el delito de publicidad engañosa es el interés económico de los consumidores, pues la salud no siempre se verá afectada, en cambio el ámbito económico sí.

Si para la aplicación del tipo penal (con la consecuencia penológica propia) necesitamos la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, y si éste se compone de interés económico y salud, hasta que no se vean afectados los dos no se podrá activar la sanción penal. Y si se consideraran alternativos nos llevaría a una inconcreción del bien jurídico digno de protección, lo que supondría un riesgo para los principios que inspiran el Derecho Penal. Además, no debemos olvidar que el legislador comenzó, en sus primeros proyectos y anteproyectos de CP, a establecer como supuesto agravado del delito cuando recaiga sobre medicamentos o alimentos para, posteriormente, eliminar tal supuesto y referencia. Un motivo más para entender que no se pretende la protección de la salud a través de este delito.

En cambio, con la consideración única de los intereses económicos como bien jurídico protegido no nos encontraremos con el problema anunciado, y siempre que a través de la publicidad engañosa se perjudiquen dichos intereses habrá posibilidad de aplicar la sanción penal prevista.

El mismo argumento puede utilizarse para descartar la protección de los competidores mediante este delito. No es la intención del

legislador por haberlos suprimido de la figura delictiva que sí los contemplaba en los primeros textos prelegislativos.

Este argumento también resulta válido para desechar la posible integración del bien jurídico protegido como los intereses de los consumidores generalmente considerados. Esta última aseveración supone una apreciación del bien jurídico de contornos excesivamente imprecisos y vagos para salir airoso de los problemas que hemos venido exponiendo.

Pensemos que se trata de un tipo de peligro, más concretamente de peligro abstracto por la ausencia de referencia del legislador sobre el peligro concreto de algún bien. Pero, no por ello deja de tener gran importancia la potencialidad del peligro hacia los consumidores, exigencia remarcada en el texto punitivo, para la consideración del delito. La verdadera intención subyacente en la regulación pasa por la consideración de un bien jurídico referido a los intereses económicos de los consumidores por los motivos expuestos, siempre que esta puesta en peligro sea a través de la publicidad engañosa, es decir de una información inveraz suministrada a los propios consumidores; pero la información veraz es simplemente un instrumento en la protección del bien jurídico, no

el bien en sí mismo considerado. Parece, por tanto, acertado el adelantamiento de la barrera de protección de bienes que pertenecen a una colectividad, pues, la publicidad va dirigida de forma indiscriminada a todo el núcleo de población, por ello, la potencial peligrosidad que se traduce en la publicidad engañosa es de tal magnitud que se necesita tal adelantamiento de protección. Así pues, el bien jurídico protegido son los intereses económicos de los consumidores como parte integrante del sistema de mercado.

CAPÍTULO III

CONSECUENCIAS MÁS RELEVANTES DE LA FIGURA DELICTIVA

1.- INTRODUCCIÓN.

En este último Capítulo queremos poner de manifiesto los aspectos prácticos más relevantes en el delito de publicidad engañosa. Si bien es cierto que hay pocos casos en los que los tribunales españoles se hayan tenido que pronunciar sobre este tipo, no puede dejarse de lado una realidad publicitaria que plantea una serie de situaciones que deben ser estudiadas.

El concepto de consumidor, como titular del bien jurídico protegido, necesita ser precisado para poder conocer los casos en que la actividad publicitaria va dirigida a éstos y no a cualquier otro colectivo. Además de este aspecto y dentro del mismo apartado, concretar el objeto sobre el que recaerá la conducta, es decir, qué debe ser publicitado para considerar que la conducta es típica. Por ello, y atendiendo a la descripción de la figuratípica, el planteamiento de si aquéllos

son los productos o servicios de los fabricantes o comerciantes, y en su caso cuándo considerar que son "sus productos o servicios".

Otras cuestiones prácticas a analizar son la naturaleza del delito, si es de mera actividad y si tiene alguna posibilidad de permanencia. La cuestión apuntada tiene la influencia práctica, entre otras cuestiones, del inicio del cómputo de la prescripción. Además de lo dicho no es posible dejar de lado la conducta del delito, y poner de relieve aquellos supuesto que puedan integrarla, tanto desde un plano teórico como desde los casos que han sido objeto de pronunciamiento por los tribunales.

La referencia al momento consumativo y, por tanto, la valoración de posibles formas imperfectas de ejecución es otra cuestión de influencia práctica que, además, ha sido objeto de tratamiento jurisprudencial en alguno de los pocos supuestos sobre los que se ha tenido que pronunciar.

En este delito cabe analizar la exigencia del tipo penal para determinar quién es el autor material, su limitación y la posibilidad de participación por personas que no entran en el concepto limitado de autoría material. El delito que nos ocupa tiene una consideración de delito

especial, tal y como expondremos, por la exigencia del precepto al establecer en su descripción a los "fabricantes o comerciantes". La práctica habitual dentro de la actividad publicitaria nos lleva a supuestos complicados de autoría y participación. Así, en un ámbito tan profesionalizado y cada vez más técnico, como ya hemos ido exponiendo a lo largo del trabajo, es habitual la intervención de otras personas que son los publicistas y, sobre todo, a través de sus agencias. Por tanto, habrá que analizar quién tiene el concepto de fabricante o comerciante y quien no y sin embargo participa en el delito. Por tanto, y una vez establecida la autoría material y definido quienes son fabricantes y comerciantes, cabe determinar la participación que podrán tener otras personas que no cumplen esta condición pero que están contribuyendo al injusto típico.

Por último, los aspectos concursales, tanto de delitos como de leyes, deben ser tratados. En un ámbito comercial en el que se utiliza la publicidad pueden darse supuestos en los que exista una regulación y, por tanto, aplicar el oportuno concurso de leyes, o bien, los casos en los que además del peligro del propio delito de publicidad engañosa se produce un resultado lesivo como es en el delito de estafa. Parece que en este último caso se trata, aparentemente, de un concurso de delitos,

aunque no existe una posición unánime al respecto. En este último apartado queremos hacer una referencia específica e intensa sobre la publicidad y el mercado de valores, especialmente referido al caso que BANKIA ha protagonizado recientemente. El supuesto en sí fue la venta de acciones con una información falsa de la situación económica de la entidad financiera.

2.- OBJETO MATERIAL Y SUJETO PASIVO DEL DELITO.

El objeto material del delito viene configurado como la concreción material del bien jurídico. En este caso, al tratarse de un bien jurídico supraindividual, el análisis a realizar es desde la perspectiva del objeto sobre el que recae la acción, estableciéndose una relación de repercusión mediante la cual solo vendrían a ser objetos materiales del delito los objetos de la acción cuando la proyección de la misma sobre aquellos se reflejase en la realización de peligro para el bien jurídico⁴⁰⁴. Por tanto, dichos objetos son los constituidos por los "productos o servicios" de los fabricantes o comerciantes. Este objeto material queda referido a aquello que se vaya a comercializar por éstos. Sin embargo hay quien

⁴⁰⁴ Vid. Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S.: *op. cit.* pp. 364 y 365.

opina que los términos fabricante y comerciante excluyen a aquellos productores de frutas, carnes, pescado, etc⁴⁰⁵. Respecto a esta afirmación se sostiene que el término fabricante incluye al productor tras la modificación del LGDCU por el TRLGDCU, que lo define en su art. 5, junto con el 138 del mismo cuerpo legal, como el fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, etc., es decir, un concepto amplio que permitiría integrar los productos agrícolas, carnes, pescado, etc⁴⁰⁶.

Por producto cabe entender bienes o cosas que incorporan valor económico, y por servicios prestaciones humanas de actividades para atender las necesidades de los consumidores⁴⁰⁷.

El sujeto pasivo son los consumidores como colectividad, puesto que son sus legítimos intereses los que se protegen; además de ser el referido en el propio tipo penal.

El concepto de consumidor viene siendo definido como toda persona física o jurídica que realiza

⁴⁰⁵ Así lo manifiestan Doval Pais, A. y Anarte Borrallo, E.: *op. cit.* p. 487.

⁴⁰⁶ Vid. González Tapia, M^a I.: *op. cit.* pp. 90 y 91.

⁴⁰⁷ En este sentido se ha manifestado, Morales Prats, F.: "Comentario al art. 282" *op. cit.* p. 886.

actos de consumo⁴⁰⁸. Pero dichos actos deben estar realizados en la esfera estrictamente personal y, por supuesto, al margen de cualquier actividad profesional o empresarial⁴⁰⁹. Por ello, es el destinatario final del producto, no el intermediario ni cuando se adquiere para una actividad lucrativa - como es la profesional -.

Además, la acción debe ser proyectada sobre una pluralidad de personas indiscriminadas (consumidores)⁴¹⁰ y no sobre alguna persona en particular.

Pero la cuestión estriba en un concepto jurídico de consumidor, y que tradicionalmente se ha considerado de difícil configuración al ser tan general, pues, se considera a todas las personas y en todo momento; así, será consumidor un comprador, arrendador, usuario, turista, espectador, etc. es decir cualquier persona que interviene en

⁴⁰⁸ Vid. Polo Sánchez, E.: *op. cit.* pp. 27 y 28.

⁴⁰⁹ Así lo considera la SAP Zaragoza de 29 de julio de 1993; AAP Tarragona (Secc. 2ª) de 20/05/2002; AAP Madrid (Secc. 7ª) 885/2010 de 11 de octubre (EDJ 294756). En el mismo sentido lo establece el art. 2ª) de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 que modifica la Directiva 84/450/CE.

⁴¹⁰ En este sentido, Manzanares Samaniego, J. L.: *op. cit.* p. 272. Aquí se ha hecho referencia a que se trata de una colectividad difusa y que, por tanto, dificultará la determinación, a priori, del radio de la acción peligrosa, véase, Martínez-Buján Pérez, C.: "El delito de publicidad falsa (art. 282)" en *Derecho Penal. Parte Especial*, VV. AA. Coordinador: González Cussac, J. L., 4ª ed. Valencia 2015, p. 469.

relaciones jurídicas, pero eso sí, en posición de demanda⁴¹¹.

Sin embargo, no parece razonable una tendencia legislativa de protección a los consumidores sin que alguna de las normas dé una definición, o al menos una noción, de consumidor y usuario. Esta tarea la acometió la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios en su artículo 1.2. Está hecha para acotar la aplicación de la ley a quienes entren en el concepto, que no serán otros que las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilicen o disfruten 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. Se nos presenta una noción legal que comprende tanto al consumidor en sentido jurídico como en sentido material. Esta última diferencia apuntada deriva de una interpretación de la citada ley, al considerar material al consumidor de bienes, productos o servicios y que puede recibir una indemnización de daños y perjuicios, tal y como dispone el art. 25 de la ley; y jurídico

⁴¹¹ Vid. Bermejo Vera, J.: *op. cit.* pp. 258 y 259; Navarro Sanchis, F. J.: "Protección al consumidor en el Código Penal vigente" en *Poder Judicial* n° especial IX, - nuevas formas de delincuencia- 1988, p. 320; Peinado Gracia, J. I.: *op. cit.* 1886.

a aquél que ha realizado un contrato con la exigibilidad del contenido de la publicidad sobre los bienes y servicios ofrecidos⁴¹². En este sentido debemos entender que es la voluntad del legislador porque regula las diferentes materias que afectan a los consumidores al margen de cualquier actividad profesional o empresarial⁴¹³. No debe incluirse a quienes adquieren materias primas para transformar o producir en una actividad empresarial o profesional⁴¹⁴, puesto que la configuración legal de consumidor excluye a quien va a utilizar el bien o servicio adquirido para su actividad profesional. Parece lógico considerar en este último caso que son profesionales, por tanto, concepto diferente al de consumidor.

Es decir, todo destinatario final de los productos o servicios, y que los adquiera para no incorporarlos, de otra forma, al mercado, por consiguiente, quien no los va a utilizar en una

⁴¹² Véase, más ampliamente, Bercovitz Rodríguez-Cano, A.: *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid 1992.

⁴¹³ Véase como ejemplo de lo dicho el art. 2.1 de la Ley 16/2011 de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, por el que será aplicable esta Ley siempre que se para un consumidor que actúa al margen de una actividad comercial o profesional. Esta consideración legislativa viene del Directiva de la Comunidad Europea 2005/29 de 11 de mayo que en su art. 2^a) se define consumidor a quien actúe con propósito ajeno a su negocio oficio o profesión.

⁴¹⁴ Vid. Mapelli Caffarena, B.: *op. cit.* p. 59; Muñagorri Laguía, I.: *op. cit.* p. 92; Palma Herrera, J. M.: "Los consumidores y usuarios como sujetos de tutela penal" en *Cuestiones actuales sobre*

actividad profesional⁴¹⁵. Esta definición trae como consecuencia supuestos de sobreseimiento y archivo de un procedimiento penal incoado por el delito de publicidad engañosa, cuando el producto o servicio no está dirigido a los consumidores, sino, entre empresas o profesionales que los van a dedicar a su actividad⁴¹⁶.

3.- ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA NATURALEZA DEL DELITO Y LA CONDUCTA.

A la hora de comenzar el estudio de este apartado de la naturaleza del delito y la conducta, conviene partir de una premisa como es la consideración del delito como de mera actividad⁴¹⁷.

protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral, VV. AA. Coordinador: Cubillo López, I. J., Pamplona 2010, p. 48.

⁴¹⁵ Vid. Fernández Gimeno, J. P.: "Los consumidores y usuarios como afectos a una especial tutela jurídica" en *Derecho de consumo*, VV. AA. coordinadora: Reyes López, M^a J., 2^a ed. Valencia 2002, p. 71; Puente Aba, L. M^a: *op. cit.* p. 283. En contra, Carrasco Andrino, M^a M.: *op. cit.* p. 91. La autora considera que son destinatarios de la publicidad igualmente.

⁴¹⁶ Así lo determinó el AAP Tarragona (Secc. 2^a) 174/2002 de 20 de mayo (EDJ 32515); en el mismo sentido ya se había un pronunciamiento, AAP Madrid (Secc. 7^a) 206/2000 de 27 de abril (EDJ 29875).

⁴¹⁷ Vid. Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, *op. cit.* p. 301; Puente Aba, L. M^a: *op. cit.* p. 377; Moreno y Bravo, E.: *op. cit.* p. 131; Carrasco Andrino, M^a M.: "El delito de publicidad engañosa" en *Derecho Penal español. Parte especial (II)*, VV. AA. Director: Álvarez García, F. J., Valencia 2011, p. 593; González Tapia, M^a I.: *op. cit.* p. 109; Sierra López, M^a V.: *op. cit.* p. 201. Matiza la citada autora que debe llegar a los consumidores en general, no a unos determinados porque en ese caso se estaría en presencia del delito de estafa.

Por tanto, al tratarse de un delito de peligro abstracto, en el que legislador determina la peligrosidad general de determinadas acciones para el bien jurídico, éste es declarado *ex ante* teniéndose por peligrosas las acciones que pertenezcan a las descritas en el tipo penal⁴¹⁸, que no requiere que a la acción vaya seguida la causación de un resultado⁴¹⁹.

Otra de las cuestiones a tratar al hablar de la naturaleza de este delito es la permanencia de la publicidad, particularmente si se trata de una campaña. Serán los casos en que se mantiene la transmisión de la misma publicidad engañosa a los consumidores⁴²⁰. Aquí parece el momento oportuno de hacer una breve referencia a la terminación del delito como aquella en la que se produce el cese de la progresión del contenido del injusto legal⁴²¹. Así, un delito de peligro cesa o bien cuando la situación de riesgo se transforma en una lesión, o cuando desaparece toda probabilidad de lesión futura al bien jurídico protegido por la norma⁴²².

⁴¹⁸ Véase, más ampliamente, Doval Pais, A.: *Delitos de Fraude Alimentario. Análisis de sus Elementos Esenciales*, Pamplona 1996, pp. 330 a 332.

⁴¹⁹ Vid. Mir Puig, S.: *Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.* p. 230.

⁴²⁰ Nos referimos a la misma publicidad sobre los mismos productos o servicios solo que responde a una campaña publicitaria programada y se mantiene en el tiempo.

⁴²¹ Así lo define Borja Jiménez, E.: "La terminación del delito" *op. cit.* p. 136.

⁴²² Así lo establece Borja Jiménez, E.: "La terminación del delito" *op. cit.* p. 148.

En este caso se mantiene el estado antijurídico por la extensión temporal de la acción⁴²³ y la afección al bien jurídico⁴²⁴. Esta situación traerá como consecuencia, entre otras, que no se iniciará el periodo de prescripción del delito hasta que se retire la publicidad fraudulenta.

Ahora llega el momento de adentrarnos en el tratamiento de la conducta en dos fases. Una primera con el análisis exegético de los términos típicos que vienen descritos en el art. 282 del CP. Y una segunda parte relativa a los supuestos que pueden integrar propiamente la conducta tipificada.

Esta estructura se adopta porque entendemos que es de una mayor claridad definir primero los referidos términos, y una vez definidos adentrarnos en la posible realización de la conducta; todo ello acometido desde una aspiración más práctica que dogmática.

⁴²³ En este sentido, véase, Borja Jiménez, E.: "La terminación del delito" *op. cit.* p. 153.

⁴²⁴ Vid. Lloria García, P.: *Aproximación al estudio del delito permanente*, Granada 2006, la autora considera la posibilidad de la permanencia en los delitos de mera actividad, p. 81.

En primer lugar convendría comenzar por los términos utilizados en el precepto "ofertas o publicidad"⁴²⁵.

La publicidad se ha venido entendiendo como la acción de llevar al público el conocimiento de unos hechos o de unas ideas⁴²⁶. Más aun, se ha llegado a considerar la información difundida a través de medios de comunicación de masas que dirigida indiscriminadamente a los consumidores, en potencia del producto o servicio anunciado, trata de provocar las necesidades o deseos hasta ese momento no sentidos por los consumidores, en un intento de producir una acción beneficiosa para el anunciante⁴²⁷.

En todo caso, el término publicidad viene definido en el art. 2a) de la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo del Consejo de 12 de diciembre de 2006 como "toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de

⁴²⁵ Para algún autor sería innecesario incluir oferta, habida cuenta del amplio concepto de publicidad en la Ley de Publicidad; así lo expone Martínez-Buján Pérez, C.: "La protección penal de los consumidores en el ámbito de los delitos socio-económicos en el proyecto de Código penal de 1994" *op. cit.* p. 273. El mismo autor mantiene esta posición en *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, *op. cit.* p. 288. Si bien matiza que el legislador ha pretendido abarcar toda posibilidad que por algún motivo no pudiera quedar incluida en la publicidad.

⁴²⁶ Vid. Santaella López, M.: *El delito publicitario...op. cit.* p. 22.

⁴²⁷ Véase, más ampliamente, Tallón García, J.: *op. cit.* pp. 25 y 26.

promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones". En el sentido de la Directiva el art. 2 de la LGP la define como "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". Esta definición la configura como mensaje que constituye una oferta vinculante⁴²⁸.

Una definición incluye cualquier técnica publicitaria⁴²⁹.

Junto al término publicidad se añade el de oferta, pero como distinto al anterior. Parece que la intención del legislador es abarcar todos los supuestos posibles, incluidos aquellos que puedan quedar fuera del concepto estricto de publicidad;

⁴²⁸ Vid. *Corredoira y Alfonso, L.: op .cit.* p. 32. Solo apuntar que el Tribunal Supremo en sentencias de 23/09/1988, 18/02/1994 y 21/04/1994 no reconoce el derecho a la libertad cuando se trata de publicidad comercial porque el fin de dicha publicidad es muy diferente a una actividad comprendida como derecho fundamental en el art. 20 de la CE. El Tribunal Constitucional (providencia 17/04/1989) inadmitió a trámite un recurso de amparo contra la STS 23/09/1988. Se muestra en contra por ser diferente al criterio mantenido por el TEDH, Tato Plaza, A.: "Publicidad comercial y libertad de expresión en Europa" en *La Ley*, nº 3 1994, p. 1.000.

⁴²⁹ Véase todas las técnicas que expone Portero Henares, M.: *El delito publicitario..... op. cit.* pp. 303 y ss.

por ejemplo, aquella información que ya lleva impresa el propio producto⁴³⁰.

Una interpretación de la oferta como aquella que se dirige a determinados consumidores por técnicas de venta más personalizadas quedaría fuera del delito de publicidad engañosa que debe ser de ámbito general, para adentrarse más en el delito de estafa⁴³¹.

Otro de los términos a analizar es el de "hacer alegaciones falsas". La manera de describirlo podría indicar una conducta de expresión en textos orales o escritos. Sin embargo, parece una interpretación más lógica considerar que incluye todo tipo de comunicaciones⁴³², sobre todo por ir junto a "manifestar características inciertas". Por ello, la mayor parte de la doctrina se muestra partidaria de la interpretación apuntada⁴³³. En otro

⁴³⁰ En este sentido, Martínez-Buján Pérez, C.: "Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el Proyecto de Código Penal de 1992" *op. cit.* p. 348; Mapelli Caffarena, B.: *op. cit.* p. 79; Carrasco Andrino, M^a M.: *La publicidad engañosa...* *op. cit.* p. 99; Portero henares, M.: *El delito publicitario...* *op. cit.* pp. 315 y 316; Sierra López, M^a V.: *op. cit.* pp. 148 y 149.

⁴³¹ Véase, más ampliamente, Sierra López, M^a V.: *op. cit.* pp. 146 a 148; Puente Aba, L. M^a: *op. cit.* pp. 296 a 298; Portero henares, M.: *El delito publicitario...* *op. cit.* pp. 214 a 216.

⁴³² Vid. Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, *op. cit.* p. 296.

⁴³³ Vid. Moñagorri Laguía, I.: *op. cit.* pp. 96 y 97; Carrasco Andrino, M^a M.: *La publicidad engañosa...* *op. cit.* pp. 102 y 103; Mapelli Caffarena, B.: *op. cit.* pp. 64 y 65; Portero henares, M.: *El delito publicitario...* *op. cit.* p. 322; Sierra López, M^a V.: *op.*

caso, no tendría una mínima coherencia la interpretación del precepto con su pretensión protectora⁴³⁴.

El engaño no puede ser considerado como tal, a efectos del delito, aquél que se manifiesta como burdo o poco creíble. Las exageraciones "permisibles" en la publicidad no integrarán el concepto fraudulento que aquí se exige⁴³⁵. Incluso cuando nos encontramos con un delito que dirigido a una colectividad indiscriminada - como son los consumidores - tiene como receptores a una gran diversidad de personas con diferente capacidad intelectual y condicionamiento psicológico. Parece lógico considerar que éstos no son todos iguales y que unos precisan de más tutela que otros⁴³⁶. Pero la tutela de intereses colectivos no puede tener

cit. p. 152; Bajo Fernández, M. y Bacigalupo Sagesse, S.: *op. cit.* pp. 547 y 548.

⁴³⁴ Vid. Martínez-Buján Pérez, C.: "Comentario al art. 282" *op. cit.* p. 1.372.

⁴³⁵ Nos referimos a las técnicas publicitarias de exageración al expresar que es "el mejor producto del mercado". Sin embargo, hay quien considera que estas exageraciones son integrantes de la publicidad engañosa a efectos del delito salvo aquellas que no puedan sorprender a nadie, así De Jesús Sánchez, M^a G.: *op. cit.* p. 314. Nos mostramos disconformes con lo sostenido por la citada autora, tal y como hemos comentado en el texto principal, sobre todo por la dificultad de sostener la credibilidad de las exageraciones que son frecuentes en el ámbito publicitario. El criterio jurisprudencial es el de excluir como engaño las exageraciones hasta términos irreales y la sobrevaloración de las cualidades del producto, véase por todas la STS 1097/2009 de 17 de noviembre (EDJ 300005).

⁴³⁶ Vid. Stiglitz, G. A.: *Protección jurídica del consumidor*, Buenos Aires 1986, pp. 18 y 19.

una diferenciación intrínseca, por tanto, la mejor apreciación en este sentido es valorar el engaño que es suficiente para llevar a error a aquellos consumidores más populares, o como se ha venido a llamar "el consumidor medio"⁴³⁷.

Otros términos que se recogen en el precepto son los que hacen referencia al perjuicio "grave y manifiesto". El grave se viene entendiendo como aquél que tiene un valor lo suficientemente importante para afectar a un interés económico de los consumidores y al número de personas que va dirigida, así como los medios utilizados para difundir el mensaje publicitario⁴³⁸.

Por manifiesto habrá que entender lo que sea perceptible, es decir que no exista duda de su gravedad⁴³⁹. Por tanto, obliga a la necesaria prueba

⁴³⁷ Vid. Fernández Novoa, C.: *op. cit.* p. 81. Se considera al consumidor medio según su capacidad crítica, grado de conocimiento científico-técnico y el nivel de diligencia o cuidado exigido, considerándose que el espectro social del consumidor medio está entre el 33,34 al 66,66%. Cuando sea inferior al 33,34% no llega al concepto de consumidor medio, y cuando se supera el 66,66% es de una cualificación mayor que le concepto de consumidor medio. Así lo expone, Iglesias Río, M. A.: *op. cit.* p. 642.

⁴³⁸ En este sentido se pronuncia la jurisprudencia, véase, por todas, la STS 357/2004 de 19 de marzo (EDJ 14268).

⁴³⁹ Vid. Moreno Alcázar, M. A.: *Los delitos de conducción temeraria*, Valencia 2003, pp. 88 y 89. El autor va más allá considerando que el término "manifiesto" no supone que deba ser perceptible, sino que contando con todos los elementos de juicio no cabe duda de la gravedad del peligro.

del carácter perjudicial de la conducta⁴⁴⁰. Si la conducta no es susceptible de causar el citado perjuicio no habrá delito⁴⁴¹.

La conducta consiste en publicitar productos o servicios sin que lo que se transmite a los consumidores sea la realidad de elementos relevantes. No se trata de una publicidad falaz sobre cualquier elemento o componente, sino sobre aquella parte del mismo que sea capaz de producir un error en el consumidor a la hora de valorar la realidad del producto o servicio; o como se ha venido interpretando en la jurisprudencia en algún aspecto esencial que es el que le confiere la aptitud de poder causar un perjuicio grave a los consumidores⁴⁴². Este elemento que podemos considerar como esencial puede ser su naturaleza, composición, precio, efectos, etc⁴⁴³.

Hay quien ha considerado que también entre en el concepto la llamada "contrapublicidad engañosa", es decir, aquella en el que el *slogan* es visible en

⁴⁴⁰ Vid. Cuarda Riezo, A.: "Contribución a la polémica..." *op. cit.* p. 73.

⁴⁴¹ Vid. Orts Berenguer, E. y González Cussac, J. L.: *Compendio de Derecho penal (Parte General y Parte Especial)*, Valencia 2004, p. 607.

⁴⁴² Véase, por todas, la STS nº 862/2014 de 2 de enero de 2015 (EDJ 2015/8572).

⁴⁴³ Vid. Mestre Delgado, E.: "Los delitos relativos al mercado y a los consumidores" en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, VV. AA. Coordinadora: Lamarca Pérez, C., 3ª ed. Madrid 2015, p. 465.

primer plano y una modificación de la condiciones de lo que indica el mismo está en letra muy pequeña mediante indicación de asterisco⁴⁴⁴. No parece que esta tesis sea aceptable a la hora de la considerar la aplicación penal de la publicidad engañosa, porque en estos casos realmente se está dando la información veraz a los consumidores aunque sea de una forma poco ética.

Otra cuestión importante a tratar son las omisiones de información en la publicidad lanzada a los consumidores. Si bien el verbo típico es "hacer alegaciones falsas o manifestar características inciertas" y, por tanto, puede identificarse con una conducta activa, no parece desdeñable considerar la trascendencia de las omisiones en el mensaje publicitario. Dicho mensaje publicitario consiste en trasladar a los consumidores un producto o servicio; si nos centramos en un mensaje falsario éste puede ser tanto por ser falsas las alegaciones o manifestaciones de las características como por omitir alguna información relevante y que, por tanto, pueda producir un error a los consumidores porque la representación que se hacen del producto o servicio no es el real debido

⁴⁴⁴ Vid. Botija, M. A.: "Ilícitos desleal y publicitario en la publicidad comparativa o engañosa" en *La Ley*, nº 3 1994, pp. 955 y 956.

a dicha omisión⁴⁴⁵. Es decir, que el mensaje publicitario que se traslada a los consumidores es un todo, tanto con lo que expresa como con lo que no. Las manifestaciones que han sido ocultadas resultarán importantes para que complementen las sí manifestadas y den la información correcta al consumidor⁴⁴⁶. Aunque se sostiene que una omisión de una parte de lo que se está publicitando no es en sí misma una omisión, sino más bien se trata una conducta activa desde la perspectiva de la doctrina de los actos concluyentes⁴⁴⁷.

Es necesario que la publicidad engañosa pueda inducir a error a los consumidores, pero no es necesario que llegue a motivar la contratación⁴⁴⁸.

Esta apreciación parte de la idea de una necesidad de la idoneidad de para causar un peligro grave y manifiesto, puesto que es un elemento normativa introducido por el legislador. Es decir,

⁴⁴⁵ Se ha considerado la omisión de información como integrante del delito de publicidad engañosa siempre que pueda producir error en los consumidores, vid. De Jesús Sánchez, M^a G.: *op. cit.* p. 314.

⁴⁴⁶ Vid. Fernández Novoa, C.: *op. cit.* p. 335. El autor pone de manifiesto la legislación estadounidense que contempla la falsedad de la publicidad cuando oculte hechos en alimentos y medicamentos (nº 15 de la *Federal Trade Commission*).

⁴⁴⁷ Vid. Morales Prats, F.: "Comentario al art. 282" *op. cit.* p. 886. En el mismo sentido, Martínez-Buján Pérez, C.: "Comentario al art. 282" *op. cit.* p. 1.173.

⁴⁴⁸ Aunque hay quien ha considerado que la Ley General de Publicidad sí exige que motive la contratación, así Ripoll Navarro, R.: *op. cit.* pp. 996 y 997. También la SAP Barcelona (Secc. 7^a) 828/2001 de

que la conducta requerirá una falsedad en la publicidad del producto o servicio y que además ésta sea idónea para causar un peligro grave y manifiesto a los consumidores⁴⁴⁹. En este sentido, tenemos resoluciones judiciales absolutorias cuando la conducta no tiene esa idoneidad (SAP Baleares (Secc. 2ª) 25/2001 de 15 de febrero (EDJ 27132)).

La conducta descrita solo podía llegar a ser castigada, antes del Código Penal de 1995, si se producía un resultado lesivo para el patrimonio individual de las personas, a través de la estafa cuando se daban todos los elementos de la conducta típica. Así la STS 19 de junio de 1991 (EDJ 1991/6551) donde una sociedad inició una campaña de publicidad mediante la inserción de anuncios en periódicos de difusión nacional, así como la publicación de folletos para recabar la suscripción de participaciones nominativas de 25.000 pesetas, que daban al titular la posibilidad de convertirse en copropietario de un local e instalaciones comerciales en el mismo ubicadas, sito en Madrid, del que el anunciante decía ser el propietario, atribuyendo a dicho complejo comercial que se indicaba un valor de 50.000.000 de pesetas, ofreciendo como garantía de la inversión el propio

8 de noviembre (EDJ 67440), la cual considera necesario que se pueda inducir a error a un ciudadano medio.

⁴⁴⁹ Vid. Martínez-Buján Pérez, C.: "Comentario al art. 282" *op. cit.* p. 1.373.

inmueble, al tiempo que se aseguraba un 14 por 100 de rentabilidad neta, con pago anticipado, y la posibilidad de que la promotora volviera a adquirir a los dieciocho meses de su venta las participaciones suscritas para su valor nominal. En cuanto a las instalaciones comerciales que en la campaña publicitaria se decía estaban terminadas, llegándose a ofrecer una tarjeta de crédito para efectuar compras en las tiendas ubicadas en el complejo, hasta un límite de 100.000 pesetas, solamente se iniciaron la demolición de unos tabiques, levantando el solado y desmantelamiento de instalaciones generales, todas ellas inmediatamente suspendidas ante la falta de pago a la empresa que las realizaba. La empresa promotora incumplió el contrato de compra del local por lo que quedó resuelto. La empresa captó un total de 16.200.000 pesetas, suscribiendo estas participaciones diversas personas. Ante la situación de la entidad y la falta de pago del rendimiento pactado -que solo se hizo en los primeros vencimientos- los suscriptores intentaron recuperar el importe de sus participaciones, lo que la mayoría no logró. Esta operación, única actividad de la sociedad, precisaba como inversión para poner en funcionamiento total el complejo comercial, una suma superior a los 100.000.000 de pesetas.

Tanto la Audiencia Provincial de Madrid como el Tribunal Supremo condenaron por delito de estafa, sin embargo el TS no dejó pasar la oportunidad de hacer referencia a la publicidad engañosa, considerando que la veracidad en la publicidad, que directamente protege los intereses legales de los consumidores y usuarios, y el principio de legalidad, obligan a respetar las normas básicas e imprescindibles de la convivencia social por cuanto que su quebranto puede incidir en el ámbito de la jurisdicción penal. Ambos tribunales hicieron referencia al Tribunal de Defensa de la Competencia por lo que respecta a la competencia ilícita o desleal, y adoptaron la definición de publicidad engañosa que da el art. 3.º de la LGP, de 11 de noviembre de 1988, siendo ésta la que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios. Afirmando, después, que la publicidad por falsa, desproporcionada o desleal puede conculcar preceptos concretos del Código Penal. En este caso, consideró el Tribunal Supremo que la publicidad constituya el medio idóneo para con el engaño originar el fraude económico, por el cauce de la estafa ahora contemplada, ya que el delito publicitario, en ese momento, no dejaba de ser una pretensión recogida en los Proyectos y Anteproyectos de Código Penal.

Por tanto, en una situación previa a la regulación del delito de publicidad engañosa, la consideración era de estafa en los casos que se cumpliera con el tipo de ésta, tal y como sucedió en el caso apuntado, pero, sobre todo, teniendo en cuenta que se debía producir la efectividad del perjuicio económico causado a bienes de carácter individual.

Pero lo que cabe reseñar respecto del actual delito del art. 282 CP es la conducta relativa a la información inveraz que se suministró a los consumidores, a través de medios de comunicación⁴⁵⁰ que podemos conceptualizar de ámbito general por su alcance, y que potencialmente suponía un peligro para los intereses económicos, que luego, además, se concretó en un resultado de menoscabo de su patrimonio. La información sobre aspectos esenciales del producto publicitado era incierta, y por tanto fraudulenta⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ Momento en el que conviene poner de manifiesto la idea que considera que "la publicidad se configura como uno de los medios de exteriorización de la conducta, pues publicar supone hacer notoria o patente una cosa, manifestarla al público", así lo establece Lamarca Pérez, C.: "La publicidad en Derecho penal: Una aproximación conceptual e histórica" en *ADP*, nº XXXIV Fascículos I y II, mayo-diciembre 1981, p. 574.

⁴⁵¹ En estos casos existe, además, la obligación de incluir en la propaganda y publicidad de la compraventa de viviendas mediante percepción de cantidades entregadas a cuenta, que las actuaciones y contratación del promotor se ajustará a los requisitos que establece la Ley 57/1968 (art. 5), véase, Estruch Estruch, J.: *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción*, Pamplona 2009, p. 25.

Las situaciones que nos hemos encontrado, tras la entrada en vigor del CP de 1995, en la práctica judicial son supuestos en los que se ha utilizado la publicidad con carácter general para dar a conocer los servicios o productos que no se corresponden con la realidad. Así por ejemplo, publicitar una Escuela de Turismo que afirmaba - en su publicidad - que el título se homologaba con la Universidad de Hertfordshire, algo incierto⁴⁵².

Aquellos supuestos en los que no ha quedado clara la discordancia entre lo publicitado y el producto en sí, el fallo de las sentencias ha sido en sentido absolutorio⁴⁵³. Tras esta afirmación queremos poner de manifiesto un supuesto que, si bien no hay hasta el momento un caso resuelto por los tribunales, puede ser práctica habitual. Nos referimos a la publicidad con falso regalo; es decir, los casos en que la publicidad sobre el producto o servicio es cierta, al menos en apariencia, y se ofrece falsamente un regalo junto a la adquisición del producto. En este caso, podría hacerse la consideración que al no recaer, la

⁴⁵² Se condenó por el delito de publicidad engañosa por el Juzgado de lo Penal nº 6 de Granada sentencia de 27/11/2001 y fue ratificada por la SAP Granada (Secc. 1ª) 383/2002 de 26 de junio (EDJ 35595).

⁴⁵³ Véase STS 27/2009 de 26 de enero (EDJ 11751); SAP Málaga (Secc. 1ª) 180/2000 de 29 de junio (EDJ 29881), SAP Zaragoza (Secc. 3ª) 69/2000 de 28 de junio (EDJ 37884).

publicidad fraudulenta, sobre el propio producto o servicio no sería una conducta típica. Sin embargo, ya hemos puesto de manifiesto que el engaño debe realizarse sobre elementos esenciales del producto o servicio, pues bien, uno de ellos - tal y como hemos apuntado anteriormente - es el precio, y un regalo junto con la adquisición del bien podría entender que afecta al precio del mismo y, por tanto, podría considerarse una conducta típica de publicidad engañosa.

El alcance de la publicidad debe ser general (lo que no quiere decir, necesariamente, masivo) y no reducida, porque en ese caso no se cumple con la exigencia del tipo penal y se podría englobar desde el principio en un delito de estafa⁴⁵⁴.

La conducta de este delito es dolosa, como no podía ser de otra forma al tratarse de un delito defraudatorio, y que, además, se basa en una publicidad engañosa.

La doctrina admite la posibilidad del dolo eventual⁴⁵⁵. Es lógica la consideración de esta posibilidad habida cuenta de la evolución

⁴⁵⁴ Vid. STS 522/2009 de 14 de mayo (EDJ 158083).

⁴⁵⁵ Véase, entre otros, González Tapia, M^a I.: *op. cit.* p. 110; Gómez Rivero, M^a C.: "La aplicación jurisprudencial del delito de publicidad engañosa. Claves para delimitar el contenido material

legislativa, pues, en los primeros proyectos incluía el término "intencionadamente", lo que suponía una clara exclusión del dolo eventual⁴⁵⁶, pero esa referencia con lo que parece que la voluntad del legislador es la admisión del referido dolo eventual. Ante esta afirmación solo queremos hacer una breve referencia a la consideración de la doctrina en cuanto a la presencia del dolo directo y eventual en los delitos de peligro. Aunque se utilice la expresión "dolo de peligro" realmente no se trata de una clase especial de dolo, sino que el tipo legal al que hace referencia no exige la lesión del bien jurídico, sino la puesta en peligro del mismo⁴⁵⁷. Por tanto, no existen dudas a la consideración del dolo eventual en los delitos de peligro⁴⁵⁸.

Otra cuestión es qué elementos debe abarcar el dolo. El sujeto debe ser consciente de la falsedad de la publicidad, es decir, conocer que el mensaje tiene los componentes falsarios en aquellos aspectos del producto o servicio que son relevantes⁴⁵⁹. Además, es una consecuencia lógica de quien se desenvuelve en un ámbito profesional y que

del precepto" en *Revista General de Derecho penal*, N° 9 2008, P. 11; Espejo Macías, M^a B.: *op. cit.* p. 306.

⁴⁵⁶ En este sentido, Macías Espejo, M^a B.: *op. cit.* p. 305.

⁴⁵⁷ Vid. Rodríguez Montañés, T.: *op. cit.* pp. 46 y 47.

⁴⁵⁸ Vid. Moreno Alcázar, M. A.: *El concepto penal de incendio... op. cit.* p. 440.

⁴⁵⁹ Vid. Puente Aba, L. M^a: *op. cit.* p. 369.

se le supone el conocimiento de los aspectos propios de su actividad⁴⁶⁰. Así pues, cuando el sujeto conozca la naturaleza peligrosa que en el contexto de la situación tenía la circunstancia por él introducida estaremos ante un dolo directo de peligro, mientras que si lo que conocía era su potencial peligroso en función de la aparición o no de otros factores, estaremos ante el dolo eventual de peligro⁴⁶¹.

Otra cuestión destacable es la relativa al elemento subjetivo del injusto⁴⁶² que debe comprender el posible perjuicio que se puede causar a los consumidores, es decir, que la falsedad es idónea para causarlo⁴⁶³. De no ser así no se podría fundamentar la punición de este tipo de conductas⁴⁶⁴.

⁴⁶⁰ Así lo expresó la STS nº 1879/1993 de 22 de julio (EDJ 7545).

⁴⁶¹ En este sentido, véase, Moreno Alcázar, M. A.: "Relevancia de la admisibilidad de un dolo eventual de peligro en la responsabilidad penal por la comercialización de productos defectuosos" en *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, VV. AA. directores: Boix Reig, J. y Bernardi, A., Madrid 2005, p. 173.

⁴⁶² Entendido éste como aquella referencia anímica en el tipo de injusto que no viene definido por el puro acontecer objetivo, véase, más ampliamente, Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S.: *op. cit.* p. 401.

⁴⁶³ Vid. Puente Aba, L. M^a: *op. cit.* p. 369.

⁴⁶⁴ Véase, Rodríguez Montañés, T.: *op. cit.* p. 251.

4.- OTRAS CUESTIONES RELATIVAS A LAS FORMAS DE APARICIÓN.

En este apartado pretendemos fijar el momento consumativo del delito y las cuestiones relativas a la valoración de la tentativa, así como la determinación del autor y la posibilidad de participación. La configuración del tipo penal no deja de tener aspectos controvertidos en la doctrina penal a la hora de pronunciarse sobre las cuestiones apuntadas.

El momento en el que el delito de publicidad engañosa se consumará, tal y como considera la mayor parte de la doctrina penal, será aquél en que el mensaje publicitario se lanza a los consumidores a través de los medios oportunos para hacerlo llegar, conceptuándolo como un delito de peligro y, como ya hemos dicho en el momento de su naturaleza, de mera actividad⁴⁶⁵.

⁴⁶⁵ Vid. Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, op. cit. p. 301; Puente Aba, L. M^a: op. cit. p. 377; Moreno y Bravo, E.: op. cit. p. 131; Carrasco Andrino, M^a M.: "El delito de publicidad engañosa" op. cit., p. 593; González Tapia, M^a I.: op. cit. p. 109; Sierra López, M^a V.: op. cit. p. 201. Matiza la citada autora que debe llegar a los consumidores en general, no a unos determinados porque en ese caso se estaría en presencia del delito de estafa. En este punto es conveniente recordar que el legislador precisa en cada delito el alcance y características de la publicidad, vid. Lamarca Pérez, C.: op. cit. p. 576.

Sin embargo hay quien lo ha considerado de resultado por producirse la lesión del bien jurídico supraindividual protegido al considerar que dicho resultado está en el peligro grave y manifiesto a los consumidores⁴⁶⁶.

Una posición entre las dos apuntadas anteriormente establece que si existe una exigencia del tipo penal para causar un peligro grave y manifiesto a los consumidores, parece que la sola transmisión de la publicidad puede que no sea suficiente para consumir el delito. Así pues, este delito no tendrá una eficacia de peligro grave y manifiesto a los consumidores si éstos no lo tienen al alcance para poder adquirir los productos o servicios publicitados⁴⁶⁷.

Partiendo de la formulación que ya apuntamos en su momento⁴⁶⁸ puede hacerse algún reparo a esta última teoría expuesta. Si se trata de un delito de peligro abstracto será de mera actividad y su consumación se alcanzará en el momento considerado por la mayor parte de la doctrina, es decir, cuando la publicidad entra en contacto con los consumidores. La exigencia que prevé el CP de poder

⁴⁶⁶ Véase, Portero Henares, M.: *El delito publicitario... op. cit.* pp. 340 y 341.

⁴⁶⁷ Véase, Mapelli Caffarena, B.: *op. cit.* p. 88.

⁴⁶⁸ Lo consideramos un delito de peligro abstracto en el punto 2 del Capítulo II de la Parte II.

causar un perjuicio grave y manifiesto son los elementos normativos de aptitud que deben cumplirse para que la conducta sea típica. Por tanto y bajo esta premisa, el momento consumativo será cuando la publicidad llegue a sus destinatarios - los consumidores -. Dar un paso más allá y considerar que es cuando éstos los tienen a su disposición supondría considerar al delito como de peligro concreto. Si así fuera el tipo penal diría "que pongan en peligro grave y manifiesto a los consumidores" como efecto separado del núcleo de la conducta típica y causalmente conectado con ella, es decir, un delito de resultado⁴⁶⁹. Sin embargo, el precepto dice "que puedan causar un peligro grave y manifiesto", por tanto, está haciendo referencia a la aptitud requerida en un delito de peligro abstracto.

Una vez establecido el momento en el que el delito se consuma, llega la hora de analizar la posibilidad o no de la consideración de la tentativa.

Nos encontramos ante diversas posiciones de la doctrina penal. La primera, que no la considera

⁴⁶⁹ Vid. Moreno Alcázar, M. A.: *El concepto penal de...* Op. cit. p. 427.

viable por tratarse de un delito de peligro abstracto⁴⁷⁰.

Una segunda que considera un acto preparatorio impune el hecho de descubrir el mensaje publicitario antes de llegar a conocimiento de los consumidores (por ejemplo, cuando se ha enviado a un periódico o cadena de televisión); se trata de un delito de mera actividad y, por ello, la consideración de un acto preparatorio impune⁴⁷¹.

Una tercera que considera posible la tentativa al menos desde un plano teórico. Aquí se pone de manifiesto que siendo un delito de mera actividad no cabe la tentativa acabada pero sí la inacabada porque si el mensaje falaz es descubierto antes de darse a conocer a los consumidores, pero ya ha sido elaborado y remitido a los medios encargados de su difusión, se han realizado actos que se pueden considerar un comienzo de la ejecución⁴⁷².

⁴⁷⁰ Vid. Carrasco Andrino, M^a M.: *La publicidad engañosa..... op. cit.* pp. 118 y 119; si bien la citada autora considera que es un delito de mera actividad y como teóricamente posible, llega a la conclusión de no ser viable la tentativa por ser un delito de peligro abstracto;

⁴⁷¹ Vid. Bajo Fernández, M. y Bacigalupo Sagesse, S.: *op. cit.* pp. 552 y 553. Loa autores parten de la posibilidad teórica de la tentativa en un delito de mera actividad, pero acaban concluyendo que no es posible en este delito.

⁴⁷² Vid. Sierra López, M^a V.: *op. cit.* p. 202. Aunque a pesar de admitirla teóricamente, la citada autora se decanta por la impunidad en la práctica al parecerle exagerado el castigo del "peligro del peligro". Considera posible la tentativa inacabada sin objeciones, Mapelli Caffarena, B.: *op. cit.* pp. 89 y 90; Martínez-

La SAP La Rioja (Secc. 1ª) 17/2003 de 12 de febrero (EDJ 48968) consideró un supuesto de tentativa acabada cuando se había hecho la publicidad del producto y éste ya se encontraba a la venta en un supermercado pero aún no había abierto al público cuando se intervino⁴⁷³. El argumento ha sido corroborado por algún autor al considerar que este delito admite la realización de la conducta típica en varias fases, pues, el sujeto ha realizado todos los actos para la consecución de su objetivo y a partir de ese momento intervienen terceras personas, escapando de su control la consumación del delito⁴⁷⁴.

El argumento resulta más que discutible, pues, si bien nos mostramos conformes ante la posibilidad de considerar el delito en grado de tentativa pero, en todo caso, inacabada, pues, la acabada es difícilmente conciliable con los delitos de mera

Buján Pérez, C.: *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, op. cit. p. 304; Puente Aba, L. Mª: op. cit. p. 377; González Tapia, Mª I.: op. cit. p. 110.

⁴⁷³ Se trata de un supuesto en el que se encuentran los objetos publicitados fraudulentamente en un supermercado antes de su apertura al público.

⁴⁷⁴ Véase, más ampliamente, Alcácer Guirao, R.: "Tentativa, consumación y anticipación de la protección penal: iter criminis y Derecho penal económico" en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, directores: Silva Sánchez, J. Mª y Miró Llinares, F., Madrid 2013, pp. 568. El autor pone el ejemplo del fabricante que quiere publicitar un producto con falsedad del mensaje publicitario y lo pone en manos de un medio de difusión, no se consumará hasta que el medio en cuestión lo emita.

actividad como es el de publicidad engañosa. Es decir, el hecho de enviar un mensaje publicitario falaz a un medio de comunicación o difusión es, en sí mismo, la ejecución de actos de la conducta típica porque si no se remitiesen a esos medios jamás llegarían a conocimiento de los consumidores. Por tanto, la creación del mensaje engañoso sí serían actos preparatorios del delito que quedarían impunes, pero cuando éste se ha puesto a disposición de quien debe emitirlo, el inicio de la ejecución ya se ha llevado a cabo, pero no de una forma completa sino como inicio de la conducta típica. La consecuencia es que descubiertos antes de su emisión sería en grado de tentativa inacabada. El supuesto de la sentencia expuesta más arriba debería haberse castigado como delito consumado, pues, el momento consumativo es que la publicidad entre en contacto con los consumidores.

Tal y como se expresa en el título de este apartado, se tratan "cuestiones" relativas a las formas de aparición, entre de las cuales hay que hablar de autoría y participación.

Por lo que respecta al sujeto activo queda limitado a los fabricantes y comerciantes. Aquellos que se dedican a la producción de bienes consumibles y prestación de servicios profesionales para el consumidor. Quedan excluidos por tanto

aquellos que producen o prestan servicios a personas físicas o jurídicas para su actividad profesional, pues, en ese caso no serán consumidores - tal y como se desarrollará más adelante siguiente -.

Se trata, entonces, de un delito especial, siendo, además, especial propio por no tener un correlativo común, es decir, que no existe correspondencia alguna con otro delito consistente en el mismo hecho cometido por una persona carente de la condición exigida al sujeto⁴⁷⁵, es decir, que aquellos que no ostenten la condición exigida por el tipo penal no podrán ser autores ni de este delito ni de otro común que castigue para ellos la misma conducta⁴⁷⁶.

⁴⁷⁵ Vid. Quintero Olivares, G.: *los delitos especiales propios y la teoría de la participación*, Barcelona 1974, pp. 31 y 32. El delito de publicidad engañosa se considera un delito especial por Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, op. cit. p. 305. Aunque el citado autor lo sostiene en las diversas publicaciones sobre este delito en fase prelegislativa y que han sido citadas. González Tapia, M^a I.: op. cit. p. 91; Carrasco Andriano, M^a M.: *La publicidad engañosa...* op. cit. pp. 92 y 93; Muñagorri Laguía, I.: op. cit. p. 84; Portero Henraes, M.: *El delito publicitario...* op. cit. p.343; Mapelli Caffarena, B.: op. cit. p. 53; Sierra López, M^a V.: op. cit. p. 176; Puente Aba, L. M^a: op. cit. p. 358; Doval Pais, A. y Anarte Borralló, E.: op. cit. p. 486; Hernández Plasencia, J. U.: "El delito publicitario" op. cit. p. 1.110; García Sánchez, I.: op. cit. p. 565; Bajo Fernández, M. y Bacigalupo Sagesse, S.: op. cit. p. 551; Cugat Mauri, M.: op. cit. p. 1.185; Moreno y Bravo, E.: op. cit. p. 95; También lo considera así la jurisprudencia, véase, por todas, la STS 357/2004 de 19 de marzo (EDJ 14268).

No ha faltado quien consideró que no se trata de un delito especial porque fabricante o comerciante puede ser cualquier persona⁴⁷⁷. No podemos compartir esta opinión porque esa condición es un requisito específico del delito y debe ostentarla el sujeto activo diferenciándolo de quien no lo es, tal y como concretaremos más adelante.

Otra cuestión es precisar quién es fabricante o comerciante. Parece que esta exigencia del tipo penal es consecuencia de un esfuerzo del legislador por incluir a quienes pueden ofrecer sus bienes directamente a los consumidores a través de la publicidad⁴⁷⁸. Aun así, cabe analizar qué podemos entender por fabricante o comerciante. Respecto del primero la consideración es de incluir a quienes producen o elaboran un producto, siendo posible cualquier clase de producto⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ Vid. Mir Puig, S.: *Derecho Penal. Parte General*, op. cit. p. 236.

⁴⁷⁷ Vid. González Rus, J. J.: "Delitos relativos al mercado y los consumidores" en *Curso de derecho Penal español. Parte especial*, Volumen I, VV. AA., director: Cobo del Rosal, M., Madrid 1996, p. 807. Sin embargo, el mismo autor en "Publicidad engañosa" en *Sistema de Derecho Penal español. Parte especial*, VV. AA. Coordinador: Morillas Cueva, L., Madrid 2011, p. 601, simplemente limita el sujeto activo a los fabricantes o comerciantes sin establecer que no sea un delito especial.

⁴⁷⁸ Vid. González Tapia, M^a I.: op. cit. p. 89.

⁴⁷⁹ Vid. González Tapia, M I.: op. cit. p. 90; Carrasco Andrino, M^a M.: *La publicidad engañosa...* op. cit. p. 93. Como complemento a lo apuntado debemos poner de manifiesto que el art. 5 del Texto Refundido de la LDCU ya no especifica el término fabricante, sino "empresario" que resulta de una mayor amplitud.

El término comerciante parece referirse, en un principio, a toda persona que se ajusta a lo descrito en el Código de Comercio en su art. 1⁴⁸⁰; es decir, aquellos que habitualmente ejercen actos de comercio. La necesidad de protección al consumidor y la utilización del término junto con el de "fabricante" parece que se pretenda incluir a todo aquél que comercia o es propietario de un comercio; en definitiva quien por su actividad profesional o empresarial pone a disposición de los consumidores productos o servicios⁴⁸¹.

La amplitud del contorno interpretativo de los términos "fabricante" y "comerciante" no alcanzan a las agencias de publicidad. Existen opiniones a considerarlas posibles sujetos activos del delito porque también son comerciantes⁴⁸². Aun aceptando tal condición, no pueden considerarse de tal manera porque no son sus propios productos o servicios los

⁴⁸⁰ Vid. Portero Henares, M.: *El delito publicitario...op. cit.* p. 344; Espejo Macías, M^a B.: *op. cit.* pp. 228 y 229.

⁴⁸¹ Véase, Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial, op. cit.* p. 305. Portero Henares, M.: *El delito publicitario... op. cit.* p. 345 matiza que es quien realiza actividades empresariales en que pueda desarrollarse la publicidad. Sierra López, M^a V.: *op. cit.* pp. 178, aunque también lo considera en sentido amplio pero identifica como iguales los términos fabricante y comerciante. Carrasco Andrino, M^a M.: *La publicidad engañosa... op. cit.* p. 94, partiendo de ese concepto amplio, ejemplifica con actividades comerciales, industriales, bancarias, de transportes, etc.

⁴⁸² Así, Cugat Mauri, M.: *op. cit.* p. 1.188.

que se publicitan⁴⁸³. El precepto limita el objeto material - tal y como ya quedó expuesto - a los productos y servicios de los fabricantes y comerciantes que hacen llegar a los consumidores, porque se utiliza el posesivo "sus", por tanto, no cabe la consideración de las agencias de publicidad como sujeto activo del delito.

En definitiva, se trata de aquellos que son los anunciantes, a tenor de lo previsto en el art. 10 de la LGP: "Es anunciante la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad", es decir, el anunciante no realiza él mismo su publicidad, sino que la ha encargado a otro⁴⁸⁴.

Podrá ser, el sujeto activo, persona física o jurídica, habida cuenta de la reforma operada por la LO 5/2010 de 22 de junio por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, en la que pueden ser sujeto activo del delito las personas jurídicas. Reforma llevada a cabo para armonizar la legislación española con la normativa europea⁴⁸⁵.

⁴⁸³ Véase, por todos, Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, op. cit. p. 303.

⁴⁸⁴ Generalmente una agencia de publicidad. En este sentido, Corredoira y Alfonso, L.: op. cit. p. 64.

⁴⁸⁵ Vid. Palma Herrera, J. M.: "El papel de los *compliance* en un modelo vicarial de responsabilidad penal de la persona jurídica" en *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, VV. AA. Director: Palma Herrera, J. M., Madrid 2014, p. 229.

No se trata en este apartado de entrar a efectuar valoraciones sobre la conveniencia o no de esta posibilidad; sino más bien, de mencionarla y poner de manifiesto que junto a la persona física que la represente la persona jurídica será sujeto activo del delito⁴⁸⁶. Variando la situación que hasta ese momento había de la aplicación de consecuencias accesorias⁴⁸⁷ a una pena como sujeto activo de un delito.

El autor material del delito será quien realiza el tipo de acción⁴⁸⁸ como diferencia necesaria entre el concepto material y legal de autor⁴⁸⁹. Distinguiéndose así el autor de los partícipes. Sin

⁴⁸⁶ Véase, por todos, Carbonell Mateu, J. C.: "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su "dogmática" y al sistema de la reforma de 2010" en *CPCr*, Nº 101 2010, p. 16. El autor expone los dos presupuestos para castigar a la persona jurídica, como son: la comisión de un delito por cuenta o en provecho de la sociedad por parte de la persona física que la representa, o que el delito lo haya cometido por persona física en el ejercicio de actividades sociales, que se verifiquen por cuenta y en provecho de aquellas. Si bien el régimen ha cambiado tras la reforma de CP operada en 2015, castigando los supuestos mencionados, pero cuando exista un "debido mecanismo de control", sobre esta cuestión, véase, González Cussac, J. L.: "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quáter y quinquies" en *Comentarios a la reforma del Código Penal*, VV. AA. director: González Cussac, J. L., 2ª ed. Valencia 2015, p. 157.

⁴⁸⁷ Véase, en este sentido, Cervelló Donderis, V.: "Consecuencias accesorias" en *Diccionario de Derecho Penal económico*, VV. AA. Director: Boix Reig, J., Madrid 2008, pp. 230 y 231.

⁴⁸⁸ Vid. Górriz Royo, Elena Mª: *El concepto de autor en derecho Penal*, Valencia 2008, p. 68.

⁴⁸⁹ Véase, por todos, Cobo del Rosal, M.- Vives Antón, T. S.: *op. cit.* p. 733.

que sea muy factible diferenciar, en este tipo de delitos, el autor del sujeto activo, a pesar de las dispares teorías doctrinales al respecto⁴⁹⁰.

Hay quien considera que la mayor parte de los delitos económicos son delitos especiales en los que el autor es la persona jurídica como autor y los administradores y representantes en principio serían *extraneus* porque solo en la persona jurídica concurren las condiciones subjetivas de autoría, aunque con las cláusulas de transferencias de responsabilidad - de actuar en nombre de otro -, acaban siendo, también, autores del delito.⁴⁹¹ Se llega a la misma conclusión pero por otra vía⁴⁹². En todo caso, no compartimos el concepto apuntado de *extraneus*, limitándolo a quienes no ostentan la condición de fabricantes o comerciantes cuyos productos o servicios se publicitan. Es decir, que si la configuración como delito especial es la que describe una conducta que solo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos⁴⁹³, si utiliza la expresión "el que" será común aunque se

⁴⁹⁰ Vid. Górriz Royo, E. M^a: *op. cit.* pp. 73 y ss. La autora realiza un excelente análisis de las diferentes teorías al respecto.

⁴⁹¹ Vid. Silva Sánchez, J. M^a: "Teoría del delito y Derecho Penal económico-empresarial" en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Directores: Sánchez Silva, J. M^a y Miró Llinares, F., Madrid 2013, pp. 57 y 58.

⁴⁹² La que se expuso sobre la posibilidad de ser sujeto activo las personas jurídicas y sus administradores.

⁴⁹³ Vid. Mir Puig, S.: *Derecho Penal. Parte General, op. cit.* p. 236.

dé en el ámbito de la delincuencia económica. En el caso que nos ocupa el delito es especial, tal y como ya hemos apuntado, por requerir que el autor sea "fabricante o comerciante".

Este apartado requiere la referencia a la posibilidad de participar en el delito por quienes no ostentan la condición exigida por el tipo. Si ya se ha establecido que la publicidad engañosa es un delito especial propio, ahora es necesario valorar la posibilidad de participación por otras personas (físicas o jurídicas) y los supuestos en los que se podrá considerar posible.

La participación de la persona que no ostenta la condición que hace que el delito sea especial, es una cuestión aceptada por la doctrina penal y por la jurisprudencia.

Así pues, esta situación aparecerá como posible en la medida que se contribuya al injusto típico por quien - como ya se ha dicho - no tiene la condición requerida por el delito⁴⁹⁴.

⁴⁹⁴ Vid. Díaz y García-Conlledo, M.: *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona 1991, pp. 149 y 150.

También la jurisprudencia ha admitido, reiteradamente, la participación del *extraneus* en los delitos especiales⁴⁹⁵.

Tras la Ley General de Publicidad, el agente de publicidad que diseñó el estatuto de la Publicidad de 1964 - profesión regulada a través del Decreto del Ministerio de Información y Turismo 466/1972 -, pasan a ser las agencias de publicidad, definidas en el artículo 10 como aquellas personas naturales o jurídicas que se dedican profesionalmente y de manera organizada a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta del anunciante⁴⁹⁶.

La propia agencia de publicidad es la que tiene responsabilidad directa en el pago ante el medio en el que se emite el acto publicitario⁴⁹⁷.

Es decir, que la función que realizan es absolutamente trascendental en una campaña publicitaria. La diseñan⁴⁹⁸ y establecen el contacto con los medios a través de los cuales se va a difundir el anuncio o campaña publicitaria.

⁴⁹⁵ Vid. SSTS 20/05/1996; nº 1231/1999 de 26 de julio (EDJ 19391); nº 1336/2002 de 15 de julio (EDJ 29076), entre otras.

⁴⁹⁶ Vid. Sebastián Pardos, V. y De Sebastián Chena, V. J.: "Efectos parciales de la nueva Ley General de Publicidad" en *La Ley*, nº 2 1989, p. 1.048.

⁴⁹⁷ Vid. Sebastián Pardos, V. y De Sebastián Chena, V. J.: *op. cit.* p. 1.048.

⁴⁹⁸ El término debe comprender la ideación, creación y plasmación del anuncio o campaña.

Esta actividad descrita puede suponer la participación en el delito de publicidad engañosa. Para ello necesitamos partir de unos supuesto que se exponen a continuación.

El primer supuesto será el que la agencia de publicidad acepta diseñar el anuncio o campaña publicitaria sabiendo la falsedad de las alegaciones; tal y como le ha trasladado el fabricante o comerciante. En este caso, la cuestión debe resolverse con la consideración de aquella como cooperación necesaria⁴⁹⁹. Sin la creación del anuncio o campaña no se habría llevado a cabo el delito; por tanto, difícilmente conciliable con la complicidad⁵⁰⁰.

Un segundo supuesto será el que el fabricante o comerciante no tenga pensada un determinado contenido de la publicidad, y es la agencia publicitaria la que le propone el contenido fraudulento, aceptando el anunciante que así sea. Nos encontraríamos ante un supuesto de inducción, pues, es la propia agencia la que ha despertado en el autor material la idea de la comisión del

⁴⁹⁹ Mapelli Caffarena, B.: *op. cit.* p. 54. Se muestra contraria a esta teoría Puente Aba, L. M^a: *op. cit.* pp. 385 y 386, considera que será autora, la agencia de publicidad, por la transferencia de responsabilidad prevista en el art. 31 del CP.

delito⁵⁰¹. Si a continuación ésta fuera la encargada de diseñarla, la figura sería la misma que la comentada anteriormente, es decir, de cooperación necesaria por su contribución al hecho.

Un tercer supuesto sería el que la agencia no tenga conocimiento de la falsedad del mensaje. En este caso, debemos considerar que la agencia de publicidad no tendría responsabilidad penal alguna.

Por último, el supuesto de la creación de una publicidad fraudulenta por parte de la agencia, sin conocimiento del anunciante. En este caso, se apuntó por algún autor de la doctrina penal que sería un hecho impune. Este resultado es consecuencia de la falta de dolo por parte del fabricante o comerciante, y de que la agencia de publicidad no ostenta la condición típica exigida⁵⁰². Aunque hay quien ha considerado en este tipo de supuestos que se podría castigar a la agencia de publicidad en virtud del art. 31 del CP; por el hecho de considerar que actúan en nombre de otro⁵⁰³. Esta figura está prevista para los casos en los que una persona representa, como administrador,

⁵⁰⁰ En este sentido, Portero Henares, M.: *El delito publicitario...* op. cit. pp. 371 y 372.

⁵⁰¹ Vid. Gómez Rivero, M^a C.: *La inducción a cometer el delito*, Valencia 1995, p. 167.

⁵⁰² Vid. Mapelli Caffarena, B.: op. cit. p. 54.

⁵⁰³ Vid. Cugat Mauri, M.: op. cit. p. 1.188.

a una persona jurídica, o una persona física⁵⁰⁴. Parece una figura más cercana a la sustitución en las funciones que le son propias, por su actividad, a la persona sustituida. En el caso de las agencias de publicidad su competencia es entrar en contacto con los medios donde se va a emitir el mensaje, dicho de otra forma, no actúa en nombre de otro.

Por último, apuntar la actual regulación del art. 65.3 tras la reforma de llevada a cabo por la LO 5/2010 de 22 de junio, que prevé una atenuación de la pena para el *extraneus* que participa en un delito especial, y que se podría castigar con la pena inferior en grado⁵⁰⁵.

5.- ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONCURSOS DE DELITOS Y DE LEYES Y A LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA.

La cláusula final del delito "sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos" es una clara voluntad del legislador

⁵⁰⁴ Vid. Fernández Teruelo, J. G.: *Estudios de Derecho Penal económico*, Madrid 2002, pp. 28 y 29.

⁵⁰⁵ Vid. Rueda Martín, M^a A.: "La punición del partícipe *extraneus* en el delito especial y el art. 65.3 del Código Penal" en *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad*, VV. AA. director: Robles Planas, R., Buenos Aires 2014, p. 271. La autora define esta atenuación de la pena para el *extraneus* como "un tipo básico" por debajo de los delitos especiales a los que se puede referir la participación de *extranei*.

para aplicar del concurso de delito. Ciertamente es que no se necesita esa "autorización" para apreciarlo cuando quepa.

Lo que sí parece reforzar esta cláusula final es la idea de un bien jurídico de carácter colectivo que aquí se ha defendido. Es lógico pensar en la concurrencia del peligro con alguna materialización de un resultado lesivo, y con figuras que, aun siendo de peligro, tienen contornos parecidos y relacionados con el delito de publicidad engañosa.

Así pues, y como punto de partida procede ocuparse, en primer lugar, por el concurso con el delito de estafa. Éste protege el patrimonio individual de las personas, por tanto, uno distinto al tutelado en el de publicidad engañosa. La distinta protección permite la consideración de un concurso de delitos cuando ambos concurren.

Tal afirmación viene sustentada por la práctica totalidad de la doctrina penal⁵⁰⁶, considerando la mayoría el concurso medial⁵⁰⁷.

⁵⁰⁶ Vid. González Rus, J. J.: "Publicidad engañosa" *op. cit.* p. 602; García Sánchez, I.: *op. cit.* p. 572; Sierra López, M^a V.: *op. cit.* p. 206; Carrasco Andriano, M^a M.: *La publicidad engañosa y el Derecho Penal op. cit.*, p. 130; Moreno y Bravo, E.: *op. cit.* p. 133; Puente Aba, L. M^a: *op. cit.* p. 421; Portero Henares, M.: *El delito publicitario...* *op. cit.* p. 414; Rando Casermeiro, P.: "Publicidad engañosa" en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Volumen II, VV. AA. Director: Polaino Navarrete, M., Madrid 2011, p. 171; Doval País, A. y Anarte Borrillo, E.: *op. cit.*

El criterio jurisprudencial ha sido cambiante. Por un lado se ha considerado un concurso de normas penales cuando se produce el efectivo perjuicio patrimonial de alguna persona. Las SSTS nº 357/2004 de 19 de marzo (EDJ 14268) y nº 862/2014 de 2 de enero de 2015 (EDJ 2015/8572) consideran que el delito de publicidad engañosa queda absorbido por el delito de estafa en el caso indicado⁵⁰⁸. Sin embargo, en otras sentencias se ha considerado un concurso medial de delitos, así la STS nº 27/2009 de 26 de enero⁵⁰⁹, también la SAP Barcelona (Secc. 5ª) nº 77/2002 de 21 de marzo, SAP La Rioja (Secc. 1ª) nº 17/2003 de 12 de febrero.

Aquellas sentencias que consideran que la publicidad engañosa queda absorbida por la estafa incurrir en un error de valoración de ambos delitos. En primer lugar, porque si parten de la

p. 492; Bajo Fernández, M. y Bacigalupo Sagesse, S.: *op. cit.* p. 553; Macías Espejo, Mª B.: *op. cit.* p. 353.

⁵⁰⁷ Vid. Muñagorri Laguña, I.: *op. cit.* p. 130; Serrano González de Murillo, J. L.: "Delitos contra los intereses de económicos de los consumidores y estafa" en *La protección penal de los consumidores*, VV. AA. Madrid 2008, p. 621; Gómez Rivero, Mª C.: "La aplicación jurisprudencial..." *op. cit.* p. 14; Mapelli Caffarena, B.: *op. cit.* p. 96, el citado autor matiza que en la mayoría de los casos; González Tapia, Mª I.: *op. cit.* p. 114.

⁵⁰⁸ En este sentido señalar que hay quien considera el delito de publicidad engañosa una tentativa del delito de estafa, así Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, *op. cit.* p. 438, llegando a decir que es la publicidad engañosa es una figura penal innecesaria.

⁵⁰⁹ Aunque esta sentencia es absolutoria sí que reconoce la posibilidad de concurso de delitos entre ambas figuras.

idea de que en el perjuicio causado se ha materializado todo el peligro, resulta una opción contradictoria con lo establecido al respecto de la necesidad de que la publicidad engañosa sea general como cumplimiento del requisito "grave" (junto con el valor del producto o servicio), recordemos la STS de 357/2004 de 19 de marzo (EDJ 14268). Y en segundo lugar, por la consideración del bien jurídico que difícilmente se va abarcar uno supraindividual en uno de perjuicio patrimonial individual⁵¹⁰.

En los casos en los que la publicidad sea la que integra el total del engaño, en el momento de la adquisición de los productos y servicios por el consumidor⁵¹¹, podría entenderse un concurso medial. Ahora bien, en los casos en que aquella no integra el total del engaño de la estafa, parece que ésta no sea un medio necesario para la estafa, por cuanto no es capaz de asumir todo el desvalor de la conducta de la publicidad engañosa; por ello, en esos casos se debería castigar por concurso real de delitos⁵¹².

⁵¹⁰ Vid. Vidales Rodríguez, C.: *op. cit.* pp. 359 y 360.

⁵¹¹ Cuestión difícil de concebir debido a que la estafa requerirá una actuación más concreta sobre las personas que resultan perjudicadas.

⁵¹² Vid. Portero Henares, M.: *El delito publicitario... op. cit.* p. 413.

Solo la consideración de que la publicidad engañosa es la antesala de la estafa lleva a la jurisprudencia a considerar que queda absorbida por la última, lo que haría innecesario el delito publicitario en nuestro CP. La opción es rechazable por cuanto los bienes jurídicos protegidos son diferentes y el resultado no podrá abarcar - tal y como hemos afirmado -, en la mayoría de los casos por no decir en todos, el completo peligro del delito de publicidad engañosa.

Esta apreciación sirve, también, para los supuestos de tentativa de estafa que han sido los casos en los que el TS más ha considerado que la publicidad engañosa queda absorbida por la estafa⁵¹³.

Otro de los concursos que cabe analizar es el del mercado de valores. La referencia a este supuesto viene dada por la situación que ya se venía apuntando de las prácticas irregulares a nivel bancario, particularmente en los bancos en crisis⁵¹⁴.

Para hacer un estudio más concreto y práctico cabe ocuparse del caso BANKIA, que trata de la

⁵¹³ Vid. Gómez Rivero, M^a C.: "La aplicación jurisprudencial....." *op. cit.* p. 12.

venta de valores (acciones) habiendo publicitado una situación económica de la entidad que no responde a la realidad. En estos casos, la normativa del mercado de capitales se estructura sobre un pilar básico, cual es la protección del inversor basado en el principio de información, algo esencial para conseguir un mercado seguro y eficiente. De este modo, las decisiones inversoras se toman con pleno conocimiento de causa. Se impone a las entidades que ofertan tales valores prestar una información fidedigna, suficiente, efectiva, actualizada e igual para todos⁵¹⁵.

Para esa oferta pública de suscripción el legislador impone para dicha vía de financiación de las sociedades anónimas, un deber específico y especial de información, regulado de forma exhaustiva, cual es, la publicación de un "folleto informativo", confeccionado por el emisor, quien, a su vez, debe aportar a una autoridad pública, al caso, la CNMV, para ser aprobado y registrado como requisito indispensable para poder realizarse la oferta pública de suscripción (artículo 30 bis-2 LMV). Por consiguiente, el folleto informativo se revela como un deber esencial constituyendo el

⁵¹⁴ Vid. Rodríguez Mourullo, G.: *Estudios de Derecho Penal económico*, pamplona 2009, pp. 27 y ss.

⁵¹⁵ Así se pronunció la SAP Valencia (Secc. 9ª) nº 381/2014 de 29 de diciembre (EDJ 229294).

instrumento necesario e imperativo por el cual el inversor va a tener y conocer los elementos de juicio, necesarios y suficientes, para decidir la suscripción de tales acciones.

De la información suficiente que se debe dar al público, lo más relevante lo constituye la comunicación de *"los activos y pasivos, la situación financiera, los beneficios y pérdidas, así como las perspectivas del emisor (art. 27.1 LMV)"*, todo ello con el fin de que *"el inversor evalúe la situación económica de la sociedad anónima que le oferta pasar a ser accionista, determinante a la hora de decidir si invierte o no, es decir, suscribe tales valores ofertados públicamente"*.

Es cierto que la acción como instrumento financiero no es un producto de inversión complejo, por lo que en su suscripción o compra no son necesarias las exigencias que el legislador impone a los productos de mayor riesgo (por ejemplo los test de conveniencia⁵¹⁶). Pero lo que sí que es preciso y absolutamente necesario es que en la oferta pública de suscripción el emisor debe facilitar la información real y verídica sobre su situación financiera, para que el suscriptor pueda

⁵¹⁶ Son test sobre aspectos formativos de la persona para acreditar que comprende los riesgos del producto financiero.

formarse una verdadera y cierta composición de la realidad y prestar adecuadamente el consentimiento sobre si invertir o no en esas acciones.

Por lo tanto, es evidente la obligación legal y, por ende, contractual, que BANKIA tenía sobre los datos económicos y financieros que presentaba fueran reales, veraces, objetivos y actualizados, sin omitir ningún hecho que por su naturaleza pueda alterar su alcance.

De conformidad con lo que se acaba de decir, la entidad publicó el "FOLLETO INFORMATIVO" confeccionado por ella misma y que fue enviado a la CNMV para ser registrado a los efectos de poder realizarse la oferta pública de suscripción⁵¹⁷.

Es decir, se precisa que la información contenida en el folleto confeccionado por el emisor sea veraz, cierta, exacta y completa para que el inversor que se plantee adquirir las acciones a través de la oferta pública de suscripción pueda

⁵¹⁷ El art. 30 bis 2 de la Ley del Mercado de Valores señala: "2. No se podrá realizar una oferta pública de venta o suscripción de valores sin la previa publicación de un folleto informativo aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Reglamentariamente, se establecerán las excepciones a la obligación de publicar folleto en las ofertas públicas de venta o suscripción, en función de la naturaleza del emisor o de los valores, de la cuantía de la oferta o de la naturaleza o del número de los inversores a los que van destinados, así como las adaptaciones de los requisitos establecidos en la regulación de las admisiones que sean necesarios para las ofertas públicas".

formar su consentimiento contractual adecuadamente, sin que se forme una falsa representación mental de la realidad. Recuérdese, por otra parte, que el folleto informativo es realizado por la propia entidad emisora y que la veracidad y exactitud de los datos contenidos en él es responsabilidad suya, puesto que la CNMV simplemente publica el folleto para público conocimiento, sin que lo audite, verifique o controle. El mencionado folleto fue publicado.

En el momento actual constituye un hecho notorio que la información que la entidad emisora facilitó a los suscriptores era inexacta, falaz, incierta, incompleta, e incorrecta, informando sobre una inexistente sociedad solvente y con beneficios cuando en realidad lo que existía era una sociedad con pérdidas millonarias⁵¹⁸. En el folleto se publicitaban unos beneficios de 309 millones de euros frente a lo consignado realmente en las cuentas auditadas y finalmente depositadas por la propia entidad emisora en la que se determinaron unas pérdidas reales de 3.030 millones de euros. Datos que no han sido discutidos por la entidad emisora.

⁵¹⁸ Así lo han fallado, entre otras, las SSAP Valencia (Secc. 9ª) nº 381/2014 de 29 de diciembre (EDJ 229294) y nº 2/2015 de 07 de enero (EDJ 8277). Consideran que el resultado final contable auditado y real en el ejercicio 2011 fue radicalmente diferente del informado y publicado en el folleto.

Se han considerados como hechos igualmente probados, por parte de los tribunales, que el 4 de mayo de 2012, BANKIA remitió a la CNMV las cuentas anuales individuales y las cuentas anuales consolidadas del ejercicio 2011, si bien sin auditar. En tales cuentas se establecía un beneficio de 309 millones de euros. Sin embargo, pocos días después, la nueva dirección de la entidad solicitó la intervención de la misma a través del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, que adquirió el 100% de BFA y el 45% de BANKIA. El día 25 de mayo de 2012 BANKIA comunicó a la CNMV la aprobación de nuevas cuentas anuales del ejercicio de 2011, esta vez auditadas, en las cuales se reflejaban unas pérdidas de 3.031 millones de euros, por lo que la CNMV ese mismo día suspendió la cotización de las acciones de BANKIA en la Bolsa a petición de la propia entidad. Y el día 25 de mayo de 2012 BANKIA solicitó una inyección de 19.000 millones para su recapitalización.

Estos hechos revelan que estamos ante el mismo y único ejercicio social, 2011, de BANKIA SA y el folleto está registrado y publicitado a mediados de 2011 y el resultado final contable auditado de ese ejercicio, aprobado definitivamente y depositado públicamente, es radical, absoluta y completamente

diferente y diverso de lo informado y divulgado en el folleto.

La incorrección, inveracidad, inexactitud o los errores contables sobre esos datos publicitados en el folleto, nos lleva a concluir que la información económica financiera contable divulgada al público suscriptor, resultó inexacta e incorrecta, en aspectos relevantes, primordiales y sustanciales como son los beneficios y las pérdidas.

Estos hechos han dado origen a un procedimiento penal que instruye el Juzgado Central de Instrucción núm. 4, procedimiento 59/2012⁵¹⁹. El Auto del JCI de 4 de julio de 2012 que admite a trámite la querrela, lo hace por los delitos de estafa (arts. 248 en relación con el 252, delitos societarios y administración desleal 290, 291 y ss y 295, y por un delito para alterar el precio de las cosas del art. 284, todos ellos en concurso de delitos).

Se ha sostenido que este hecho que ha supuesto una publicidad fraudulenta respecto de la situación económica de la entidad emisora de los títulos valores, parece más propia del delito de

⁵¹⁹ Se dictaron las sentencias civiles citadas porque no se estimó la paralización de dichos procedimientos por prejudicialidad penal. Así lo estimó el AAP Valencia (Secc. 7ª) nº 217/2014 de 01 de diciembre (EDJ 211815).

maquinación para alterar el precio de las cosas y de estafa⁵²⁰.

Sin embargo, no hay que pasar por alto que el supuesto tendrá cabida en más de un precepto del CP. No se puede dejar de valorar el art. 282bis, que se ha venido entendiendo como una especie de publicidad engañosa para un sector muy específico de consumidores como son los de productos financieros en el mercado de valores⁵²¹.

Para la valoración penal de este supuesto, debemos hacer referencia al artículo 284 del CP tras la reforma de la LO 5/2010 castiga la manipulación informativa mediante la difusión de noticias o rumores de contenido económico falso, protegiendo, así, una correcta formación de los precios de cotización de un valor o instrumento financiero⁵²².

⁵²⁰ Así lo ha entendido Palma Herrera, J. M.: "Sobre la posible responsabilidad penal de Bankia, BFA y algunos de sus administradores por el tema de las preferentes" en *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, director: Miranda Serrano, L. M^a, Madrid 2015, p. 549.

⁵²¹ En este sentido, véase, Serrano González de Murillo, J. L.: *op. cit.* p. 608. Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte especial, op. cit.* p. 441 considera que es una tentativa de estafa o actos preparatorios de la misma.

⁵²² Vid. Feijoo Sánchez, B.: "Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares" en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, directores: Silva Sánchez, J. M^a y Miró Llinares, F., Madrid 2013 (La Ley), pp. 151 y 152.

Ahora bien, cabe plantearse si la información falsa que es capaz de producir el error en los consumidores es la recogida en los folletos que están obligados a emitir, o por el contrario se realiza una publicidad distinta que es la que tiene entidad para producir el error en los consumidores. En el caso de ser la publicidad del folleto nos encontraremos ante un claro concurso de normas penales a resolver por el delito del art. 282bis y 284 (en su caso) a tenor de lo previsto en art. 8.1 CP. El segundo caso planteado es de difícil consideración, puesto que como ha quedado expuesto, la obligación que impone la LMV es la información sobre la situación económica de la entidad⁵²³, parece difícil que una publicidad diferente a la exigida normativamente especifique la situación económica de la entidad que emite los valores. Simplemente se limitará a publicitar su "solidez fiabilidad" sin más.

Parece complicado encajar, en los supuestos de adquisición de valores, el concurso de delitos con la publicidad engañosa, resolviéndose por el concurso de normas en el sentido que hemos apuntado.

⁵²³ Este ha sido el motivo por el que los tribunales civiles han declarado resuelto el contrato de compra de valores y condenan a BANKIA a devolver el dinero de la suscripción con los intereses legales desde aquel momento.

El delito contra la propiedad industrial merece también un análisis, pero para una mejor concreción práctica, nos centraremos en los casos de falsificación de una marca o denominación de origen. El segundo aspecto se dio en el caso juzgado por la SAP La Rioja (Secc. 1ª) nº 17/2003 de 12 de febrero (EDJ 48968) sobre una falsedad en la denominación de origen de unas botellas de vino. La sentencia condenó, entre otros, por el delito del art. 275 CP y por el de publicidad engañosa (en concurso de delitos). Esta sentencia fue casada por la STS nº 357/2004 de 19 de marzo (EDJ 14268) absolviendo del delito de publicidad engañosa por considerar que entra en concurso de normas con la estafa en grado de tentativa⁵²⁴, aunque sí consideró el concurso de delitos entre el que atenta contra la propiedad industrial y la estafa.

Si analizamos los bienes jurídicos que ambos delitos tutelan, la conclusión debe ser que protegen intereses diferentes. El de propiedad industrial será el de los competidores, aunque indirectamente también puede suponer una protección al consumidor, y el de publicidad engañosa al consumidor, aunque en este caso también puede proteger de manera indirecta al competidor. Sea

⁵²⁴ Aspecto del que ya nos hemos ocupado a la hora de hablar del concurso con estafa.

como fuere, y desde la perspectiva apuntada existen opiniones que se decantan por el concurso de delitos⁵²⁵.

Por último, merece una referencia el estudio del concurso con los delitos contra la salud pública.

Los supuestos analizados por la doctrina penal en cuanto al aspecto concursal con estos delitos, se circunscribe a dos supuestos. El fraude de alimentos y el de medicamentos.

Por el que se refiere a medicamentos, los tipos penales en los que se hace referencia a indicación falsaria en su presentación o publicidad, son los de los arts. 362.1 b) y 362 bis.

Así, la primera figura delictiva indicada (art. 362.1 b)) castiga el hecho de elaborar o producir un producto sanitario que presente engañosamente una serie de elementos esenciales como son identidad, fecha de caducidad, nombre o composición de cualquiera de sus componentes, dosificación y origen del fabricante, país de fabricación y país de origen, así como el engaño de quien ostenta la autorización de su elaboración o producción. Esta

⁵²⁵ González Tapia, M^a I.: *op. cit.* p. 13; en el mismo sentido Portero Henares, M.: *El delito publicitario...* *op. cit.* p. 410; Puente Aba, L. M^a: *op. cit.* 437; Del Moral García, A.: *op. cit.* 124.

información, aparece en el envase y en el etiquetado. Por tanto, en el mismo lugar que en la mayoría de los casos de la "oferta" en el delito de publicidad engañosa que abarcaba los supuestos de etiquetado del producto.

El segundo supuesto (art. 362 bis) castiga como una de sus modalidades típicas quien anuncie o haga publicidad de los medicamentos conociendo su falsificación o alteración.

Nos encontramos con una conducta muy semejante, siendo ésta el engaño en la información de al consumidor sobre elementos esenciales y en el envase o etiquetado. No obstante, existen diferencias destacables entre uno y otro. El delito contra la salud pública (art. 362.1 b)) es un delito de peligro concreto, mientras que el de publicidad engañosa es de peligro abstracto⁵²⁶. El bien jurídico protegido es diferente en unos y otros⁵²⁷.

Estas premisas apuntadas han servido a la doctrina penal para pronunciarse sobre si estamos ante un concurso de delitos o de leyes.

⁵²⁶ Vid. Carrasco Andriano, M^a M.: *La publicidad engañosa..... op. cit.* p. 131.

⁵²⁷ Vid. Mapelli Caffarena, B.: *op. cit.* p. 97.

Los autores que han considerado el concurso de delitos llegan a la conclusión referida por la protección otorgada por el legislador en estadios diferentes, al tratarse de delitos de peligro abstracto (publicidad engañosa) y peligro concreto (contra la salud pública); por tanto, no siempre el peligro concreto absorbería el peligro abstracto para poder aplicar el concurso de leyes por consunción (art. 8.3 CP), entendiendo que el concurso ideal recogería todo el desvalor del comportamiento⁵²⁸.

Otra de las cuestiones que han llevado a algunos autores a considerar el concurso de delitos es el diferente bien jurídico que protegen. El delito de publicidad engañosa es el interés económico de los consumidores, y los que afectan a los medicamentos protegen la salud pública⁵²⁹. Por tanto, no siempre se va a afectar a la salud pública con medicamentos, sino que habrá supuestos en los que se afectará a ésta a través de otros productos diferentes⁵³⁰.

⁵²⁸ Así lo expresa, Carrasco Andrino, M^a M.: *La publicidad engañosa y el Derecho Penal..... op. cit.* p. 131; Sánchez García, I.: *op. cit.* p. 572; González Rus, J. J.: "Delitos relativos al mercado y a los consumidores" *op. cit.* p. 808; Bajo Fernández, M. y Bacigalupo Sagesse, S.: *op. cit.* p. 553.

⁵²⁹ Véase, Mapelli Caffarena, B.: *op. cit.* p. 97. matiza el citado autor que será el concurso ideal la solución más idónea; Macías Espejo, M^a B.: *op. cit.* p. 360. En contra Puente Aba, L. M^a: *op. cit.* p. 429, que considera que tratándose de la adquisición de esos medicamentos también se afecta al patrimonio.

⁵³⁰ Vid. Carrasco Andrino, M^a M.: *La publicidad engañosa y el Derecho Penal..... op. cit.* p. 132.

Otra posición de la doctrina penal española es la de considerar un concurso de leyes penales⁵³¹. Si bien hay quien ha matizado más este aspecto y considera que el concurso de leyes se producirá siempre que el tipo haga referencia a publicidad o engaño, aunque ésta sea en su envase o producto, pues, en esos casos la publicidad engañosa ya estará absorbida por el delito contra la salud pública. Pero en el caso de ser un delito contra la salud pública que el propio tipo de ésta no haga referencia a algún tipo de publicidad, se estará ante un concurso real de delitos⁵³². O bien en los supuestos en los que la publicidad engañosa excede la referencia a los elementos que relaciona el art. 362.1 b) habrá concurso de delitos⁵³³. Sin embargo, parece que los delitos contra la salud pública ya recogen referencias a la publicidad y, por tanto, quedarían incluidas cualquier conducta publicitaria, presentándose un concurso de normas a resolver por el principio de especialidad a favor del delito contra la salud pública⁵³⁴.

No hay que olvidar que el actual art. 362 bis CP (anterior 361.1,3º CP) ya describe el hecho de anunciar o hacer publicidad de los medicamentos sin

⁵³¹ Vid. Muñagorri Laguía, I.: *op. cit.* p. 131; Doval Pais, A. y Anarte Borralló, E.: *op. cit.* p. 492.

⁵³² En este sentido se Sierra López, Mª V.: *op. cit.* p. 215.

⁵³³ Vid. Puente Aba, L. Mª: *op. cit.* p. 429. En el mismo sentido, Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial op. cit.* p. 307.

⁵³⁴ Vid. González Tapia, Mª I.: *op. cit.* pp. 121 y 122.

mayor precisión a los aspectos a los que se debe hacer referencia.

La otra cuestión relativa a los delitos contra la salud pública es la que hace referencia al art. 363.1 y 3 CP de los llamados fraude de alimentos. Aquí la conducta típica, entre otras, consiste en "ofrecer" en el mercado productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en la respectiva normativa sobre caducidad o composición. También "vender" bebidas o comestibles destinados al consumo público y dañinos para la salud.

En este caso, la doctrina penal española se sustenta en las mismas premisas a la hora de considerar el concurso de delitos o el de leyes. Así, consideran concurso de delitos por la afectación a bienes jurídicos distintos⁵³⁵. También quien considera que la conducta de estos delitos no abarca la del delito de publicidad engañosa y, por ello, hay que atender al concurso de delitos⁵³⁶.

⁵³⁵ Vid. Mapelli Caffarena, B.: *op. cit.* pp. 96 y 97; Sánchez García, I.: *op. cit.* p. 572; Bajo Fernández, M. y Bacigalupo Sagesse, S.: *op. cit.* p. 553; González Rus, J. J.: "Delitos relativos al mercado y a los consumidores" *op. cit.* p. 808; Morales Prats, F.: "Comentario al art. 282" *op. cit.* p. 887; Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial, op. cit.* p. 307; Del Moral García, A.: "La protección del consumidor frente a la actividad publicitaria; perspectiva penal" en *Protección penal de los consumidores y usuarios*, manuales de formación continuada, CGPJ, nº 15 2001, p. 124.

⁵³⁶ Vid. Carrasco Andrino, M^a M.: *La publicidad engañosa y el derecho penal...**op. cit.* p. 132; Macías Espejo, M^a B.: *op. cit.* p. 362; Portero Henares, M.: *op. cit.* p. 417.

Por último, la posición doctrinal que considera que estamos ante un concurso de leyes a aplicar el delito de fraude alimentos por principio de especialidad⁵³⁷.

Una vez tratados los concursos, tanto de delitos como de leyes, cabe ocuparse de aspectos penológicos. Una primera cuestión es la posibilidad e apreciar el delito continuado siempre que sea en virtud de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión⁵³⁸.

Los casos en los que la publicidad sea la misma solo que emitida en días diversos, o se mantenga en otro tipo de medio - a lo largo del tiempo - supondrá la permanencia del mismo delito y no será posible la apreciación del referido delito continuado⁵³⁹. También nos encontraremos ante el mismo hecho en los casos en los que el sujeto activo realice varios encargos a una imprenta sobre el mismo producto, excluyendo, en este caso, la aplicación de la continuidad delictiva⁵⁴⁰.

⁵³⁷ Véase, Doval país, A. y Anarte Borrillo, E.: *op. cit.* p. 492; González Tapia, I.: *op. cit.* p. 122; Sierra Valle, M^a L.: *op. cit.* p. 219, considera la citada autora que habrá concurso de leyes siempre que la publicidad recaiga sobre el objeto material que recoge el art. 363 CP.

⁵³⁸ Vid. Macías Espejo, M^a B.: *op. cit.* p. 373.

⁵³⁹ Vid. Choclán Montalvo, J. A.: *El delito continuado*, Madrid 1997, p. 81.

⁵⁴⁰ Vid. González Tapia, M^a I.: *op. cit.* pp. 112 y 113.

No es posible el delito masa porque éste se aplica solo a las infracciones contra el patrimonio⁵⁴¹, pues, aunque se dirija contra un sujeto pasivo plural el bien jurídico es de carácter individual⁵⁴², esta precisión ya hace excluir su aplicación en el delito de cuyo estudio nos estamos ocupando. Una segunda objeción, aunque innecesaria, radica en la idea del *bis in idem*, es decir, que si el delito masa requiere que afecte a una pluralidad de personas, es precisamente uno de los requisitos del delito de publicidad engañosa, que se dirija de un modo general a los consumidores. Pero en todo caso, y como reiteración de lo dicho no es necesario recurrir a este argumento para rechazar la aplicación del delito masa al estar configurado para lesiones de bienes jurídicos individuales.

Por último, señalar que no corresponde castigar a los medios en los que se difunde o transmite la publicidad, a través de la responsabilidad en cascada que regula el art. 30 del CP. Aunque el texto legal no expresa a qué tipo de delito debe aplicarse, pero no parece que deba hacerse a todos

⁵⁴¹ Vid. Muñagorri Laguía, I.: *op. cit.* p. 129; Macías Espejo, M^a B.: *op. cit.* p. p. 374.

⁵⁴² Véase, por todos, Cervelló Donderis, V.: "Sujeto pasivo masa y fraude colectivo" en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al profesor Manuel Broseta Pons*, VV. AA., Tomo I Valencia 1995, p. 704. La autora hace una excelente diferenciación entre bienes

aquellos que han utilizado este medio⁵⁴³, sino más bien a los tradicionalmente considerados en estos casos como honor, intimidad y la apología⁵⁴⁴. También porque los anunciantes ya encajarían en el primer punto⁵⁴⁵.

Se ha propuesto que para solucionar estos problemas interpretativos se debería regular, este tipo de responsabilidad en cascada, en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico⁵⁴⁶.

No podemos olvidar una referencia a la pena, respecto de si la misma es proporcionada entre el valor de la libertad personal afectada por ésta y los bienes atacados por el delito, para así evitar la divergencia entre la normatividad y eficacia de la protección penal de los bienes⁵⁴⁷.

Se ha justificado la presencia de la pena privativa de libertad, aunque ésta sea corta, como prevención especial para conseguir un efecto

jurídicos colectivos y bienes individuales pero que afectan a una pluralidad de personas.

⁵⁴³ Vid. Terradillos Basoco, J.: *Derecho Penal de la empresa op. cit.* p. 186.

⁵⁴⁴ Vid. Cugat Mauri, M.: *op. cit.* p. 1,190.

⁵⁴⁵ Vid. Puente Aba, L. M^a: *op. cit.* p. 415.

⁵⁴⁶ Así lo propone, Macías Espejo, M^a B.: *op. cit.* p. 344.

⁵⁴⁷ Vid. Ferrajoli, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10^a ed. Madrid 2011, p. 477.

intimidatorio en los delitos socioeconómicos que no consigue la pena de multa⁵⁴⁸.

La pena sí parece adecuada y proporcionada, pues, estamos en presencia de un delito de peligro abstracto, que además si fuera en grado de tentativa con un alejamiento del peligro para el bien jurídico, la pena de prisión sería inferior a seis meses y, por tanto, parece proporcionada⁵⁴⁹. Además, la pena privativa de libertad puede que no tenga la consecuencia inmediata del ingreso en prisión por su posibilidad de suspensión, y la de multa puede resultar inferior a la prevista en vía administrativa (TRLDCU)⁵⁵⁰.

Un último apunte que debe hacerse es sobre la posibilidad de la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales o cualquier otro medio informativo (art. 288 CP). Esta opción a buen seguro causará una mayor intimidación que la simple multa, no así la pena privativa de libertad que siempre comporta, en mayor medida, ese efecto. Ver

⁵⁴⁸ Vid. Sánchez García, I.: *op. cit.* p. 572. La autora considera que en los casos de multa las empresas hasta las podrían reflejar en el balance de pérdidas; también se muestra favorable, Bueno Arús, F.: *op. cit.* pp. 304 y 305.

⁵⁴⁹ Vid. Gómez Rivero, M^a C.: "La aplicación jurisprudencial del delito..." *op. cit.* p. 17, sostiene la procedencia del castigo del delito incluida la tentativa de éste.

⁵⁵⁰ En este sentido se ha expresado Terradillos Basoco, J.: "La protección penal del inversor" en *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, VV. AA. Coordinador: García Rivas, N., Cuenca 2005, p. 155.

aparecer el nombre del sujeto activo en los citados medios por un delito de publicidad engañosa le causará una ausencia de credibilidad, por parte de los consumidores, en sus productos o servicios y, en consecuencia, una disminución de sus ventas.

6.- TOMA DE POSICIÓN.

El objeto material del delito, entendido como sobre aquél en que recae la acción, lo constituye todo producto entendido como bien o cosa que incorpora valor económico. En este caso incluimos cualquier variedad, tanto los que se fabrican como los que se producen y se ponen a la venta. Esta interpretación es consecuencia de lo dispuesto en el art. 5 del TRLDCU a la hora de definir al productor. Y los servicios que son aquellas prestaciones humanas de actividades para atender las necesidades de los consumidores. Además, deben ser los productos o servicios de los fabricantes o comerciantes.

El sujeto pasivo del delito queda limitado a los consumidores entendidos como la generalidad que realmente son. Y debemos considerar la definición legal de consumidor que da la LGDCU - ahora en su texto refundido - como aquel destinatario final de los productos o servicios, ya sea persona física o

jurídica, y que no le dará una finalidad profesional o lucrativa derivada de su negocio, oficio o profesión. El criterio jurisprudencial acompaña esta premisa por cuanto ha archivado procedimientos judiciales por ser los competidores los querellantes sin que puedan ser considerados el sujeto pasivo. Si bien es cierto que iniciado, aunque fuera por una querrela de quien no es sujeto pasivo, se podrían haber continuado los procedimientos si el Ministerio Fiscal hubiera acusado por afectar a una generalidad de personas como son los consumidores, pero no lo hizo así y el principio acusatorio que rige nuestro proceso penal obliga a no continuar con el procedimiento.

Por tanto, y en resumen, el sujeto pasivo será cualquier persona en cualquier momento, porque todas ellas están en condiciones de realizar actos de consumo en distintos momentos del día.

Es de mera actividad por cuanto solo necesita la realización del tipo y no requiere que a la acción vaya seguida la causación de un resultado. Y será permanente en los casos en los que la publicidad se mantenga en contacto con los consumidores, un ejemplo de lo dicho son las campañas publicitarias que consisten en mantener la publicidad del mismo producto o servicios durante un tiempo.

La conducta consiste en hacer alegaciones falsas o manifestar características inciertas, es decir, a través de la publicidad que debe ser entendida en sentido amplio englobando toda representación ya sea escrita, gráfica, sonora o en imágenes, o en las propias ofertas que puedan incorporar los propios productos en sí mismos. La amplitud interpretativa, que en ningún caso supone hacerla extensiva en contra del reo, servirá para que la tutela pretendida por el legislador despliegue su efecto con eficacia. Todo ello, amparado en una aportación del contenido de los términos típicos que se encuentran en otras ramas del Derecho.

Continuando con la conducta, ésta consistirá en la emisión de un mensaje publicitario falaz sobre aspectos relevantes o esenciales del objeto material del delito, porque solo así será capaz de poder producir el error en los consumidores. Si no lo fuera, la publicidad falsa no tendría entidad para integrar el delito de publicidad engañosa.

Para poder castigar a través del art. 282 CP no bastará con lo que acabamos de exponer, además será necesario que vaya dirigido a una generalidad de personas, no a un grupo reducido, y que el valor económico del producto o servicio tenga cierta entidad, pues, no será capaz de sustentar un peligro grave a los consumidores sino tiene un

valor económico de cierta importancia. Por tanto, será apto para producir un perjuicio grave al sujeto pasivo cuando tenga un cierto valor relevante y esté dirigido a una generalidad, como son los consumidores, utilizando los medios que puedan cumplir con ese cometido. También debe tener el componente de manifiesto, es decir, que sea perceptible para las personas, al igual que se interpreta, ese mismo término típico, en otros preceptos del CP.

La conducta, por tanto, consistirá en transmitir a los consumidores un mensaje falso sobre algún elemento relevante del producto o servicio y que éste tenga un valor económico de cierta importancia.

Se trata de un delito doloso que admite el dolo eventual. La descripción típica ha variado desde los primeros proyectos de CP que recogían el término "intencionadamente" excluyéndolo en consecuencia; no así en la actualidad que lo admite por no existir una descripción del precepto que lo descarte. Además, el dolo debe abarcar el conocimiento de la falsedad del mensaje publicitario, esto es, que sea consciente de la diferencia objetiva que existe en aspectos relevantes entre lo manifestado por mensaje y el producto o servicio. Y además, el elemento

subjetivo del injusto respecto del perjuicio grave que puede producir a los consumidores.

Tal y como ya hemos dicho, nos encontramos con un delito de mera actividad que se consumará en el momento de transmisión de la publicidad a los consumidores, por tanto bastará que éstos entren en contacto con ella. No es necesario, por ello, que los productos o servicios estén a disposición de ser adquiridos. Esta conclusión viene por la propia configuración del delito como de peligro abstracto. La redacción del precepto penal exige que la publicidad falsa pueda causar un peligro grave y manifiesto a los consumidores. Si fuera necesario para la consumación del delito que los productos o servicios estén a disposición de ser adquiridos por los consumidores estaríamos en presencia de un delito de peligro concreto y, por tanto, de resultado. Es decir, un efecto separado del núcleo de la conducta típica y causalmente conectado con ella. Sin embargo, el delito no requiere esta consecuencia sino que le basta con que la publicidad falsa haya sido transmitida a los consumidores, eso sí, con aptitud para causar un perjuicio grave y manifiesto.

Las fases previas a esta difusión apuntada como momento consumativo serían, básicamente, dos: la de ideación del mensaje publicitario fraudulento y la

de remitirlo al medio que lo va a difundir. La primera quedaría englobada en los actos preparatorios del delito que en este caso son impunes; la segunda supondría el inicio de actos de ejecución de la conducta típica, por tanto, la fase de la tentativa. Ésta solo quedaría en su concepto de inacabada por no haberse practicado todos los actos, pues, llegado el momento del envío al medio de difusión la continuación de la conducta típica escapa al dominio del autor y queda en manos de terceras personas.

Una vez consumado el delito el plazo de prescripción comenzará desde que ya no está presente el mensaje publicitario fraudulento, mientras tanto estaremos en presencia de una situación de antijuridicidad y afectación al bien jurídico protegido.

El sujeto activo queda limitado a aquellos que tienen la condición de fabricantes o comerciantes, es decir, una concepción amplia que incluye a todos los empresarios y profesionales que ponen a disposición de los consumidores sus productos o servicios. Precizando más, son los verdaderos anunciantes de los productos o servicios que se distribuyen en el ámbito económico de mercado llegando, de esta manera, a los consumidores. Se trata, por tanto, de un delito especial propio

porque no existe un correlativo para aquellos que no ostentan la condición exigida por el tipo penal.

El autor material del delito solo podrá ser quien detente la condición referida cuyos productos son objeto del mensaje publicitario, es decir, el anunciante. Esta posición deriva del contenido de objeto material que se ha mantenido, y de la exclusión de las agencias de publicidad como posibles autores materiales del delito.

Quedan excluidas las agencias de publicidad por cuanto no son sus productos o servicios los publicitados, aunque pudieran tener la consideración de comerciantes. Esta afirmación es consecuencia de considerar el objeto material tal y como se ha hecho anteriormente.

El sujeto activo podrá ser tanto persona física como jurídica. Entendiendo que cuando sea una persona jurídica también lo será la persona física que la representa, considerando este término en el sentido mercantil del administrador.

La definición como delito especial propio supone que sí es posible la participación del *extraneus*. Las agencias de publicidad serán los supuestos más habituales en estos casos. Por tanto, la posibilidad de participar como cooperador necesario

se dará en los casos de elaboración de la publicidad fraudulenta que se ha ideado a instancias del autor material. No resulta plausible la consideración, en estos casos, de complicidad, pues, la profesionalidad de éstas las hace necesarias para elaborar el mensaje con la gran efectividad de impacto en los consumidores, tal y como pretenderá el anunciante.

Los supuestos en los que la propia agencia despierta en el fabricante o comerciante la idea de acometer una publicidad fraudulenta será una inducción a cometer el delito. Pero si a continuación, el mismo agente elabora el mensaje también será cooperador necesario. Habrá que elegir castigar como inductor o como cooperador necesario, aunque la pena sea igual. Parece más apropiado, en ese supuesto, por la cooperación necesaria por su contribución al hecho.

Se les puede aplicar la pena inferior en grado por lo dispuesto en el art. 65.3 CP

Por último, los casos en los que la agencia de publicidad elabora un mensaje fraudulento sin conocimiento del anunciante (fabricante o comerciante) la conducta no será castigada. Ni siquiera por aplicación del art. 31 por cuanto no actúan en nombre de otro, sino que realizaba actos

propios de su profesión como es idear la publicidad y contactar con los medios que la van a difundir, y, por ello, habría sido impune. La actuación en nombre de otros que exige el art. 31 CP es aquella en la que hay una verdadera sustitución de las funciones profesionales de la persona sustituida.

Respecto de los concursos, el delito de publicidad engañosa entrará en concurso de delitos con el de estafa cuando se haya producido un efectivo perjuicio patrimonial a las personas, aunque sea a una pluralidad propia del delito masa. La diferencia de bien jurídico protegido junto a la diferente descripción típica aboga por esta consideración.

El planteamiento del concurso medial de delitos será una solución aceptable cuando la publicidad sea el total integrante del engaño porque podría considerarse que ha sido un medio necesario. Aunque en este caso, la conducta siempre excede a la de la publicidad engañosa, por cuanto la estafa requiere una adquisición de los bienes o servicios. En los supuestos en que la publicidad no integre el total del engaño no será medio necesario y se tratará de un concurso real de delitos, por cuanto no será capaz de asumir todo el desvalor de la conducta de la publicidad engañosa.

La tentativa de estafa no difieren de lo aquí apuntado, pues, no porque se encuentre en la fase intentada la publicidad engañosa va a quedar absorbida por dicho delito. Seguirá manteniendo su autonomía por afectación a bien jurídico distinto y conducta que no es igual que la estafa.

Por lo que respecta al mercado de valores (caso BANKIA) la obligación de emitir folletos informativos con la realidad de la situación económico-financiera de la entidad emisora supondrá, en el caso de que sea falsa, una aplicación de los arts. 282bis y posiblemente 284 (al margen de otros posibles delitos como, por ejemplo, el de estafa). Nos encontraremos ante un concurso de leyes a resolver por el delito del art. 282bis por aplicación del art. 8.1 del CP. Resulta difícil concebir un caso en que la publicidad sobre la situación económico-financiera de la entidad se represente en algún otro momento que no sea el del folleto, por tanto, el concurso de delitos resulta inviable.

Es aceptable el concurso de delitos con el que afecta a la propiedad industrial (art. 274 CP) por cuanto se protegen bienes jurídicos diferentes y la conducta no es coincidente, pues, una cosa es la propia indicación de una denominación de origen falsa y otra la publicidad que se utiliza para la

venta del producto, donde también existirá la falsedad del origen del producto.

Por último y respecto de los delitos contra la salud pública, cuando se trate de medicamentos será concurso de leyes porque el tipo del art. 362bis ya contempla la conducta de anunciar o hacer publicidad de medicamentos sin precisar sobre qué aspectos o en qué medios, pudiendo englobarlos todos. En los casos de alimentos, también es coincidente la conducta consistente en ofrecer o vender llevándonos al concurso de leyes a resolver a favor del fraude de alimentos por el principio de especialidad.

Por lo que atañe a la penalidad, nos manifestamos conformes con la posibilidad de aplicar el delito continuado. Pero, esto no será posible en aquellos hechos que respondan a una misma campaña publicitaria, es decir, que durante un tiempo se mantendrá se publicitará el mismo producto y con las mismas alegaciones. En este caso, estamos ante la permanencia del delito, pero no responderá a la sucesión comisiva de delitos en virtud de un plan preconcebido.

No cabe aplicar el delito masa por cuanto éste es para los tipos que protegen bienes jurídicos individuales como, por ejemplo, la estafa. La

definición de un bien jurídico colectivo, como es en el caso del delito de publicidad engañosa, impide su apreciación. Además, el art. 282 CP

La pena prevista en el art. 282 CP es proporcionada porque la privación de libertad llega hasta un año, susceptible de ser suspendida su ejecución, y la de multa no resulta especialmente intimidatoria para los sujetos que actúan en un ámbito empresarial. La posibilidad de publicar la sentencia en periódicos oficiales u otros medios informativos sí tiene la consistencia de intimidar al sujeto activo. El hecho de ver su nombre en los citados medios como condenado por un delito de publicidad engañosa, afectará, a buen seguro, a su fama y credibilidad en el mercado.

CONCLUSIONES.-

I

La economía de libre mercado imperante en nuestra sociedad propicia que las empresas tengan la necesidad de comercializar sus bienes y servicios. La técnica más eficaz para llevar a cabo este cometido no es otra que la publicidad. Se convierte, por tanto, en una herramienta necesaria que en origen es positiva para poder dar a conocer, a los consumidores, los diferentes productos y servicios que existen en el mercado.

II

La publicidad va desarrollando unas técnicas muy especializadas que llevan a sugestionar y, en algunos casos, a conducir la conducta de los consumidores a la hora de adquirir los productos y servicios.

III

Cuando la publicidad, además de las técnicas sugestivas y condicionantes, es engañosa la situación de riesgo para los consumidores es importante.

IV

El cambio de un Estado liberal a un Estado de Derecho propicia que éste intervenga para regular ámbitos económicos que eviten situaciones de desigualdad, y así cuidar de un sistema económico que le permita acometer gastos para el bien de los ciudadanos. Este principio hace que el Estado regule la protección de los consumidores, particularmente en cuanto a la publicidad engañosa por ser el tema que nos ocupa.

V

Las regulaciones extrapenales existentes en España son en el ámbito civil y administrativo. La dificultad del acceso a la vía judicial por parte de los consumidores para proteger sus derechos es grande. Los costes económicos de un pleito civil y

la necesidad de acreditar el perjuicio producido consiguen que el mayor porcentaje de asuntos sea la falta de especificación en las condiciones del producto o servicio.

VI

La intervención del Derecho Penal es necesaria para evitar una situación de desventaja, por parte de los consumidores a la hora de defender sus derechos afectados, ante el poder económico de las empresas. Esta parte será la que llevará a cabo el llamado Derecho Penal económico.

VII

Existe un reflejo constitucional de la protección de los consumidores que recoge el art. 51 CE.

VIII

El bien jurídico protegido es de carácter supraindividual y viene constituido por el derecho a una información veraz como instrumento que sirve de protección a los legítimos intereses económicos

de los consumidores, como una de las partes que son del mercado. Esta protección supondrá mantener el orden económico frente a los ataques más graves para el bien tutelado.

IX

El objeto material del delito, entendido como el objeto sobre el que recae la acción, lo constituye todo producto entendido como bien o cosa que incorpora valor económico; cualquier variedad, tanto los que se fabrican como los que se producen y se ponen a la venta. Y los servicios que son aquellas prestaciones humanas de actividades para atender las necesidades de los consumidores.

X

El sujeto pasivo del delito queda limitado a los consumidores considerados como la generalidad que realmente son. La definición de consumidor se concreta en el destinatario final de los productos o servicios, ya sea persona física o jurídica, y que no le dará una finalidad profesional o lucrativa derivada de su negocio, oficio o profesión

XI

La conducta típica consiste en hacer alegaciones falsas o manifestar características inciertas, contemplando, así, todas las posibles formas de representación, ya sean escritas, orales, gráficas, etc. esa información falsa debe recaer sobre los productos o servicios de los fabricantes o comerciantes que se ponen a disposición de los consumidores. Y que sea suficiente para generar un error en aquellos.

XII

La conducta típica se realizará a través de la publicidad entendida ésta como toda forma de comunicación realizada 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; o bien en las ofertas que son, también, los supuestos en los que el mismo producto lleva incorporada la información.

XIII

Solo se podrán castigar los ataques más relevantes, pues, se requiere que pueda causar un peligro grave y manifiesto a los consumidores. Es decir, por el valor económico del producto o servicio que se publicita además de la generalidad de personas a las que llega y los medios utilizados para difundir el mensaje, y, además, que sea perceptible para un grupo amplio de personas.

XIV

El sujeto activo es el fabricante o comerciante, es decir, aquella persona, física o jurídica, que es parte de ese ámbito mercantil y que va a poner a disposición del consumidor sus productos o servicios. Se trata de un delito especial propio en el que solo podrá ser autor quien ostente la condición mencionada, admitiéndose la participación del *extraneus*, siendo los casos más habituales las agencias de publicidad. En los casos en que la publicidad engañosa sea idea del sujeto activo aquellas actuarán a modo de cooperador necesario cuando diseñen la campaña publicitaria. Ahora bien, cuando la idea falsaria surja de la propia agencia y el anunciante (fabricante o comerciante) acepte la propuesta, las

primeras habrán participado como inductoras, pero si las realizan participarán a título de cooperadores necesarios.

En el caso de ser la falsedad ideada por éstas sin conocimiento del anunciante, el hecho no podrá ser castigado, pues, el único que puede ser autor lo desconocía por completo.

XV

La conducta es dolosa, admitiéndose tanto el dolo directo como el dolo eventual, debiendo comprender tanto el conocimiento de la falsedad como el perjuicio grave que puede causar.

XVI

La consumación del delito se producirá cuando se haya publicitado el producto o servicio sin que sea necesario que esté a disposición de los consumidores para ser adquirido, o dicho de otra forma, cuando el mensaje entre en contacto con su destinatario. Se trata, como ya hemos dicho, de un delito de peligro abstracto y de mera actividad. Solo será posible la tentativa inacabada en los casos en los que la publicidad ha llegado a los medios pero no se haya transmitido a los

receptores. El periodo de prescripción del delito comenzará en el momento en que haya cesado la publicidad.

XVII

Cualquier diseño de una campaña publicitaria sin que ésta se haya enviado a los medios que deben transmitirla, será un acto preparatorio impune.

XVIII

Por lo que se refiere a los concursos de delitos, aparece en primer lugar con la estafa por protegerse bienes jurídicos diferentes. Cuando la publicidad engañosa comprenda el total del engaño propio de la estafa, el concurso podrá ser medial. En caso contrario, es más apropiado considerar un concurso real de delitos.

También se aplicará dicho concurso con los delitos contra la propiedad industrial.

XIX

El concurso de leyes penales se apreciará respecto de los delitos relativos al mercado de valores y los delitos contra la salud pública (medicamentos y alimentos).

XX

La penalidad es proporcionada al tratarse de de prisión no superior al año y que es alternativa a la de multa. Resulta más intimidatoria que solo la pecuniaria en un ámbito como el de las empresas. Además, de establecerse la posibilidad de publicación de la sentencia en periódicos oficiales o cualquier otro medio informativo, que también causará un efecto intimidatorio, pues, ningún empresario querrá ver su nombre y producto en esa tesitura.

XXI

El delito de publicidad engañosa es necesario para proteger a los consumidores en un ámbito en el que están en una clara situación de desventaja frente a las empresas.

BIBLIOGRAFÍA.-

ACOSTA ESTÉVEZ, JOSÉ B.: "Algunas consideraciones en torno a la protección penal de los consumidores: fraudes alimenticios" en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 44 1991, PP. 469-483.

AGUILERA RAMOS, AGUSTÍN: "La protección de los consumidores" en *Revista de Derecho Mercantil*, n° 161-162 julio-diciembre 1981, pp. 581-610.

ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL: "Tentativa, consumación y anticipación de la protección penal: iter criminis y Derecho penal económico" en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, directores: Silva Sánchez, J. M^a y Miró Llinares, F., Madrid 2013, pp. 547-580.

ALONSO DÁVILA, J: "El derecho publicitario en España y la directiva de la CEE de 20 de septiembre de 1984 sobre publicidad engañosa" en *La Ley* n° 5 1985, pp. 1046-1050.

ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER: "Bien jurídico y Constitución" en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 43 1991, pp. 5-44.

ÁLVAREZ NOBELL, ALENJANDRO: "El nuevo panorama de los medios tradicionales: ¿qué hacer con la publicidad?" en *Publicidad 360°*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, pp. 131-145.

ANTOLISEI, F.: *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 14ª ed. Milano 1997, aggiornata e integrata a cura di Luigi Conti.

ARENAS RODRIGANÉZ, PAZ: "Los delitos contra la salud pública en el derecho Penal portugués" en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 43 1991, pp. 139-181.

ARROYO ZAPATERO, LUIS: "Actualidad político criminal del Derecho Penal económico en España" en *Estudios de Derecho Penal económico*. Castilla-La Mancha 1994, pp. 15-24.

BADENAS CARPIO, JOSÉ MANUEL Y GUILBERT, SOPHIE: "El artículo L. 121 del Código de Consumo Francés antecedentes del artículo 282 del vigente Código Penal" en *Estudios sobre consumo*, nº 62 2002, p. 35.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL: "La Constitución económica española y el Derecho penal" en *Repercusiones de la*

Constitución en el Derecho penal (Homenaje al profesor J. Pereda), Bilbao 1983, pp.

"Derecho Penal Económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales" en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid 1995, p. 63-80.

"Los delitos económicos como manifestación característica de la expansión del derecho Penal" en *Libro homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia 2013, pp. 407-415.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL Y BACIGALUPO SAGESSE, SILVINA: *Derecho Penal Económico*, Madrid 2001.

BAUDRILLARD, JEAN: "Publicidad absoluta, publicidad cero" en *Revista de Occidente*, N° 92, 1989, pp. 5-16.

BARBERO SANTOS, MARINO: "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto" en *Anuario de Derecho Penal*, XXVI 1973, PP. 487-300.

BARONA VILAR, SILVIA: *Tutela civil y penal de la publicidad*, Valencia 1999.

BASSAT, LUIS: *El libro rojo de la publicidad (ideas que mueven montañas)*, reimpresión de la 2ª ed. Barcelona 2013.

BECK, COSIO: *La società del rischio*, Roma 2000.

BENAVIDES DELGADO, JUAN: "La presencia de la publicidad en la construcción de la cultura y la identidad" en *Estudios sobre consumo*, nº 35 1995, pp. 43-65.

"La investigación en la comunicación y publicidad: nuevos temas y problemas" en *Revista internacional de comunicación y publicidad*, Vol. I, Nº. 17, 2012, pp. 71 a 93.

"La nueva andadura de la publicidad" en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, pp. 7-16.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO: *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid 1992.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO Y RODRIGO: *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*, Madrid 1987.

BERGALLI, ROBERTO: "Criminología del "white-collar crime": forma-estado y proceso de concentración económica" en *Estudios Penales y Criminológicos* n° VII, Santiago de Compostela 1982-1983, pp. 27-70.

BERMEJO VERA, JOSÉ: "Aspectos jurídicos de la protección del consumidor" en *Revista de Administración Pública*, núm. 87, septiembre-diciembre 1978, pp. 251-300.

BIEDMA JAÉN, JOSÉ: "Valores de la publicidad y publicidad de los valores" en *Comunicar: Revista científica iberoamericana de comunicación y educación*, N° 9, 1997, pp. 61-68.

BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO: "La terminación del delito" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLVIII, enero-abril 1995, pp. 89-186.

Curso de política criminal, 2ª edición Valencia 2011.

"Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I): Introducción general" en *Derecho Penal. Parte especial*, VV. AA. Coordinador: González Cussac, J. L., 4ª ed. Valencia 2015, pp. 329-336.

BOTIJA, M. A.: "Ilícitos desleal y publicitario en la publicidad comparativa o engañosa" en *La Ley*, nº 3 1994, pp. 951-957.

BOTIKE, WILFRIED: "Sobre la legitimidad del Derecho Penal económico en sentido estricto y sus disposiciones típicas específicas" en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid 1995, pp. 637-654.

BRAIDOT, NÉSTOR P.: *Neuromarketing*, Barcelona 2000.

BUENO ARÚS, FRANCISCO: "Las sanciones penales en los delitos contra los consumidores" en *Poder Judicial*, número especial IX - nuevas formas de delincuencia -, 1988, pp. 301-321.

BUSTOS PUECHE, JOSÉ ENRIQUE: "Derecho civil, Derecho mercantil, Derecho del consumo" en *La Ley* 1990-3, pp. 857-864.

"Las sanciones penales en los delitos contra los consumidores" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* nº 96 1989-1, pp. 269-281.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN JOSÉ: "Los bienes jurídicos colectivos" en *Revista de la Facultad de Derecho de*

la Universidad Complutense, núm. 11, Madrid 1986, pp. 147-164.

CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS: "Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos" en *Cuadernos de Derecho judicial* nº XXXVI 1994, pp. 9-22.

Derecho penal: concepto y principios constitucionales, Valencia 1995.

"El delito publicitario" en *Derecho Penal. Parte especial*, VV. AA., 3ª ed. Valencia, pp. 524-526.

"Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su "dogmática" y al sistema de la reforma de 2010" en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 101 2010, pp. 5-33.

CARRASCO ANDRINO, Mª del MAR: *La publicidad engañosa y el Derecho Penal (una aproximación al tipo del artículo 282 del C.P.)*, Valencia 2000.

"El delito de publicidad engañosa" en *Derecho Penal español. Parte especial (II)*, VV. AA. Director: Álvarez García, F. J., Valencia 2011, pp. 584-598.

CAZORLA PRIETO, LUIS M^a: "Comentario al art. 51" en *Comentarios a la Constitución*, Dtor.: Garrido Falla, F. 3^a ed. Madrid 2001, pp. 947-967.

CERVELLÓ DONDERIS, VICENTA: "Sujeto pasivo masa y fraude colectivo" en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pons*, VV. AA., Tomo I Valencia 1995, pp. 683-723.

"Consecuencias accesorias" en *Diccionario de Derecho Penal económico*, VV. AA. Director: Boix Reig, J., Madrid 2008, pp. 219-235.

CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ AANTONIO: *El delito continuado*, Madrid 1997.

COBO DEL ROSAL, MANUEL Y VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: *Derecho Penal. Parte General*, 5^a ed. Valencia 1999, puesta al día por Cuarda Arnau, M^a L. y Quintanar Díez, M.

CORREDOIRA Y ALFONSO, LORETO: *Comentarios a la Ley de Publicidad. Ley 34/1988 y disposiciones complementarias*, Barcelona 1993.

CORRERA, CARLO Y CORRERA, CRISTIANA: "Alimenti in cattivo stato di conservazione: nuovamente messa in discussione la natura della violazione dell'art.5,

lett., della l. n. 283 del 1962" en *Cassazione penale*, Vol. N° 6, 2005, pp. 2043-2046.

CUBILLO LÓPEZ, IGNACIO JOSÉ: "El procedimiento para la tutela arbitral de los consumidores" en *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral*, coordinador: Cubillo López, I. J., Pamplona 2010, pp. 275-349.

CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN: "Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 34, mayo-diciembre 1981, pp. 461-483.

CUERDA RIEZU, ANTONIO: "Contribución a la polémica sobre el delito publicitario" en *Estudios sobre consumo*, n° 35 1995, pp. 67-81.

"Los medios de comunicación y el Derecho penal" en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Volumen I, Cuenca 2001, pp. 182-206.

CUESTA TOVAR, MARINA: "Éxito en publicidad, cuestión de estadísticas" en *Revista de estadística y sociedad*, n° 61, 2014, pp. 4-6.

CUGAT MAURI, MIRIAM: "La protección de intereses colectivos: el caso del delito publicitario" en *El*

nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Pamplona 2001, pp. 1.167-1.190.

DAMASIO, ANTONIO R.: *En busca de Spinoza. Neurobiología de la emoción y los sentimientos*, traducido por Joan Domènec Ros, Barcelona 2005.

DE DIEGO VALLEJO, RAÚL Y DÍAZ CHICA, ÓSCAR: "Modelos psicológicos sobre comunicación persuasiva" en *Publicidad 360°*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, p. 66-81.

DE JESÚS SÁNCHEZ, M^a GUADALUPE: "La publicidad engañosa como figura típica objeto de criminalización" en *Poder Judicial*, número especial IX - nuevas formas de delincuencia -, 1988, pp. 313-316.

DE LA CUESTA RUTE, JOSÉ M^a: "Observaciones sobre la Ley General de Publicidad" en *Revista Jurídica de Cataluña*, n° 4 1989, pp. 917-970.

DE LA CUESTA RUTE, JOSÉ M^a Y DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS: "Tratamiento jurídico en España de la comunicación publicitaria ilícita" en *La Ley*, n° 4 1981, pp. 893-917.

DE LEÓN ARCE, ALICIA, MORENO-LUQUE CASARIEGO, Y AZA CONEJO, M^a JOSÉ: *Derecho de consumo*, VV. AA., Oviedo 1995.

DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, EMILIO: "El Ministerio Fiscal y los consumidores" en *La Ley*, n° 3 1993, pp. 795-801.

DE VEGA RUIZ, JOSÉ AUGUSTO: "Protección penal del consumidor" en *Poder Judicial*, n° especial IX, 28 a 30 de noviembre de 1988, pp. 277-297.

DEL MORAL GARCÍA, ANTONIO: "La protección del consumidor frente a la actividad publicitaria; perspectiva penal" en *Protección penal de los consumidores y usuarios*, manuales de formación continuada, CGPJ, n° 15 Madrid 2001, pp. 105-138.

DEMETRIO CRESPO, EDUARDO: "A propósito del bien jurídico en el delito publicitario tipificado en el artículo 282 del Código Penal español. (Una contribución a partir de una "hermenéutica valorativa")" en *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, VV. AA. Coordinador: García Rivas, N., Cuenca 2005, pp. 157-1172.

DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, MIGUEL: *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona 1991.

DONINI, MASSIMO: "Il progetto di riforma dei reati in materia di sicurezza alimentare" en *Cassazione penale*, Vol. 50, nº 12, 2010, pp. 4457-4480.

DOVAL PAIS, ANTONIO: "Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios" en *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXXVI, 1994, pp. 23-71.

Delitos de Fraude Alimentario. Análisis de sus Elementos Esenciales, Pamplona 1996.

DOVAL PAIS, ANTONIO Y ANARTE BORRALLO, ENRIQUE: "Delito publicitario" en *Derecho Penal. Parte Especial*, Volumen II, VV. AA. Director: Boix Reig, J., Madrid 2012, pp. 483-493.

ESTRUCH ESTRUCH, JESÚS: *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción*, Pamplona 2009.

EVANGELIO LLORCA, RAQUEL: "La protección de los consumidores en el derecho europeo: las garantías en las ventas de bienes de consumo" en *Política y Derecho, retos para el siglo XXI*, VV. AA. editores: Guzmán Mendoza, C. E. y Insignares Cera, S., Barranquilla (Colombia) 2010, pp. 1-33.

"La revisión de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo" en *Estudios Jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, VV. AA. coordinadores: Blasco Gascó, F., Clemente Meoro, M., Orduña Moreno, F. J., Prats Albentosa, L. y Verdera Server, R., Tomo I Valencia 2011, pp. 1027-1055.

FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO: "Bien jurídico y delitos socioeconómicos" en *Diccionario de Derecho Penal económico*, VV. AA. Director: Boix Reig, J., Madrid 2008, pp. 143-155.

"Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares" en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, directores: Silva Sánchez, J. M^a y Miró Llinares, F., Madrid 2013, pp. 139-182.

FELIU GARCÍA, EMILIO: *Los lenguajes de la publicidad*, Alicante 1984.

FERNÁNDEZ ALBOR, AGUSTÍN Y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS: *Delincuencia y economía*, Santiago de Compostela 1983.

FERNÁNDEZ GIMENO, JOSÉ PASCUAL: "Los consumidores y usuarios como afectos a una especial tutela jurídica" en *Derecho de consumo*, VV. AA. Coordinadora: Reyes López, M^a J., 2^a ed. Valencia 2002, pp. 65-80.

FERNÁNDEZ NOVOA, CARLOS: *Estudios de Derecho de la publicidad*, Santiago de Compostela 1989.

FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER GUSTAVO: *Estudios de Derecho Penal económico*, Madrid 2002.

FERRAJOLI, LUIGI: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10^a ed. Madrid 2011.

FLETCHER, GEORGE P.: *Las víctimas ante el jurado*, traducido por Juan José Molina Ariza y Antonio Muñoz Auni6n, Valencia 1997.

FONT GALÁN, JUAN IGNACIO: "¿Hacia un Nuevo sistema jurídico mercantil de "faz completamente nueva"? La Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios; un instrumento para la realizaci6n hist6rica de un Derecho mercantil del estado social" en *Revista de Derecho Mercantil*, n^o 192 abril-junio 1989, p. 381-419.

GARCÍA ARÁN, MERCEDES Y LÓPEZ GARRIDO, DIEGO: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid 1996.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JOSÉ ANTONIO: "Derecho comunitario y derecho del consumo" en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 192 abril-junio 1989, pp. 327-398.

GARCÍA PLANAS, GUILLERMO: "Hacia un delito publicitario" en *Estudios Penales y Criminológicos XVI*, Santiago de Compostela 1993, pp. 127-149.

GARCÍA RIVAS, NICOLÁS: *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, Barcelona 1998.

GARCÍA VARELA, ROMÁN: "Apreciaciones sobre la publicidad ilícita" en *La Ley*, nº 2 1997, pp. 127-128.

GASCÓN INCHAUSTI, FERNANDO: "La tutela de los consumidores y usuarios a través del proceso penal" en *Protección penal de consumidores y usuarios*, Manuales de formación continuada, CGPJ nº 15, Madrid 2001, pp. 13-67.

GÓMEZ NIETO, M^a BEGOÑA: "Nuevas tendencias en comunicación publicitaria" en *Publicidad 360º*,

coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, pp. 161-175.

GÓMEZ RIVERO, M^a CARMEN: "Hacia una nueva interpretación del delito publicitario" en *La Ley*, n° 4 1997, pp. 1231-1236.

La inducción a cometer el delito, Valencia 1995.

"La aplicación jurisprudencial del delito de publicidad engañosa. Claves para delimitar el contenido material del precepto" en *Revista General de Derecho Penal* n° 9 2008, pp. 1-17.

GÓMEZ SEGADE, JOSÉ ANTONIO: "Notas sobre el derecho de información del consumidor" en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 79 n° 3, julio-septiembre 1980, pp. 139-164.

GÓMEZ TOMILLO, MANUEL: "Contribución a la teoría de los delitos de peligro hipotético-aptitud abstracta. Los delitos de tenencia como paradigma de peligro abstracto puro" en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, VV. AA. Coordinador: Carbonell Mateu, J. C., Madrid 2005, pp. 4465-482.

GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS: "La contrarreforma penal de 2003: nueva y vieja política criminal" en

Revista Xurídica Galega nº 38 1º trimestre 2003,
pp. 13-38.

"Responsabilidad penal de las personas jurídicas:
arts. 31 bis, ter, quáter y quinquies" en
Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015,
VV. AA. director: González Cussac, J. L., 2ª ed.
Valencia 2015, pp. 151-210.

GONZÁLEZ RUS, JUAN JOSÉ: *Bien jurídico y
Constitución (bases para una teoría)*, Madrid 1983.

*Los intereses económicos de los consumidores.
Protección penal*. Madrid, 1986.

"La reforma de los delitos económicos y contra el
patrimonio. Consideraciones críticas" en *Estudios
Penales y Criminológicos*, XVII, Santiago de
Compostela 1994, pp. 127-190.

"Aproximación a los delitos contra el orden
socioeconómico en el proyecto de Código Penal de
1992", en *Hacia un derecho penal económico europeo.
Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*,
Madrid 1995, pp. 167-186.

"Delitos relativos al mercado y a los consumidores"
en *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*,

VV. AA. Directora: Asúa Barrita, A., Bilbao 1998, pp. 145-150.

"Delitos relativos al mercado y los consumidores" en *Curso de derecho Penal español. Parte especial*, Volumen I, VV. AA., director: Cobo del Rosal, M., Madrid 1996, p. 807.

"Publicidad engañosa" en *Sistema de Derecho Penal español. Parte especial*, VV. AA. Coordinador: Morillas Cueva, L., Madrid 2011, pp. 600-602.

GONZÁLEZ TAPIA, M^a ISABEL: "Protección penal del consumidor: especial consideración al delito de publicidad falsa" en *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral*, VV. AA. coordinador: Cubillo López, I. J., Pamplona 2010, pp. 75-123.

GÓRRIZ ROYO, ELENA M: *El concepto de autor en Derecho Penal*, Valencia 2008.

GUÍA GARCÍA, JOSÉ CARLOS: "La publicidad, una teoría difícilmente práctica" en *Revista Latina de comunicación social*, 8 de agosto de 1998, pp. 1-6.

HAAS, C. R: *Teoría, técnica y práctica de la publicidad*. Madrid 1971.

HANSEN, HARRY L.: *Marketing*, Barcelona 1970 - traducción realizada por Gabino Pascual -.

HASSEMER, WINFRIED: "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico" en *Doctrina Penal*, año 12 abril-septiembre 1989, traducido por: Ziffer, P. S., pp. 275-285.

HASSEMER, WILFRED Y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia 1995.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ ULISES: "El delito publicitario" en *AP*, 1997-2 pp. 1095-1118.

"El delito publicitario" en *Estudio y aplicación práctica del Código Penal de 1995*, VV. AA., Tomo II, Madrid 1997, pp. 241-271.

HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN: "Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español" en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid 1995, pp. 187-208.

HUERTA TOCILDO, SUSANA: "Los delitos patrimoniales en el proyecto de Código Penal de 1980" en

Cuadernos de Política Criminal, nº 15, 1981, pp. 473-510.

IGLESIAS RÍO, MIGUEL ÁNGEL: "Imagen del consumidor y delito de publicidad engañosa. Necesidad y merecimiento de protección. Una aproximación a partir de la reciente interpretación alemana" en *Libro homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia 2013, pp. 621-654.

JIMÉNEZ, M. C.: "Investigar la publicidad desde sus contenidos" en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, pp. 95-114.

JORI TOLOSA, JOSEP .LLUIS: "Problemática procesal de la protección de los intereses difusos" en *Cuaderno de Derecho Judicial*, XXXVI, 1994, pp. 93-112.

KINDHÄUSER, URS KONRAD: "Los tipos de delito en el Derecho penal económico" en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, directores: Silva Sánchez, J. M^a y Miró Llinares, F., Madrid 2013, pp. 67-82.

KREKELER, WILHEIM: *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts. Mit Ordnungswidrigkeiten- und Verfahrensrecht*, Stand: Mai 1990.

LAFUENTE PÉREZ, PATRICIA: "Lo social como germen de lo publicitario" en *Publicidad 360°*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, pp. 82-93.

LAMARCA PÉREZ, CARMEN: "La publicidad en Derecho penal: Una aproximación conceptual e histórica" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº XXXIV fascículos I y II, mayo-diciembre 1981, pp. 573-584.

LASHERAS SAN MARTÍN, JAVIER: "El marco jurídico español de la publicidad" en *Publicidad 360°*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, pp. 23-48.

LEMA DEVESA, CARLOS: "En torno a la publicidad engañosa" en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 4, Madrid 1977, pp. 293-320.

La publicidad de tono excluyente, Madrid 1980.

"En torno al "nuevo" anteproyecto de la Ley general de Publicidad" en *La Ley* 1986-3, pp. 850-858.

LESTER, B.: *Ingeniería de ventas*. Bilbao 1968 2ª ed. - traducción realizada por Santiago González Esteban -.

LLORIA GARCÍA, PAZ: *Aproximación al estudio del delito permanente*, Granada 2006.

LÓPEZ VÁZQUEZ, BELÉN: *Publicidad emocional. Estrategias creativas*, Madrid 2007.

LORENTE, JOAQUÍN: *Casi todo lo que sé de publicidad*, 6ª ed. Barcelona 1989.

LORENZO GELICES, FELICIANO: "La publicidad y el consumidor" en *Instituto Nacional de Publicidad*, nº 44 4º trimestre 1977, pp. 37-41.

MADRENA I BOADAS, CARME: *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal. La parcialidad de la publicidad y los costes de la competencia*, Madrid 1990.

MACÍAS ESPEJO, Mª BELÉN: *Análisis criminológico y político criminal del delito de publicidad engañosa*, Granada 2012, se encuentra disponible en <http://hera.ugr.es>.

MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS: "La tipificación del delito publicitario en el Derecho español" en *Poder Judicial*, nº especial IX, 28 a 30 de noviembre de 1988, pp. 269-276.

MAPELLI CAFFARENA, BORJA: *El delito de publicidad fraudulenta*, Valencia 1999.

MARCONI, GUGLIELMO: "La tutela degli interessi collettivi in ambito penale" en *Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale*, 1979, pp. 1052-1119.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS: *Delincuencia y economía*, Santiago de Compostela 1983.

"De los delitos publicitarios" en *Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del Nuevo Código Penal, Documentación Jurídica, Volumen I*, Madrid 1983, pp. 749-774.

"Sección segunda del capítulo primero 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 Volumen 2 n° 37-40 enero-diciembre 1983*, pp. 749-767.

"Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa" en *Cuadernos de Política Criminal n° 22*, 1984, pp. 33-94.

"Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el proyecto de Código Penal de

1992" en *Estudios penales y criminológicos*, nº 16, 1992-1993, pp. 327-394.

"El delito de publicidad engañosa en el proyecto de Código Penal español de 1992" en *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, Tomo 14, 1991-1992, pp. 81-94.

"Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el Proyecto de Código Penal de 1992" en *Estudios Penales y Criminológicos XVI*, Santiago de Compostela 1993.

"El delito de publicidad engañosa en el anteproyecto de Código Penal de 1992" en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid 1995, pp. 229-241.

"Comentario al artículo 282" en *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Valencia 1996, pp. 1369-1374.

"La protección penal de los consumidores en el ámbito de los delitos socio-económicos en el proyecto de Código penal de 1994" en *Estudios jurídicos, en memoria del profesor Dr. D: José Ramón Casabó Ruiz*, Valencia 1997, pp. 265-282.

Derecho Penal económico, Madrid 2012.

Derecho penal económico y de la empresa. Parte general, 4ª ed. Valencia 2013.

Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, 5ª ed. Valencia 2015.

"El delito de publicidad falsa (art. 282)" en *Derecho Penal. Parte Especial*, VV. AA. Coordinador: González Cussac, J. L., 4ª ed. Valencia 2015, pp. 469-470.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, CARLOS.: *Derecho comunitario y protección de los consumidores*, Madrid 1990.

MARTÍN SANTANA, JOSEFA D.: "Medición de la eficacia publicitaria" en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, pp. 176-188.

MARTOS NÚÑEZ, JUAN ANTONIO: "El principio de intervención mínima" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº XL, 1987, pp. 99-134.

MATA Y MARTÍN, R.M.: *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada 1997.

MATELLANES LAZO, MÓNICA Y TAPIA FRADE, ALEJANDRO: "Cómo investigar para la publicidad actual" en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, pp. 115-130.

MEDIA, NICOLA: "Considerazioni in ordine al rapporti tra l'art. 316-ter c.p. e l'art. 640bis c.p.: quando l'ipertrofia normativa genera disposizioni in tutto o in parte inutili" en *Cassazione penale*, vol. 49, nº 4, 2003, pp. 2680-2685.

MEGÍAS QUIRÓS, JOSÉ JUSTO Y CABRERA CARO, LETICIA: *Ética y Derecho de la publicidad*, Granada 2013.

MESTRE DELGADO, ESTEBAN: "Los delitos relativos al mercado y a los consumidores" en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, VV. AA. Coordinadora: Lamarca Pérez, C., 3ª ed. Madrid 2015, pp. 457-478.

MEYERS, WILLIAM: *Los creadores de imagen*, Barcelona 1994 - traducción realizada por Joaquín Adsuar Ortega -.

MIR PUIG, SANTIAGO: "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites al *ius puniendi*" en *Estudios Penales y Criminológicos* nº XIV Santiago de Compostela 1989-1990, pp. 205-215.

El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, Barcelona 1994.

Derecho Penal. Parte General, 10^a ed. Barcelona 2015.

MOLINA BLÁZQUEZ, CONCEPCIÓN: "Los delitos socio-económicos en el Proyecto de Código Penal de 1992" en *Actualidad Penal*, n° XIII 1994-1, pp. 249-264.

MOLINA DEL POZO, CARLOS FRANCISCO: "El derecho de los consumidores y usuarios a la protección de la salud y seguridad" en *Revista de la Administración Pública*, vol III, n° 100-102 enero-diciembre 1983, pp. 2603-2630.

MORALES PRATS, FERMÍN: "Técnicas de tutela penal de los intereses difusos" en *Cuadernos de Derecho Judicial* n° XXXVI 1994, pp. 73-91.

"Comentario al art. 282" en *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, VV. AA. Director: Quintero Olivares, G., 9^a ed., Pamplona 2011, pp. 881-887.

MORENO ÁLCAZAR, MIGUEL ÁNGEL: *El concepto penal de incendio desde la teoría del caos (Una perspectiva sistémica de los bienes jurídicos colectivos, del peligro y de su causalidad)*, Valencia 2002.

Los delitos de conducción temeraria, Valencia 2003.

"Relevancia de la admisibilidad de un dolo eventual de peligro en la responsabilidad penal por la comercialización de productos defectuosos" en *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, VV. AA. directores: Boix Reig, J. y Bernardi, A., Madrid 2005, pp. 159-173-192.

MORENO Y BRAVO, EMILIO: *El delito de publicidad falsa*, Barcelona 2001.

MORENO-LUQUE CASARIEGO, CARMEN:

"El derecho de información al consumidor y la Ley 33/1988 de 11 de noviembre, General de Publicidad" en *La Ley*, nº 4 1991, pp. 1177-1182.

MUÑAGORRI LAGUÍA, IGNACIO: *La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa*, Granada 1998.

MUÑIZ VELÁZQUEZ, JOSÉ ANTONIO: "La revolución neurocientífica en publicidad y marketing" en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, pp. 189-204.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: "La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el proyecto de Ley Orgánica de Código Penal" en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 16 1982, pp. 107-132.

"Delincuencia económica: Estado de la cuestión y propuestas de reforma" en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid 1995, pp. 265-283.

Derecho Penal. Parte especial, 20ª ed. Valencia 2015.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO Y GARCÍA ARÁN, MERCEDES: *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed. Valencia 2015.

NAVARRO SANCHIS, FRANCISCO JOSÉ: "Protección al consumidor en el Código Penal vigente" en *Poder Judicial*, número especial IX - nuevas formas de delincuencia -, 1988, pp. 317-321.

NEVES MOUZINHO, ANDRÉ: "A publicidade enganosa. Direito Penal do Consumidor" en *Verbojuridico*, junio 2008, pp. 1-22.

NIETO MARTÍN, ADÁN: "Derecho Penal (económico) europeo" en *Diccionario de Derecho Penal económico*, Madrid 2008, pp. 416-425.

"Delitos contra los consumidores, delito publicitario y facturación falsa" en *Nociones fundamentales de derecho Penal. Parte especial*, coordinadora: Gómez Rivero, M^a C., Madrid 2010, pp. 495-500.

NOVOA MONREAL, EDUARDO: "Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Fascículo I Tomo XXXV, enero-abril 1982, pp. 43-75.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO: "notas para un estudio los fraudes alimentarios en Derecho Penal" en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1979 n^o 57, pp. 55-136.

OGILVY, DAVID: *Ogilvy y la publicidad*. 4^a ed. Barcelona 1990 - traducción realizada por Diorki Traductores -.

ORTS BEREGUER, ENRIQUE Y GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS: *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*, Valencia 2004.

Compendio de Derecho Penal. Parte General, 5^a ed. Valencia 2015.

OTERO LASTRES, JOSÉ MANUEL: "La protección de los consumidores contra la publicidad ilícita" en *Actas de Derecho Industrial* nº 4 1977, pp. 113-128.

PAGLIARO, ANTONIO: "Límites a la unificación del Derecho Penal europeo" en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid 1995, pp. 689-696.

PALMA HERRERA, JOSÉ MANUEL: "Los consumidores y usuarios como sujetos de tutela penal" en *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral*, coordinador: Cubillo López, I. J., Pamplona 2010, pp. 23-73.

"El papel de los *compliance* en un modelo vicarial de responsabilidad penal de la persona jurídica" en *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, VV. AA. Director: Palma Herrera, J. M., Madrid 2014, pp. 157-231.

"Sobre la posible responsabilidad penal de Bankia, BFA y algunos de sus administradores por el tema de las preferentes" en *La protección de los consumidores en tiempos de cambios*, director: Miranda Serrano, Luis M^a, Madrid 2015, pp. 545-550.

PEINADO GRACIA, JUAN IGNACIO: "El Derecho a la protección de los consumidores" en *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, VV. AA. Directores: Moreneo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M^a N., Granada 2002, pp. 1873-1905.

PÉREZ MARTÍNEZ, VÍCTOR MANUEL Y PRIETO ANDRÉS, ANTONIO: "La autorregulación desde una perspectiva ética en la publicidad y las relaciones públicas" en *Publicidad 360°*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, pp. 51-64.

PIERGALLINI, CARLO: "Despenalizzazione e riforma del sistema sanzionatorio nella materia degli alimenti" en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n° 4, 2000, pp. 1450-1461.

PIGNOTTI, LUIGI: *La supernada. Ideología y lenguaje de la publicidad*, Valencia 1976.

PINO ABAD, MIGUEL: *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley de Publicidad de 1988*, Madrid 1992.

POLO SÁNCHEZ, EDUARDO: *la protección del consumidor en el Derecho Privado*, Madrid 1980.

PORTERO HENARES, MANUEL: *El delito publicitario en el Código Penal español*, Valencia 2004.

"Publicidad ilícita" en *Diccionario de Derecho Penal económico*, VV. AA., director: Boix Reig, J., Madrid 2008, pp. 753-7761.

PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO: "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos" en *Cuadernos de Política Criminal* nº 39 1989, pp. 723-748.

PUENTE ABA, LUZ M^a: *Delitos económicos contra los consumidores y dlito publicitario*, Valencia 2002.

PULITANÒ, DOMENICO: "Obblighi costituzionali di tutela penale?" en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, XXVI, anno 1983, PP. 485-551.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO: *Los delitos especiales propios y la teoría de la participación*, Barcelona 1974.

"La política penal para la propiedad y el orden económico ante el futuro Código penal español" en *Estudios Penales y Criminológicos III*, Santiago de Compostela 1979, pp. 185-248.

RANDO CASERMEIRO, PABLO: "Publicidad engañosa" en *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Tomo II, VV. AA. Director: Polaino Navarrete, M., Madrid 2011, pp. 170-171.

RAPOSO FERNÁNDEZ, JOSÉ MANUEL: "La expansión de la punición "simbólica" y los principios tradicionales del Derecho Penal" en *La Ley* nº 5, 1998, pp. 1563-1571.

RATEY, JOHN J.: *El cerebro: manual de instrucciones*, Barcelona 2003.

RIPOLL NAVARRO, RAFAEL: "Publicidad engañosa, tratamiento jurídico español y comunitario" en *La Ley*, nº 3 1991, pp. 996-1.000.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid 1994.

RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: "Los delitos económicos en el proyecto de Código penal" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1981, pp. 707-719.

Estudios de Derecho Penal económico, Pamplona 2009.

RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS: *Secundariedad del Derecho penal económico*, Madrid 2011.

RODRÍGUEZ VIDALES, CATY: "Los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995: la necesidad de su delimitación frente a los delitos patrimoniales" en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº XXI 1998, pp. 306-378.

ROMERO CALMACHE, MARÍA: "Nuevos medios digitales y sus posibilidades publicitarias" en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, pp. 146-160.

ROYO VELA, MARCELO: "Diferentes aproximaciones conceptuales a la consideración de la publicidad como información de consumo" en *Quaderns de Treball* nº 73 1998, pp. 1-28.

"Las críticas a la publicidad" en *ESIC MARKET*, julio-septiembre 1997, Madrid, pp. 91-105.

RUDOLPHI, HANS JOACHIM: "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico" en *Nuevo pensamiento penal*, 1975, pp. 329-347.

RUEDA MARTÍN, M^a ÁNGELES: "La punición del partícipe *extraneus* en un delito especial y el art. 65.3 del Código Penal" en *La responsabilidad en los "delitos especiales"*. *El debate doctrinal en la*

actualidad, VV. AA. director: Robles Planas, R., Buenos Aires 2014, pp. 231-285.

RUIZ MORENO, JOSÉ M^a: *La protección jurisdiccional civil frente a la publicidad ilícita*, Valencia 2014.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Proyecto de ley orgánica de Código Penal*, Madrid 1980.

"El Derecho Penal y la protección de los consumidores" en *La Ley*, n° 1 1984, pp. 111-113.

"La reforma penal y la delincuencia económica. Especial referencia a la protección del consumidor" en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n° extraordinario 13, marzo 1999, pp. 33-54.

"Derecho Penal económico y proceso penal" en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n° extraordinario 13, marzo 1999, pp. 253-264.

SALOM ESCRIVÁ, JUAN SALVADOR: "La instrucción de los delitos socioeconómicos de consumo" en *La protección penal de los consumidores*, Madrid 2008, pp. 81-178.

SÁNCHEZ BLANCO, ÁNGEL: "El consumidor ante la política de abastecimiento y ante la política comercial" en *Revista de Administración Pública*, nº 85 enero-abril 1978, pp. 93-150.

SÁNCHEZ GARCÍA, ISABEL: "El nuevo delito publicitario (art. 282 del Código penal)" en *Actualidad Penal*, nº 25, junio 1997, pp. 543-573.

SANTAELLA LÓPEZ, MANUEL: "Los derechos de información y expresión de consumidores y usuarios" en *Documentación Jurídica*, Nº 18 abril-junio 1978, pp. 411-430.

"El derecho de los consumidores a la educación" en *La Ley* nº 1 1980, pp. 1001-1003.

El delito publicitario. Aspectos penales de la comunicación publicitaria. Madrid 1981.

El nuevo derecho de la publicidad, Madrid 1989.

SEBASTIÁN PARDOS, VALENTÍN Y DE SEBASTIÁN CHENA, V. JAVIER: "Efectos parciales de la nueva Ley General de Publicidad" en *La Ley*, nº 2 1989, pp. 1.047-1.050.

SERRANO BUTRAGUEÑO, IGNACIO: "El recurso a la última ratio como protección necesaria de los

consumidores" en *La protección penal de los consumidores*, VV. AA. Madrid 2008, pp. 13-27.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, JOSÉ LUIS: "delitos contra los intereses económicos de los consumidores y estafa" en *La protección penal de los consumidores*, VV. AA. Madrid 2008, pp. 585-623.

SGUBBI, FILLIPO: "Tutela penale di interessi diffusi" en *La Questione Criminale*, 1975, pp. 439-481.

SIEBER, ULRICH: "Estado de la evolución y perspectivas del Derecho Penal económico europeo" en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid 1995, pp. 601-620.

SIERRA LÓPEZ, M^a DEL VALLE: *Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en internet*, Valencia 2003.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: *La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 2^a edición Barcelona 2006.

"Teoría del delito y Derecho Penal económico-empresarial" en *La teoría del delito en la práctica*

penal económica, Directores: Silva Sánchez, J. M^a y Miró Llinares, F., Madrid 2013, pp. 33-66.

SIQUEIRA MARTÍN, ADOLFO J.: "Defensa del consumidor y Derecho Constitucional económico" en *Revista Española de Derecho constitucional*, año 4 Núm. 10, 1984, pp. 91-121.

STAMPA BRAUN, JOSÉ M^a Y BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE: "La reforma del Derecho Penal económico español" en *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 79, n° 3, julio-septiembre 1980, pp. 143-166.

STIGLITZ, GABRIEL A.: *Protección jurídica del consumidor*, Buenos Aires 1986.

TALLÓN GARCÍA, J.: *Curso de Derecho Publicitario*, Valladolid 1979.

TAMARIT SUMALLA, JOSEP M^a: "La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria: problemas fundamentales" en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 41, 1990, pp. 321-346.

TATO PLAZA, ANXO: "Publicidad comercial y libertad de expresión" en *La Ley*, n° 1994, pp. 988-1.000.

TELLIS, GERARD J. Y REDONDO, IGNACIO: *Estrategias de publicidad y promoción*, traducido por: Belló, C. y Villar, I., Madrid 2001.

TERRADILLOS BASOCO, JUAN: *Derecho penal de la empresa*, Madrid 1995.

"La protección penal del inversor" en *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, VV. AA. Coordinador: García Rivas, N., Cuenca 2005, pp. 133-156.

TIEDEMANN, KLAUS:
Wirtschaftsstrafrech und Wirtschaftskriminalit, 2, BT, Hamburg 1976.

Wettbewart und Strafrecht, Karlsruhe 1976.

Poder económico y delito, Barcelona 1985.

"Presente y futuro del Derecho Penal Económico" en *Hacia un Derecho Penal Económico. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid 1995, pp. 29-42.

TORÍO LÓPEZ, ÁNGEL: "Los delitos del peligro hipotético" en *Anuario de Derecho Penal*, XXXVI 1981, pp. 825-847.

VALLE MUÑIZ, JOSÉ MANUEL: "Comentario al artículo 282 del Código Penal" en *Comentarios a la Parte Especial del derecho Penal*, director: Quintero Olivares, G., coordinador: Valle Muñiz, J. M., Pamplona 1996, pp. 633-638.

VALLINES GARCÍA, ENRIQUE: "La protección del consumidor a través de las reglas sobre carga de la prueba" en *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral*, coordinador: Cubillo López, I. J., Pamplona 2010, pp. 227-271.

VAÑÓ VAÑÓ, M^a JOSÉ: "Publicidad engañosa" en *Diccionario de Derecho Penal económico*, VV. AA., director: Boix Reig, J., Madrid 2008, pp. 749-753.

VÁZQUEZ CUETO, JOSÉ CARLOS: "La publicidad correctora: un modelo americano adoptado por la Ley General de Publicidad" en *La Ley 1992-2*, pp. 923-938.

VERVAELE, J.: "La Comunidad Económica Europea frente al fraude comunitario ¿hacia un espacio "penal europeo"? en *Cuadernos de Política Criminal* n° 43 1991, pp. 119-137.

VIDALES RODRÍGUEZ, CATY: "Los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995: la necesidad de su delimitación frente a los delitos patrimoniales" en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº XXI 1998, pp. 306-378.

VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: "Sistema democrático y concepción del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo" en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº XXV 2005, pp. 400-441.

Fundamentos del sistema penal. (Acción significativa y Derechos Constitucionales), 2ª ed. Valencia 2011.

PÁGINAS WEBS CONSULTADAS:

<http://www.congreso.es>

<https://www.fiscal.es>

<https://www.interior.gob.es>

<http://www.pgdlisboa.pt>

<http://www.poderjudicial.es>

ANEXO JURISPRUDENCIAL:

STJUE de 16 de enero de 1992, n° C-373/1990 (EDJ 92/13968).

STIUE (Sala 5ª) de 12-6-2007, n° T-57/2004 y 71/2004 (EDJ 2007/39600)

STC RTC 71/1982 de 30 de noviembre.

STC RTC 53/1983 de 20 de junio.

STC RTC 62/1983 de 11 de julio.

STC RTC 88/1986 de 1 de julio.

STC RTC 15/1989 de 26 de enero.

STS RJ 122/1977 de 27 de enero.

STS 23 de septiembre de 1988

STS de 19 de junio de 1991 (EDJ 1991/6551).

STS n° 1879/1993 de 22 de julio (EDJ 7545).

STS de 18 de febrero de 1994

STS 20 de mayo de 1996.

STS RJ 1195/1997 de 24 de febrero.

STS nº 1231/1999 de 26 de julio (EDJ 19391).

STS nº 1336/2002 de 15 de julio (EDJ 29076).

STS 702/2003 de 30 de mayo (RJ 4283).

STS 357/2004 de 19 de marzo (EDJ 14268).

STS 27/2009 de 26 de enero (EDJ 11751).

STS 522/2009 de 14 de mayo (EDJ 158083).

STS 1097/2009 de 17 de noviembre (EDJ 300005).

STS nº 862/2014 de 2 de enero de 2015 (EDJ 2015/8572).

STSJ Madrid (Secc. 8ª) nº 437/1999 de 30 de junio (EDJ 29439).

SAP Baleares (Secc. 2ª) 25/2001 de 15 de febrero (EDJ 27132).

SAP Barcelona (Secc. 7ª) 828/2001 de 8 de noviembre (EDJ 67440).

SAP Barcelona (Secc. 5ª) 77/2002 de 21 de marzo
(EDJ 17965).

SAP Barcelona (Secc. 9ª) 6690/2005 30 de noviembre
(CENDOJ ECLI:ES:APB:2005:6690).

SAP Barcelona (Secc. 10ª) 3/2014 (EDJ 287355).

SAP Granada (Sec. 1ª) 383/2002 de 28 de junio (EDJ
35595)

SAP La Coruña 1130/2013 de 3 de mayor (EDJ 89427).

SAP La Rioja (Secc. 1ª) 17/2003 de 12 de febrero
(EDJ 48968).

SAP Málaga (Secc. 1ª) 180/2000 de 29 de junio (EDJ
29881).

SAP Sevilla (Secc. 5ª) de 11 de septiembre de 2009
(EDJ 385956).

SAP Toledo (Secc. 1ª) 1229/2000 de 15 de diciembre
(CENDOJ ECLI:ES:AP:2000:1229).

SAP Valencia (Secc. 9ª) 300/2008 de 23 de octubre
(EDJ 261767).

SAP Valencia (Secc. 9ª) 381/2014 de 29 de diciembre (EDJ 229294).

SAP Valencia (Secc. 9ª) 2/2015 de 7 de enero (EDJ 8277).

SAP Zaragoza (Secc. 3ª) 69/2000 de 28 de junio (EDJ 37884).

AAP Madrid (Secc. 7ª) 206/2000 de 2 de abril (EDJ 29875).

AAP Madrid (Secc. 7ª) 885/2010 de 11 de octubre (EDJ 294765).

AAP Valencia (Secc. 7ª) 217/2014 de 1 de diciembre (EDJ 211815).

AAP Tarragona (Secc. 2ª) 174/2002 de 20 de mayo (EDJ 32515).

SJP nº 23 Madrid 9/2001 de 29 de enero (EDJ 97500).

AJCI nº 4 procedimiento nº 59/2012 de 4 de julio.