

# **EL DELITO PUBLICITARIO DEL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO**

## **PENAL\***

*Beatriz Talegón Ramos.  
Alumna de la Licenciatura de Derecho. Universidad de Alcalá.*

## **ÍNDICE**

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	188
I. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DE SILENCIAR DATOS FUNDAMENTALES DE LOS BIENES, ACTIVIDADES O SERVICIOS.....	189
I. 1. ¿Conducta típica?.....	189
I. 2. La omisión.....	191
I. 2.1. Concepto.....	191
I. 2.2. Clases de omisión.....	192
I. 3. Delito tipificado en el artículo 282 CP'95. ¿Delito de acción o de resultado?.....	197
I. 3.1. Delito de mera actividad.....	197
I. 3.2. Delito de resultado.....	201
I. 4. Delitos de lesión y delitos de peligro.....	201
I. 4.1. Delitos de lesión.....	202
I. 4.2. Delitos de peligro.....	202
I. 5. Toma de posición en relación con el artículo 282 CP'95.....	203
II. SUJETOS:.....	203
II. 1. Sujeto activo.....	203
II. 1.1. Concepto de “fabricante”.....	204
II. 1.2. Concepto de “comerciante”.....	205
II. 1.3. Interpretación conjunta de los conceptos: “fabricante” y del “comerciante”.....	209
II. 1.4. Las Agencias de Publicidad.....	210
II. 2. Sujeto pasivo.....	215
III. Algunas cuestiones sobre la autoría y participación.....	220
III. 1. Responsabilidad de los anunciantes y de las agencias de publicidad.....	220
III. 2. Responsabilidad de las personas jurídicas.....	221
III. 3. El artículo 30 P'95.....	222
III. 4. Referencia a la propuesta de eliminación del sistema de responsabilidad del artículo 30 CP'95.....	226
IV. PARTE SUBJETIVA DEL TIPO.....	227
IV. 1. Dolo.....	227
IV. 2. Error del autor.....	229
IV.2.1 Error de tipo.....	229
IV.2.2. Error de prohibición.....	231
V. ITER CRÍMINIS.....	232
V. 1. Determinación de la consumación.....	232
V. 2. Fases de imperfecta ejecución.....	233

VI. RELACIONES CONCURSALES.....	234
VI. 1. Delito de Estafa. Artículo 248 CP'95.....	234
VI. 2. Delito de Falsedad en documento mercantil. Artículo 392 CP'95.....	238
VI. 3. Delito de Falsedad en documentos sociales. Artículo 290 CP'95.....	239
VI. 4. Delitos contra la Salud Pública. Artículos 359 a 365 CP'95.....	240
VII. EL FUTURO ARTÍCULO 282, EN VIRTUD DE LA L.O. 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE.....	244
VIII. LA PUBLICIDAD SUBLIMINAL O LA POSIBILIDAD DE UNA NUEVA INCRIMINACIÓN.....	244
IX. CONCLUSIONES Y UNA PROPUESTA DE “LEGE FERENDA”.....	245
BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.....	246
ANEXO JURISPRUDENCIAL.....	251

## **INTRODUCCIÓN**

Para situar el precepto que se estudia a continuación cabe afirmar, como lo hace DE VICENTE MARTÍNEZ, salvando los evidentes defectos en la técnica legislativa de la redacción del Código penal de 1995, resaltados por numerosos autores, que este delito constituye “la punta de lanza, o cuando menos, el más directamente orientado, de todos los delitos económicos para tutelar los derechos de los consumidores y usuarios”<sup>1</sup>.

Teniendo en cuenta la importancia que en nuestros días tiene la comunicación, ya que es el hilo conductor, en el mercado de consumo, entre el oferente y el demandante -y viceversa-, el control de las conductas que puedan suponer un engaño, un abuso por parte de quien se encuentra en una situación de mayor protección (pues no hay que olvidar que nos encontramos inmersos en sistemas netamente capitalistas, donde el gran empresario goza de una excesiva impunidad en muchos casos) es de evidente necesidad. Es por ello por lo que el legislador ha entendido que ciertas conductas que, si bien no lesionan de forma directa los bienes jurídicos de los individuos, sí los ponen en situación de peligro, deben tener su tipificación en el ordenamiento penal. Otra cosa será, si la final incursión en dicho cuerpo legislativo merece aplausos o, por el contrario, como se indicaba al comienzo de estas líneas podría haber sido abordada en otros términos.

---

\* Ponencia realizada el 13 de mayo de 2004 en el “Seminario de Derecho Penal. Parte especial”, sobre “Descubrimiento y revelación de secretos de empresa y delito publicitario”, dirigido por el Prof. Dr. D. Diego-Manuel Luzón Peña, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá.

<sup>1</sup> Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Infracciones y sanciones en materia de consumo*. Tecnos, Madrid, 2000, p. 54

Estas y otras cuestiones que plantean problemas sobre la conducta de la publicidad engañosa son el objeto del presente trabajo. Debo señalar que en algunos casos me he visto obligada a llevar a cabo una inmersión en la Parte general, que puede hacer la lectura del trabajo más densa; sin embargo, he considerado que, debido a los diferentes posicionamientos en la doctrina especializada, era necesario marcar un camino a seguir desde el primer momento en que me fuera posible.

En último lugar, también considero necesario señalar que, si bien hay otras parcelas importantes en las que profundizar en relación con este precepto, he tenido que prescindir de ello puesto que han sido objeto de estudio en la anterior ponencia de este seminario.

## **I. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DE SILENCIAR DATOS FUNDAMENTALES DE LOS BIENES, ACTIVIDADES O SERVICIOS.**

### **I. 1. ¿Conducta típica?**

Del tenor literal de la norma se desprende como conducta típica aquella que consiste en *hacer alegaciones falsas o manifestar características inciertas* (...). Ambos verbos son eminentemente activos. En principio, parece obvio pensar que el legislador, al redactar el Código Penal de 1995, lo que ha pretendido es delimitar los modos de comisión del delito, haciendo punibles únicamente las conductas activas<sup>2</sup>, ya que la Ley

---

<sup>2</sup>En este sentido, a modo de ejemplo, González Rus ha entendido que esta redacción “hace atípicas las formas omisivas”. Vid. GONZÁLEZ RUS J.J.: “Delitos socioeconómicos (VIII)”, en Cobo del Rosal, M. (Dir.)/Carmona Salgado, C./Morillas Cueva, L./Portilla Contreras, G./González Rus, J.J./Polaino Navarrete, M./Segrelles de Arenaza, Í.: Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial I, Madrid, 1996, p. 806. De igual modo, Jordana de Pozas mantiene que “las conductas omisivas sancionadas en las disposiciones administrativas (refiriéndose a las establecidas por la LGPu, entre otras) son penalmente atípicas”. Cfr. JORDANA DE POZAS GONZÁLBEZ, L.: “Artículo 282” en Conde-Pumpido Ferreiro, C. (Dir.)/VV.AA.: Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo II. Madrid, 1997, p. 2984. En el mismo sentido se expresan otros autores como TAMARIT SUMALLA J.M<sup>a</sup>.: “La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria: problemas fundamentales”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 41, 1990, p. 321; BAJÓ, M./BACIGALUPO, S.: Derecho Penal Económico. Madrid, 2001, p. 547; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: “Artículo 282 CP”, en Rodríguez Mourullo, G. (Dir.)/Jorge Barreiro, A. (Coord.)/Suárez González, C./Lascaraín Sánchez, J.A./Cancio Meliá, M./Feijóo Sánchez, B.: Comentarios al Código Penal. Madrid, 1997, p. 814. En sentido contrario, Queralt Jiménez mantiene que

General Publicitaria contempla en su artículo 4.2 que “(...) es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error en los destinatarios”. Esta definición está redactada del mismo modo que la que se encuentra en la Directiva 84/450 CEE. Por lo tanto, creo que la redacción del artículo 282 CP’95 pretende restringir el amplio alcance que la norma extrapenal tiene, pues de lo contrario, habría sido sencillo transportar la idea que la Ley General Publicitaria mantiene<sup>3</sup>.

Respecto a esta específica cuestión, CARBONELL MATEU<sup>4</sup> entiende que se produce una “grave laguna al no preverse la omisión de la información sobre efectos secundarios nocivos o defectos que pueda tener el producto o el servicio”. Añade, el mismo autor, que esto ha de tenerse en cuenta “al margen de que tal omisión pueda constituir otra figura delictiva como sucede, por ejemplo, en el caso del delito contemplado en el artículo 364.I.3<sup>5>6</sup>”.

En conclusión, la doctrina mayoritaria estima que la conducta a la que hacemos referencia, esto es: silenciar datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios, no puede considerarse, en principio, susceptible de ser entendida como “típica” para la comisión del delito contemplado en el artículo 282 CP’95. Contrariamente, como se señala en la cita primera, QUERALT JIMÉNEZ sostiene la posición minoritaria, que supone una “lectura forzada” de la ley, lo que a mi entender dota de gran inseguridad a esta parcela del sistema penal.

---

“la publicidad que aquí (refiriéndose al artículo 282 CP’95) queda sometida a pena será aquella que consista en la difusión de un mensaje comercial que falsee todas o algunas de las características de un producto o servicio, o bien silencie, total o parcialmente, alguna de las mismas, o la de aspectos comerciales del mismo”. Bien es cierto que antes advierte que, para entenderlo así, será necesario “forzar la letra de la ley”. Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: Derecho Penal Español. Parte Especial. 3ª ed., Barcelona, 1996, p. 600.

<sup>3</sup>Bajo y Bacigalupo entienden que al redactarse el precepto al que nos referimos, hubiese sido preferible tener en cuenta la definición de publicidad engañosa que aporta la LGPu en su artículo 4.2. Vid. BAJO, M./BACIGALUPO, S.: Derecho Penal Económico..., op. cit., p. 548.

<sup>4</sup>Vid. CARBONELL MATEU, J.C.: “Delitos relativos al mercado y a los consumidores” en Vives Antón, T.S./Boix Reig, J./Orts Berenguer, E./Carbonell Mateu, J.C./González Cussac, J.L.: Derecho Penal. Parte Especial. 3ª ed., Valencia, 1998, p. 476.

<sup>5</sup>El artículo 362.1.3 CP’95 dispone: “Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de uno a tres años (...) el que, conociendo su alteración y con propósito de expenderlos o destinarlos al uso por otras personas, tenga en depósito, anuncie o haga publicidad, ofrezca, exhiba, venda, facilite o utilice en cualquier forma los medicamentos referidos y con ello ponga en peligro la vida o la salud de las personas.”

<sup>6</sup>El ejemplo que cita es el que maneja Martínez Buján-Pérez cuando hace referencia al concurso de delitos que puede tener lugar entre el tipificado en el artículo 282 CP’95 y el previsto en el 364.I.3 CP’95. Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “Comentario al artículo 282”, en Vives Antón, T.S. (Coord.): Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen II. Valencia, 1996, p. 1374.

En Alemania, sin embargo, la doctrina considera típicas las omisiones de circunstancias esenciales del producto o servicio, ya que pueden conducir a una representación falsa de los mismos por parte del consumidor. La Ley alemana sobre la competencia desleal, en su párrafo tercero, define el concepto de “publicidad engañosa” y contempla la omisión como posible forma de comisión del delito, por parte de “Quien o aquél que en el tráfico comercial realice declaraciones engañosas con fines de competencia sobre relaciones comerciales especialmente sobre la calidad, el origen, la forma de producción o el ajuste de precios de algunas mercancías o trabajos manufacturados, o de una oferta global, o sobre listas de precios, sobre la forma de compra o la procedencia o (proveedores) de las mercancías, sobre la posesión de las marcas, sobre el motivo o el fin de la venta o sobre la cantidad de existencias (reservas). Puede emplearse/utilizarse la omisión de las declaraciones”<sup>7</sup>.

Lo que a primera vista parece empresa sencilla, se torna labor complicada al examinar la posibilidad de la comisión del delito *por omisión*. Es, en esta cuestión, donde hay que delimitar si, equiparando la acción a la omisión en algunos supuestos, estamos introduciendo en el tipo, de manera indirecta, la conducta que consiste en silenciar datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios.

Para poder abordar el tema que nos ocupa, en este apartado, con el mayor rigor posible, estimo necesario delimitar previamente el concepto de “omisión”.

## **I. 2. La omisión**

### **I. 2.1. Concepto**

Junto a la acción, en el artículo 10 CP’95, se describe la omisión como forma de posible comisión del tipo penal, y es que acción y omisión son las posibilidades que la conducta humana tiene para hacerse manifiesta en el plano real.

No puede entenderse la omisión como una mera actitud pasiva, sino que consiste en un no hacer algo que se debía y se podía<sup>8</sup>. Esto, que casi parece una tautología, tiene

---

<sup>7</sup>Vid. HEFERMEHL, W./BAUMBACH, A.: Wettbewerbsrecht. München, 1983. p. 965 (amablemente traducida, para este trabajo, por la Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Roso Cañadillas).

<sup>8</sup>Vid. MIR PUIG, S.: Derecho Penal. Parte General. 6<sup>a</sup> ed., Barcelona, 2002, p. 302; CEREZO MIR, J.: Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Volumen III: Teoría jurídica del delito/2. Madrid, 2001, p. 252.

gran sentido, pues no puede considerarse una omisión cualquier conducta que consista en un no hacer. A continuación, veremos cómo las omisiones son penalmente relevantes atendiendo a una serie de determinantes, cuales son los sujetos que las cometen, la intención, la regulación legal, etc...

La omisión es, en cualquier caso, opuesta a la acción: consiste, en fin, en la *no realización* de una conducta concreta y determinada. Los tipos de los delitos de omisión llevan implícitos mandatos de realizar determinadas acciones dirigidas a conseguir un fin socialmente valioso o a evitar la producción de un resultado socialmente no deseado.

### **I. 2.2. Clases de omisión.**

Es preciso advertir que, si bien se han establecido unos criterios generales, la doctrina no es unánime a la hora de diferenciar los distintos tipos de omisión.

SILVA SÁNCHEZ se muestra, en esta materia, autor de referencia obligada<sup>9</sup>. Distingue entre las omisiones puras o simples y las omisiones referidas a un resultado.

·Las omisiones puras o simples consisten en la mera inactividad. Estas omisiones pueden a su vez ser divididas en dos subgrupos:

- Las omisiones puras generales: son aquellas susceptibles de ser realizadas por cualquiera y deben ser objeto de tipificación expresa. Así, por ejemplo, el CP'95 tipifica en su artículo 195 la omisión del deber de socorro. Es un delito común, susceptible de ser realizado por cualquiera. Se consuma con la mera inactividad, consistente en no socorrer o auxiliar a una persona cuando se dan las siguientes circunstancias: que la víctima necesite ayuda de otras personas, que se encuentre en peligro manifiesto, grave y actual, y que se pueda llevar a cabo el auxilio sin riesgo propio o ajeno<sup>10</sup>.

- Las omisiones puras de garante: solamente pueden ser realizadas por sujetos determinados que tienen una especial responsabilidad. No es necesario, para este tipo de

---

<sup>9</sup>Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: El delito de omisión. Concepto y sistema. Barcelona, 1986, p. 343. En este sentido se expresaba Gimbernat, en su primer comentario al artículo 11 del CP' 95, lamentándose de no haberse tenido en cuenta por el legislador las numerosas contribuciones de Silva al respecto. Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: Prólogo a la 2ª ed. en Código Penal. 9ª ed. Madrid, por la que se cita, p. 31.

omisiones, una expresa tipificación. Ejemplificativamente, el artículo 408 CP'95 sanciona a las autoridades o funcionarios públicos cuando dejan gravemente de ejercer sus funciones, de forma intencionada, incumpliendo la obligación de promover la persecución de aquellos delitos de los que tengan conocimiento o de sus responsables. Por lo tanto, es un delito que se consume con la mera inactividad. Hay que advertir, que en este tipo no entraría la no persecución de los delitos que exigen denuncia previa de la persona agraviada (como por ejemplo, el delito de injurias, del artículo 215 CP'95)<sup>11</sup>.

· Las omisiones referidas a un resultado son aquellas que, como su propio nombre indica, tienen relevancia penal en la medida en que se produce un resultado lesivo imputable a la conducta omisiva. SILVA diferencia entre tres posibles omisiones referidas a un resultado:

- Las omisiones sin equivalencia comisiva, que se encuentran expresamente tipificadas.
- Las omisiones con equivalencia comisiva legalmente determinadas.
- Las omisiones con equivalencia comisiva legalmente indeterminadas, que son las que han sido denominadas tradicionalmente de “comisión por omisión”. Se trata de omisiones referidas a un resultado y equivalentes a la comisión activa, que no se contemplan en ningún precepto legal. Responde a este tipo, por ejemplo, la comisión de un homicidio del artículo 138 CP'95 por omisión. Para que pueda tener lugar, es necesario que se cumplan una serie de requisitos; entre otros, que quien realiza el tipo penal (la omisión) se encuentre en posición de garante.

A pesar de ser quizá el referente español en la materia, desde mi punto de vista, considero más apropiada la distinción teórico-formal que defienden autores como MIR PUIG<sup>12</sup>, quien considera que hay dos tipos de omisión: la omisión pura y la comisión por omisión. Mantiene MIR que esta denominación es preferible a la de delitos de omisión *propia e impropia*<sup>13</sup>. Como afirma el catedrático de Barcelona, un sector

---

<sup>10</sup>Vid. GARCÍA VALDÉS, C. (Dir.)/VALMAÑA OCHAÍTA, S./TÉLLEZ AGUILERA, A./ FIGUEROA NAVARRO, M.C./MESTRE DELGADO, E./MARTÍNEZ GALINDO, G./SANZ DELGADO, E.: Diccionario de Ciencias Penales. Madrid, 2002, p. 375.

<sup>11</sup>Cfr., últ. op. y loc. cit.

<sup>12</sup>Vid. MIR PUIG, S.: Derecho Penal... op. cit., p. 306.

<sup>13</sup>En el mismo sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./SERRANO GÓMEZ, A.: Derecho Penal Español. Parte General. 18ª ed., Madrid, 1995, p. 385. Sin embargo, autores como, entre los alemanes, Welzel,

doctrinal considera equivalentes los términos, pero otra dirección sostiene que el nombre de omisión impropia se refiere a los casos en que no hay una regulación legal establecida. De esta manera, entienden que en la omisión propia se incluyen tanto las conductas de pura omisión, como de comisión por omisión.

Lo cierto es que la omisión pura no plantea, en general, problema alguno, ya que ha de venir determinada por la ley. Sin embargo, la cuestión que más discusiones ha suscitado en la doctrina, y que más tarde requerirá de nuestra atención con arreglo al tipo del 282 CP'95, ha sido la comisión por omisión.

La omisión pura corresponde a la conducta de un *no hacer* algo determinado. El tipo de omisión pura consta, asimismo, de una parte objetiva y de otra subjetiva.

La parte objetiva del tipo consta de tres elementos fundamentales: la situación típica, la ausencia de una acción determinada, y la capacidad de realizar esa acción. La parte subjetiva del tipo ha planteado dudas acerca de la consideración del dolo. La doctrina se ha ubicado en tres posturas diferenciadas:

- Negar la presencia del dolo en estos casos<sup>14</sup>.
- Adaptar el dolo a la conducta pasiva, equiparándolo, no ya al aspecto volitivo, sino únicamente al cognoscitivo<sup>15</sup>.
- Sustituir la necesidad del verdadero dolo por un *no querer llevar a cabo la conducta debida*<sup>16</sup>.

---

Maurach, Baumann o Jescheck, o los españoles Jiménez de Asúa, Rodríguez Mourullo, Gimbernat Ordeig o, en esta facultad, Luzón Peña y García Valdés, se refieren de esta manera a los tipos de omisión. Vid., al respecto, WELZEL, H.: Derecho penal alemán. Parte General. 11ª ed., 4ª ed. castellana. Trad., de Bustos Ramírez, J/Yáñez Perez, S. Santiago de Chile, 1997, pp. 239 y ss.; MAURACH, R./GÖSSEL, K.H./ZIPF, H.: Derecho penal. Parte General II. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho. Trad., de la 7ª ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires, 1995, pp. 223 y ss.; BAUMANN, J.: Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos. Buenos Aires, 1973, p. 137; JESCHECK, H.H.: Tratado de Derecho Penal. Parte General. 4ª ed. Trad., de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, 1993, pp. 550 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: Principios de Derecho Penal. La ley y el delito. 3ª ed., Buenos Aires, 1958, p. 232; el mismo: Tratado de Derecho Penal. Tomo III. El delito. 4ª ed. Buenos Aires, pp. 389 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: La omisión de socorro en el Código Penal (Prólogo de Juan Córdoba Roda), Madrid, 1966, p. 77; GIMBERNAT ORDEIG, E.: Ensayos penales. Madrid, 1999, p. 262; LUZÓN PEÑA, D.M.: Curso de Derecho Penal. Parte General I. Madrid, 1999, p. 306; GARCÍA VALDÉS, C.: Principios de Teoría del Delito. *Anuario de la Facultad de Derecho*, Alcalá de Henares, 1996, p. 15.

<sup>14</sup>Vid. LAMPE: Ingerenz oder dolus subsequens?. *ZstW* 72, 1960, citado por Santiago Mir en MIR PUIG, S.: Derecho Penal... op. cit., p. 310.

<sup>15</sup> Vid. JESCHECK, H.H.: Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado. 1992, p. 77, citado en MIR PUIG, S.: últ. op. y loc. cit.



La comisión por omisión supone que el *no hacer* algo determinado conlleve un resultado lesivo, esto es, que *no se haya evitado* la producción del resultado. La parte objetiva del tipo de comisión por omisión muestra la misma estructura que la que acabamos de analizar en relación con la omisión pura, esto es, la situación típica, la ausencia de la acción determinada y la capacidad de realizarla.

En nuestro Código vigente, el artículo 11 es el que da cobertura legal a la comisión por omisión y lo hace del siguiente modo: “Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción:

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

Las características peculiares son: la posición de garante, la producción de un resultado lesivo y la posibilidad de evitarlo.

· La posición de garante tiene lugar cuando corresponde al sujeto una específica función de protección del bien jurídico afectado, o una función personal de control de una fuente de peligro, en determinadas circunstancias. Tradicionalmente, las fuentes de la posición de garante eran la ley, el contrato y el actuar precedente. Además de las fuentes formales, vemos, en esta exposición de MIR PUIG, una clasificación más amplia, que abarca también las denominadas “fuentes materiales”.

*La función de protección de un bien jurídico* tiene lugar de dos maneras:

- Por mediar relación familiar o social<sup>17</sup>, lo que en las fuentes formales se considera posición de garante por ley. Sucede en el deber de cuidado mutuo que, por ejemplo, el Código Civil establece entre los cónyuges.

---

<sup>16</sup> Vid. KAUFMANN, A.: Bemerkungen zum Irrtum beim unechten Unteerlassungsdelikt, JZ 1963, pp. 504 y ss., citado en MIR PUIG, S.: Derecho Penal... op. y loc. cit.

<sup>17</sup> Gimbernat Ordeig se refiere a la ampliación de las fuentes formales que ha tenido lugar en el seno de la doctrina alemana. Así la posición de garantía en el ámbito familiar se ha ampliado al tenerse en cuenta

- Por asunción voluntaria<sup>18</sup>. Podemos considerar relacionada con esta circunstancia la que se consideraba anteriormente como fuente formal, esto es, el contrato. Así, el socorrista, encargado de velar por los bañistas.

Con respecto a *la función personal de control de una fuente de peligro*, la doctrina alemana distingue tres supuestos:

- Por el actuar precedente, o injerencia. Por ejemplo, un obrero de la construcción deja un agujero abierto en la calle y no lo cierra.
- Por el deber de control de fuentes de peligro que operan en el propio ámbito de dominio<sup>19</sup>. Así sucede con el dueño de un perro que lo deja suelto.
- Por la responsabilidad de la conducta de otras personas. Es el supuesto en el que los padres deben hacerse responsables de las conductas llevadas a cabo por sus hijos menores de edad.

La parte subjetiva del tipo no plantea problemas en los casos de comisión por omisión.

Además de la distinción entre omisión pura y comisión por omisión, señala MIR PUIG la que versa sobre la omisión prevista como tal por la ley, y la omisión no descrita expresamente por la redacción legal.

- La omisión prevista en la ley abarca tanto las formas de omisión puras, como de comisión por omisión.
- La omisión no prevista en la redacción legal, solamente comprende la comisión por omisión, ya que en estos supuestos únicamente podemos referirnos a los tipos de resultado, que se entienden realizados por conducta activa o por la no evitación del resultado.

---

cuestiones como “la estrecha relación vital” o “la comunidad de vivienda”. Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: Ensayos penales... op. cit., p. 287.

<sup>18</sup> Se habla al respecto sobre la “comunidad de peligro”, que de alguna manera puede considerarse una asunción voluntaria de un riesgo, que tiene lugar de manera conjunta por parte de un grupo de personas, garantes entre sí. Vid., últ. op. cit., p. 294.

<sup>19</sup> La referencia aquí se hace acerca de los deberes de aseguramiento del tráfico. Vid., últ. op. cit., p. 300.

### **I. 3. Delito tipificado en el artículo 282 CP'95. ¿Delito de acción o de resultado?**

#### **I. 3.1. Delito de mera actividad<sup>20</sup>.**

Como afirma ROXIN, “son delitos de mera actividad aquellos en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella”<sup>21</sup>. Así, en estos delitos de mera conducta, el tipo solamente requiere de un específico comportamiento, ya sea mediante acción u omisión, sin la necesidad de que se produzca un resultado lesivo.

Siguiendo en este apartado a LUZÓN PEÑA<sup>22</sup>, dentro de este tipo de delitos podemos establecer una distinción entre los de pura actividad, y los de omisión propia (o de pura omisión). Como en ambos casos basta con la mera realización de la conducta (activa u omisiva), para la consumación del tipo, no cabría la antigua frustración (tentativa acabada)<sup>23</sup>.

En cuanto a la tentativa inacabada, entre otros, el catedrático de Alcalá mantiene que cabe en los delitos de mera actividad y no sólo en los compuestos de varios actos. Desde mi punto de vista, prefiero adherirme a la visión contraria<sup>24</sup>, ya que si pensamos en un delito de mera actividad, como por ejemplo, el descrito por el artículo 279 CP'95 (“el que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas, será castigado con la pena de...”), me parece hartamente complicado plantear la apreciación y consecuente punibilidad de una tentativa inacabada, que si bien veo posible concebir en un plano meramente imaginario, no considero que la esencia del Derecho Penal, esto es, su tendencia hacia la mínima intervención, se plasme en esa consideración. De igual modo, encuentro dificultosa la apreciación de tentativas en otros delitos de actividad como, por ejemplo, los delitos de omisión del deber de socorro (art. 195 CP'95), el de

---

<sup>20</sup> Para el análisis de este apartado he seguido el que plantea Luzón Peña en su manual sobre la Parte General, I. Vid. LUZÓN PEÑA, D.M.: Curso de Derecho Penal... op. cit., pp. 306, 307 y 308.

<sup>21</sup> Cfr. ROXIN, C.: Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. de la 2ª ed. alemana y notas por Luzón Peña, D.M./Díaz y García Conlledo, M./De Vicente Remesal, J. Madrid, 1997, p. 328.

<sup>22</sup> Vid. LUZÓN PEÑA, D.M.: últ. op. y loc. cit.

<sup>23</sup> Cfr., últ. op. y loc. cit.

<sup>24</sup> En este sentido, vid. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General. Madrid, 1984, p. 254; SOLA RECHE, E.: La llamada “tentativa inidónea” de delito. Aspectos básicos. Granada, 1996, pp. 160-161.

omisión del deber de impedir determinados delitos o de promover su persecución (art. 450 CP'95), o en el de falso testimonio (art. 458 CP' 95). El artículo 16 CP'95 dice, literalmente, que “hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito...”; por lo tanto, en el caso de los delitos de mera actividad, el hecho de dar comienzo a la actividad delictiva supone ya efectivamente una consumación (en el primer citado ejemplo, si atendemos al verbo típico “el que condujere”, el hecho de arrancar el coche y ponerlo en marcha estando bajo los efectos de cualquiera de las sustancias descritas en el artículo 279 CP'95, supone ya una consumación del tipo)<sup>25</sup>. Sin embargo, si en este supuesto intentamos imaginar la tentativa inacabada, esto es, que el sujeto vaya a utilizar, a *conducir*, el coche bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas y un amigo le detenga con anterioridad a esa efectiva conducción (por lo tanto, considerando que el sujeto ha llevado a cabo “parte de los actos encaminados a producir el resultado”), ¿no iría contra los principios del Derecho Penal penar al sujeto por lo que *pretendía* hacer y no por lo que realmente ha hecho, cuando el tipo penal solamente contempla la mera conducta activa?.

Con respecto a esta cuestión, ALCÁCER GUIRAO<sup>26</sup> mantiene que, “como es evidente, el Derecho Penal no constriñe su función preventiva sólo a los delitos consistentes en un resultado naturalístico, sino que pretende la evitación de conductas potencialmente lesivas de cualquier bien jurídico establecido por el legislador”. No estoy muy de acuerdo con esta postura, pues creo que si efectivamente lo que el Derecho Penal quiere evitar son las conductas potencialmente lesivas, tiene sentido proteger los bienes jurídicos que se encuentren en un efectivo peligro antes de que se produzca el resultado. Pero en los delitos de mera actividad, en la supuesta tentativa, la peligrosidad no es tal si efectivamente el bien jurídico no se encuentra en un peligro de ser potencialmente lesionado, ya que solamente existen dos posibilidades: lesionarlo directamente, o dejarlo indemne (conducta punible en el primer caso, al contrario que en el segundo). Mantener lo contrario supondría que el Derecho Penal entrara en la esfera personal de manera en exceso intrusiva, pues en la vida se plantean muchas circunstancias de hipotético peligro que, al no ser materializadas, no deberían ser

---

<sup>25</sup> En términos de Roxin, “en los delitos de mera actividad, para comprobar la consumación del hecho, sólo es preciso examinar la concurrencia de la propia acción del autor; y en ellos coincide también la tentativa acabada”. Cfr. ROXIN, C.: Derecho Penal. Parte General... op. cit., pp. 328 y 329.

tenidas en cuenta a efectos de punición penal. De este modo, me adhiero a los términos que LUZÓN PEÑA adopta cuando dice que: “(...) sobre todo, a la inversa significa que, ante una acción que ni siquiera es típica no existen necesidades preventivo-generales ni preventivo-especiales, pues se trata precisamente de una acción no indeseable, o al menos, no tan intensamente indeseable, por lo que el Derecho Penal no tiene por qué preocuparse por la posible repetición, general o individual, de una acción que no es valorada negativamente o no lo es en tan alto grado. Esto puede suceder no sólo por falta de cualquier elemento típico, sino también al concurrir una causa de exclusión de la tipicidad penal (por insignificancia, tolerancia social, en parte en casos de adecuación social, por *inexigibilidad* penal general, en ciertos casos de consentimiento *de facto* pero inválido jurídicamente, etc.). En estos casos (...) se suprime el indicio contenido en el tipo legal (positivo) de la existencia de desvalor y de prohibición penal de la acción, pero no por haber una autorización jurídica e incluso valoración positiva del hecho, sino porque el hecho, a pesar de considerarse ilícito en otros sectores del ordenamiento, no es lo suficientemente grave, por lo que la pena, en cuanto *ultima ratio*, tampoco es necesaria para el mismo”<sup>27</sup>.

En el mismo sentido que LUZÓN, cuando admite la tentativa, ALCÁCER mantiene que “... las cosas pueden ser diferentes si la tentativa puede ya comenzar en una fase anterior a la realización parcial, con actos inmediatamente vinculados a la misma; así, también en los delitos de actividad cabría hallar actos situados en este ámbito previo, actos que, entonces, vendrían a configurar una tentativa del respectivo delito de actividad”<sup>28</sup>. A este respecto, considero peligroso flexibilizar los delitos de mera actividad hasta el punto de adelantarse a su propia comisión, sobre todo habida cuenta de la cercanía entre la tentativa inacabada y el desistimiento.

De un modo quizás extensivo, en mi opinión, en los delitos de omisión pura, LUZÓN PEÑA mantiene, entre otros, que “también es posible conceptualmente la tentativa; pues el sujeto puede disponerse inmediatamente a omitir su deber e incluso comenzar el acto para retirarse, y sin embargo, no poder omitir por quedar en ese

---

<sup>26</sup> Cfr. ALCÁCER GUIRAO, R.: *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*. Madrid, 2001, p. 95.

<sup>27</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, D.M.: “La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito”, en Silva Sánchez (Ed.)/Schünemann (Coord.)/Figueiredo Días (Coord.): *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro-homenaje a Claus Roxin*. Barcelona, 1995, pp. 123 y 124.

<sup>28</sup> Cfr. ALCÁCER GUIRAO, R.: *últ. op. y loc. cit.*

momento inconsciente por desmayarse, o por llegar entonces un tercero que socorre a la persona en peligro, o incluso por obligarle terceros a que cumpla su deber...”<sup>29</sup>. Creo que el Derecho Penal no tiene, ni debe tener, posibilidad de ese carácter invasivo, de introducirse en la mente del sujeto<sup>30</sup>, por lo que conocer su intención es prácticamente imposible, ya que rayaríamos en asimilar el derecho penal a la moralidad<sup>31</sup>. Lo que debe tenerse en cuenta es si, finalmente, el sujeto ha actuado con actos externos, y si no ha sido así, analizar las causas de justificación, el error, etc... Por ello, hemos de concluir que el Derecho Penal solamente puede entrar a valorar las conductas que tengan reflejo en el plano material, y no en el cognoscitivo, pues el pensamiento no delinque, o como procede desde Ulpiano “*cogitationis poenam nemo patitur*”<sup>32</sup>.

La tentativa imposible creo, al igual que LUZÓN y ALCÁCER, entre otros, sí puede plantearse. Pero no supone problema alguno, pues en nuestra legislación no es punible<sup>33</sup>.

En último lugar, con respecto a la autoría mediata, como veremos *infra* se plantean dudas en la doctrina sobre si puede llevarse a cabo el delito a través de intermediario.

---

<sup>29</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, D.M.: Curso de Derecho Penal... op. cit., p. 306

<sup>30</sup> La razón originaria de esta tendencia político-criminal, como ha puesto de manifiesto Fletcher, se advierte en que “para los que son partidarios de adelantar el ámbito de la responsabilidad, la cuestión no es si el acto es peligroso para una víctima potencial, sino si el actor es peligroso para la sociedad como un todo”. Así, como expresa el mismo autor, “este énfasis en la intención o dolo del delito anticipaba una característica central de la teoría del Derecho penal que luego se mantuvo durante el Nacionalsocialismo que destacó sobre todo la importancia de la actitud interna del delincuente (*Gesinnung*) como la esencia de la criminalidad. A partir de 1933 los penalistas alemanes profundizaron esta línea ideológica abandonando sus esfuerzos por refinar el lado objetivo externo de la responsabilidad por tentativa”. Cfr. FLETCHER, G.P.: Conceptos básicos de Derecho Penal. Prólogo, Trad. y notas de Francisco Muñoz Conde. Valencia, 1997, pp. 258 y 261, respectivamente (cursivas en el original); también Luzón Peña ha hecho referencia a esa función limitadora del *Ius puniendi* “desde una perspectiva liberal, garantista y protectora de bienes jurídicos frente a una extravaloración de la “actitud interna” o “disposición de ánimo” (*Gesinnung*)”. Cfr. LUZÓN PEÑA, D.M.: Iniciación a la teoría general del delito. Managua (Nicaragua), 1995, p. 94.

<sup>31</sup> Vid., en este sentido, GARCÍA VALDÉS, C.: Principios de... op. cit., p. 10.

<sup>32</sup> En otras palabras de Pacheco, en sus comentarios al Código de 1848, reformado en 1850: “No se ha turbado el orden público; aún no ha habido siquiera el mal de la alarma; toda la perturbación que ellos inducen de las leyes morales es una perturbación interna, a cuyo enderezamiento no alcanza el poder ni el derecho de los hombres”. Cfr. PACHECO, J.F.: El Código Penal. Concordado y comentado. Moderna edición, con estudio preliminar y anotaciones, de Téllez Aguilera. Madrid, 2000, p. 119.

<sup>33</sup> Es preciso matizar que aunque en general la tentativa imposible no es punible, hay que tenerla en cuenta si ex ante la conducta es potencialmente peligrosa. Más extensamente, acerca de la tentativa inidónea, vid., recientemente, MUÑOZ LORENTE, J.: La tentativa inidónea y el Código Penal de 1995. Valencia, 2003, pp. 61 y ss.

### **I. 3.2. Delito de resultado**

También se denominan resultativos, o de causación. El tipo requiere, para poder considerarse consumado, la producción de un resultado, como consecuencia de la conducta y materialmente distinto de ella, normalmente posterior a la misma, aunque a veces coincidan.

No se plantean, en este tipo de delitos, problemas acerca de la tentativa acabada (frustración), ni de la inacabada.

Pueden distinguirse dos clases de delitos de resultado: los puros de resultado (de causación, o puramente resultativos) y los de modalidades limitadas de ejecución (o delitos de acción y resultado). Los primeros son aquellos en los que solamente se exige que el sujeto realice un resultado, sin especificar cómo: el que matare a otro (ya puede ser por acción, por omisión; dentro de la comisión, a golpes, envenenándole, con un arma...). En estos tipos puros de resultado, cabe la comisión por omisión (aunque no siempre, pues en algunos casos, como por ejemplo en el hurto, no es posible, por ser “tomar” un verbo activo), o la autoría mediata; lo que plantea más problemas es la consideración de autor o de partícipe.

El segundo tipo, los delitos de resultado con modalidades limitadas de ejecución, suponen una especificación por parte de la norma de cómo han de ser llevados a cabo. Ocurre en el caso del artículo 148 CP'95, donde se contempla el subtipo agravado de lesiones producidas con armas o instrumentos peligrosos. Es precisamente en estos tipos en los que resulta más fácil diferenciar al autor del partícipe. Lo que supone una dificultad es la apreciación de autoría mediata, ya que, si alguien lleva a cabo lo explícitamente redactado por el tipo, puede ser difícil entender que quien se encuentra *detrás* deba responder.

### **I. 4. Delitos de lesión y delitos de peligro.**

Esta clasificación responde al criterio diferenciador del bien jurídico y el modo de afectación del bien jurídico.

#### **I. 4.1. Delitos de lesión**

Los delitos de lesión suponen una efectiva lesión o menoscabo del bien jurídico protegido. Esto quiere decir que el tipo solamente requiere la lesión del bien jurídico. LUZÓN PEÑA señala que no deben confundirse con los delitos de resultado, pues los delitos de lesión pueden ser tanto de resultado, como de mera actividad (activa u omisiva). Por ejemplo, un delito de lesión y de resultado, puede ser el tipificado en el artículo 138 CP'95: homicidio; el resultado, que es la muerte, coincide con la lesión al bien jurídico, esto es, la vida. Por otro lado, un delito de lesión y de mera actividad lo encontramos en el artículo 202 CP'95: allanamiento de morada; la lesión es menoscabar la intimidad de la persona, lo que se produce cuando se entra en casa ajena sin el consentimiento del dueño.

#### **I. 4.2. Delitos de peligro**

Los delitos de peligro se consuman sin necesidad de lesión efectiva. Basta con crear una indefensión del bien jurídico. Se clasifican a su vez en delitos de peligro abstracto, y en delitos de peligro concreto.

El delito de peligro concreto supone que la acción produzca un resultado de concreto peligro de lesión inmediata o próxima, esto es, que sea una efectiva situación de peligro. Dicho de otro modo, en los delitos de peligro concreto, el tipo requiere como resultado de la acción la proximidad de una concreta lesión. Sucede, por ejemplo, en los supuestos de conducción temeraria (artículo 381 CP'95).

El delito de peligro abstracto no conlleva que la acción origine un peligro efectivo; basta con que la conducta sea peligrosa en general para algún bien jurídico. No se exige el resultado de proximidad del que hablábamos en el supuesto anterior, sino que basta con la peligrosidad de la conducta. Esto ocurre cuando se conduce bajo efecto de drogas (artículo 379 CP'95), por ejemplo, pues no es necesario que se haya puesto en peligro concreto ningún bien jurídico, sino que es una conducta potencialmente peligrosa.



Junto a los delitos de peligro, LUZÓN PEÑA señala también los “delitos de lesión y peligro”, que suponen la lesión efectiva de un bien jurídico y la puesta en peligro de otros.

## **I. 5. Toma de posición en relación con el artículo 282 CP'95**

De los epígrafes estudiados hasta el momento, puede afirmarse que el delito tipificado en el artículo 282 CP'95 responde a un delito de mera actividad (como veremos *infra* TERRADILLOS BASOCO es el único autor, en la doctrina española, que defiende lo contrario, esto es, que nos encontramos ante un delito de resultado), y de peligro abstracto, concretamente de peligro hipotético o de aptitud.

La conducta de silenciar datos, esto es, la conducta en su vertiente omisiva, debe entenderse atípica. Es, por ello, necesario recurrir a la comisión por omisión para penar dicha actitud. Esto es posible ya que los anunciantes se encuentran en posición de garante y la omisión equivale a la acción, lo que significa que el ocultamiento de datos sobre características esenciales de los productos o servicios, tiene la aptitud para generar en los potenciales consumidores un engaño, suficiente como para producir un perjuicio grave y manifiesto.

## **II. SUJETOS:**

### **II. 1. Sujeto activo**

La doctrina es prácticamente unánime<sup>34</sup> a la hora de clasificar el tipo penal descrito en el artículo 282 CP'95: nos encontramos ante un delito especial propio<sup>35</sup>. Y

---

<sup>34</sup> En contra, vid. GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Delitos socioeconómicos (VIII)”, en Cobo del Rosal..., op. cit., p. 807. Este autor niega la cualidad de delito especial, argumentando que en los delitos especiales “las condiciones subjetivas o las cualificaciones requeridas por el tipo deben concurrir en el sujeto antes de la realización de la conducta típica, mientras que aquí es el acto de la fabricación o comercialización el que cualifica al sujeto como tal”, y propone un concepto amplio de “fabricante” y “comerciante”.

<sup>35</sup> En este sentido, vid., entre otros, LUZÓN PEÑA, D.M.: “El delito publicitario en el nuevo Código Penal de 1995”. Madrid, 1996, p. 4; JORDANA DE POZAS GONZÁLEZ, L.: “Comentario al artículo 282 CP'95”..., op. y loc. cit.; CARBONELL MATEU, J.C.: “Delitos relativos al mercado...”, op. cit., p. 475; CUGAT MAURI, M.: “La protección de intereses colectivos: el caso del delito publicitario”, en Qunitero Olivares, G./Morales Prats, F. (Coords.): El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz. Navarra, 2001, p. 1184; BAJO, M./BACIGALUPO, S.:

es que por la clasificación de los delitos según su autor o sujeto activo, podemos distinguir, entre otros, aquellos que exigen una especial condición, relación o cualificación del mismo; éstos son los denominados “delitos especiales”. A su vez, los delitos especiales pueden ser propios o impropios. Pues bien, los delitos especiales propios son aquellos que se caracterizan por no contar con una figura paralela de delito común.

Con respecto a los delitos especiales, la doctrina se ha mantenido enfrentada a la hora de entender si cabe o no en ellos la participación de extraños, pues para algunos solamente podrá aceptarse la figura del “partícipe” en el caso en que haya un delito común paralelo. Otro problema que se plantea es el de la autoría mediata llevada a cabo por un extraño, ya que a éste le faltaría la condición requerida por el tipo. De esta manera, se llega a situaciones de impunidad, que han suscitado diversas críticas por parte de la doctrina<sup>36</sup>. A este tipo de cuestiones me referiré más adelante, al tratar de la participación.

De la lectura del artículo 282 CP'95 se nos hace obligada la detención en los conceptos de “fabricante” y “comerciante”. Son términos que no aparecen en la Ley General de Publicidad, pues en ella se hace referencia al anunciante, a las agencias publicitarias, a los medios de publicidad, entre otros.

### II.1.1. Concepto de “fabricante”

Por “fabricante”, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a “todo aquel que realiza la acción de fabricar, quien produce objetos en serie,

---

Derecho Penal Económico... op. cit., p. 551; HERNÁNDEZ PLASENCIA, U.: “El delito publicitario”... op. cit., p. 260; MESTRE DELGADO, E.: “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en Lamarca Péres, C. (Coord.)/Alonso de Escamilla, A./Mestre Delgado, E./Gordillo Álvarez-Valdés, I.: Manual de Derecho Penal, Parte Especial. Madrid, 2001, p. 354; MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial. 14ª ed., Valencia, 2002, p. 493; SERRANO GÓMEZ, A.: Derecho Penal, Parte Especial. 3ª ed., Madrid, 1998, p. 465; ROBLEDO VILLAR, A.: Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Barcelona, 1997, p. 389; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: “Artículo 282 CP”, en Rodríguez Mourullo, G. (Dir.)/Jorge Barreiro, A. (Coord.)/Suárez González, C./Lascaraín Sánchez, J.A./Cancio Meliá, M./Feijoó Sánchez, B.: Comentarios... op. cit., p. 814; DEL MORAL GARCÍA, A.: “La protección penal del consumidor frente a la actividad publicitaria: perspectiva penal”, en Protección penal de consumidores y usuarios. Madrid, 2001, p. 112; MARTÍN PALLÍN, J.A.: “Protección penal de los consumidores” en *Revista Jurídica La Ley*, Volúmen III, año 1996, p. 1277; PUENTE ABA, Mª.L.: Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario. Valencia, 2002, p. 358.

<sup>36</sup> Vid. LUZÓN PEÑA, D.M.: Curso de Derecho Penal. Parte General, I... op. cit., pp. 304 y 305.

generalmente por medios mecánicos”. Esta definición no puede extrapolarse al ámbito penal, puesto que no parece que la intención del legislador sea hacer alusión al sujeto que está trabajando en una fábrica, sino más bien al titular de la misma. En la doctrina, a modo de ejemplo, como lo expresa CARRASCO ANDRINO, se entiende como tal “el productor o elaborador de cualquier clase de bienes (muebles o inmuebles, productos manufacturados o naturales), comprendiendo, en consecuencia, al sujeto que produce materias primas”<sup>37</sup>; o para ROBLEDO VILLAR<sup>38</sup>, es aquel que dedica su actividad a la producción de objetos en serie siendo titular de la fábrica<sup>39</sup>.

A la vista de la limitación del sujeto activo en el precepto que estudiamos, PUENTE ABA<sup>40</sup> recomienda adoptar la interpretación extensa del término que se encuentra en la Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre la responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. Así: “Se entiende por fabricante:

- a) El de un producto determinado.
- b) El de cualquier elemento integrado en un producto terminado.
- c) Cualquier persona que se presente al público como fabricante, poniendo su nombre, denominación social, su marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto o en el envase, en el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o de presentación”.

Esta es precisamente la vía que nos queda para poder referirnos al agricultor, al constructor o a otros sujetos que, de otro modo, no podrían contemplarse como sujetos activos del delito.

### **II.1.2. Concepto de “comerciante”**

El debate doctrinal aparece en torno a la delimitación de este concepto.

---

<sup>37</sup> Vid. CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup>.M.: La publicidad engañosa y el Derecho Penal (una aproximación al tipo del artículo 282 del C.P.), Valencia, 2000, p. 93.

<sup>38</sup> Vid. ROBLEDO VILLAR, A.: Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico... op. cit., p. 389.

<sup>39</sup> Vid., en el mismo sentido, SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: “Comentario al artículo 282 CP”... op. cit., p. 812.

<sup>40</sup> Vid. PUENTE ABA, M<sup>a</sup>.L.: Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario... op. cit., p. 364.

El artículo 1 del Código de Comercio nos aporta la siguiente definición:

“Son comerciantes:

1. Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente.
2. Las compañías mercantiles o industriales que se constituyen con arreglo a este Código”<sup>41</sup>.

En la doctrina, también se han propuesto otras definiciones, como por ejemplo la de MAPELLI CAFFARENA<sup>42</sup>, quien entiende como comerciante “la persona que se dedica a comprar, vender o permutar artículos”; QUERALT JIMÉNEZ<sup>43</sup> sostiene asimismo que no tiene sentido limitar los posibles sujetos activos al ámbito de los fabricantes y comerciantes entendidos en un sentido estricto, y precisamente por ello propone que el concepto de comerciante haga alusión a “todos los que no sean industriales ni fabricantes, en la medida que comerciante es aquel que realiza una actividad de contratación de bienes, servicios, derecho y obligaciones”; ROBLEDO VILLAR<sup>44</sup>, por su parte hace referencia al concepto de “empresa” como término más ajustado a la significación legal del tipo (entiende que “empresario” y “comerciante” son sinónimos)<sup>45</sup>. De hecho, la jurisprudencia ha sustituido en algunos casos el concepto de “comerciante” por el de “empresario”<sup>46</sup>.

Podríamos definir “empresario” como la persona física o jurídica que por sí o por medio de delegados ejercita y desarrolla en nombre propio una actividad en el mercado constitutiva de empresa, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y

---

<sup>41</sup> Sorprendentemente, Sierra López, atribuye la siguiente definición al Código de Comercio, que no coincide con la real: “comerciante es aquella persona física o jurídica, que en nombre propio ejercita una actividad de intermediación en el mercado, una actividad de empresa, generalmente con ánimo de lucro; aunque comprendería no solo las actividades puramente comerciales, sino también las industrias, bancarias, de almacenes generales de depósito, transporte, etc.”. Vid. SIERRA LÓPEZ, M.V.: Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en Internet. Valencia, 2003, p. 178.

<sup>42</sup> Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: El delito de publicidad fraudulenta. Valencia, 1999, p. 57.

<sup>43</sup> Vid. QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: Derecho Penal Español... op. cit., p. 599.

<sup>44</sup> Vid. ROBLEDO VILLAR, A.: Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico... op. cit., p. 390.

<sup>45</sup> Vid., en este mismo sentido, SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: “Comentario al artículo 282 CP”... op. cit., p. 812; MUÑAGORRI LAGUÍA, I.: La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa. Granada, 1998, p. 85; SIERRA LÓPEZ, M.V.: Análisis jurídico-penal de la publicidad... op. cit., p. 180; PUENTE ABA, M<sup>a</sup>.L.: Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario... op. cit., pp. 362 y 363; MORENO Y BRAVO, E.: El delito de publicidad falsa. Barcelona, 2001, pp. 99 y 100.

derechos nacidos de esa actividad. De esta definición, puede desprenderse el concepto de “empresa” como el ejercicio profesional de una actividad económica planificada, con la finalidad de intermediar en el mercado de bienes o servicios<sup>47</sup>.

Es importante advertir que se excluye del término “empresario” a los profesionales liberales y a los artistas siempre que el ofrecimiento de sus productos o servicios esté marcado por su personalidad propia. Sin embargo, podremos considerarlos empresarios cuando surja una organización semejante a la empresa para el ejercicio de sus actividades propias<sup>48</sup>. Contrario a esta idea se muestra DEL MORAL GARCÍA<sup>49</sup> cuando expone que, con arreglo al artículo 282 CP’95, no puede merecer castigo la publicidad llevada a cabo por ciertos profesionales a los que no se pueda catalogar de “comerciantes”<sup>50</sup>. Sucede en algunos anuncios publicitarios de tratamientos médicos, por ejemplo, o en otras actividades (constructores, por ejemplo)<sup>51</sup> que, según el autor, solamente forzando un poco las cosas podrían encajarse en la alternativa legal. Este autor advierte que queda al margen del precepto la publicidad electoral, que sí puede ser objeto de sanción por otras razones. Siguiendo con este planteamiento, sostiene también que quedan fuera de la tipicidad (salvo que puedan ser penados como partícipes de un delito ajeno) las actividades de las agencias de publicidad. Solamente se puede tratar de resolver estas cuestiones a través de la teoría de la participación, para evitar impunidades nada razonables. En este mismo sentido, SIERRA LÓPEZ<sup>52</sup> sostiene que “a las personas a las que no pueda otorgárseles la calificación de empresario, quedarán al margen del precepto penal”.

CARRASCO ANDRINO<sup>53</sup> pone de relieve que no han de incluirse en el círculo de sujetos activos las asociaciones de consumidores, ya que en ningún momento podrán considerarse “comerciantes”, pues no ofrecen ningún producto o servicio en el mercado,

---

<sup>46</sup> Vid. STS 17 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9514), Fundamento Jurídico Segundo.

<sup>47</sup> Vid. PUENTE ABA, M<sup>a</sup>.L.: Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario... op. cit., p. 361.

<sup>48</sup> De hecho, hay normativas que asimilan determinados aspectos de su régimen jurídico al régimen de los empresarios. Esto ocurre en la Disposición Adicional 1<sup>a</sup> de la LGDCU, introducida por la Ley 7/1997 sobre Condiciones Generales de la Contratación en los apartados 3 y 8.

<sup>49</sup> Vid. DEL MORAL GARCÍA, A.: “La protección penal del consumidor frente a la actividad publicitaria: perspectiva penal”... op. y loc. cit.

<sup>50</sup> Vid., en el mismo sentido, CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup>. M.: La publicidad engañosa y el Derecho Penal... op. cit., p. 94.

<sup>51</sup> Esta cuestión en concreto se ha resuelto en líneas anteriores, al abordar el concepto de “fabricante”.

<sup>52</sup> Vid. SIERRA LÓPEZ, M.V.: Análisis jurídico-penal de la publicidad... op. y loc. cit.

<sup>53</sup> Vid. CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup>.M.: La publicidad engañosa y el Derecho Penal... op. cit., pp. 95 y 128.

y las “pruebas comparativas” que suelen publicar no se realizan con fines publicitarios, sino únicamente con la finalidad de ofrecer una información objetiva a los consumidores sobre los diferentes bienes o servicios que se ofrecen en el mercado.

CUERDA RIEZU<sup>54</sup> se refiere a la dificultad que conlleva considerar sujeto activo a las Administraciones públicas. A este respecto, PUENTE ABA<sup>55</sup> plantea la distinción de dos supuestos: en primer lugar estaría la publicidad efectuada por empresas de titularidad pública, que no presenta ninguna peculiaridad con respecto a la publicidad emanada de una empresa privada, ya que al fin y al cabo estamos ante verdaderos empresarios que pretenden comercializar bienes y servicios en el mercado; el segundo supuesto, sería el de la denominada “publicidad institucional”, que proviene directamente de una Administración, que no es realizada con fines comerciales, sino con otros objetivos (como la incitación al ahorro, prevención de enfermedades...). En principio, no habría objeción para sancionar las conductas típicas realizadas en el marco de una publicidad no comercial, siempre y cuando se estuviera promocionando indirectamente algún bien o servicio y así se pusieran en peligro la libertad de disposición económica y/o el patrimonio de los consumidores. Sin embargo, como comentábamos anteriormente respecto a la publicidad electoral, no son punibles por el artículo 282, sino por otros preceptos diferentes, pues la limitación del sujeto activo a los fabricantes o comerciantes no permite aplicar el precepto a una Administración pública que cumpla sus funciones<sup>56</sup>. La autora entiende que esto no debe ser entendido como una verdad absoluta, pues si nos imaginamos la posibilidad en la que la Administración pública lleva a cabo una publicidad que es divulgada con una mera finalidad informativa pero que, finalmente promociona la adquisición de ciertos bienes o servicios, sí puede ponerse en peligro la libertad de disposición económica y/o el patrimonio de los consumidores (por ejemplo, cuando la publicidad consiste en invertir en Letras del Tesoro o en Deuda Pública, presentándola más rentable que el mero ahorro; o cuando se recomienda consumir determinado alimento, que solamente se comercializa por una determinada empresa, en la campaña publicitaria que pretende proteger la salud).

---

<sup>54</sup> Vid. CUERDA RIEZU, A.: “Contribución a la polémica sobre el delito publicitario”, en *Estudios sobre consumo*, XI (35), 1995, p. 78.

<sup>55</sup> Vid. PUENTE ABA, M<sup>a</sup>.L.: Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario... op. cit., p. 363.

<sup>56</sup> Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico. Parte Especial. Valencia, 1999, p. 96.

DEL MORAL GARCÍA<sup>57</sup> reconoce el mérito que tienen los primeros autores citados (Mapelli Caffarena, Muñagorri Laguía), al esforzarse por adecuar el tipo a la realidad de la actividad publicitaria, pero entiende que ninguna de las posiciones satisface plenamente, y que una modificación legislativa que convirtiese la infracción en un delito común tal y como se hacía en los Proyectos de 1980 y en la Propuesta de 1983, sería lo deseable.

### **II.1.3. Interpretación conjunta de los conceptos: “fabricante” y “comerciante”.**

Otro punto de vista es el que mantienen autoras como CARRASCO ANDRINO<sup>58</sup> y SIERRA LÓPEZ<sup>59</sup>, al entender que el legislador quiere aludir a dos momentos diferentes de la actividad empresarial o comercial cuando se refiere por un lado al fabricante, y por otro al comerciante, esto es, a la fase de elaboración o creación del producto y a la de su comercialización. Piensan que con ello se salva el posible inconveniente que pudiera existir, de cara a la incriminación de los casos en los que el que elabora el producto y lo publicita es distinto al que lo comercializa.

Además, la segunda citada<sup>60</sup> mantiene que el legislador, con expresiones como “fabricantes” o “comerciantes”, se refiere a los sujetos responsables de la publicidad: las personas naturales o jurídicas en cuyo interés se realiza la publicidad<sup>61</sup>. Esto quiere decir que cuando el legislador utiliza las expresiones “fabricante” y “comerciante”, está haciendo referencia al anunciante, que es la persona sobre la que recae la obligación de desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios<sup>62</sup> y quien tiene derecho a controlar la ejecución de la campaña de publicidad<sup>63</sup>.

---

<sup>57</sup> Vid. DEL MORAL GARCÍA, A.: “La protección penal del consumidor frente a la actividad publicitaria: perspectiva penal”... op. cit., pp. 113 y 114.

<sup>58</sup> Vid. CARRASCO ANDRINO, Mª. M.: La publicidad engañosa y el Derecho Penal... op. cit., p. 94.

<sup>59</sup> Vid. SIERRA LÓPEZ, M.V.: Análisis jurídico-penal de la publicidad... op. cit., p. 179.

<sup>60</sup> Vid. SIERRA LÓPEZ, M.V.: últ. op. y loc. cit.

<sup>61</sup> Vid. Artículo 10 Ley General Publicitaria.

<sup>62</sup> Vid. Artículo 11 LGP.

<sup>63</sup> Vid. Artículo 12 LGP.

#### II.1.4. Las Agencias de Publicidad.

El artículo 10 de la LGP establece que “son agencias de publicidad las personas naturales o jurídicas que se dediquen profesionalmente y de manera organizada a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta del anunciante”.

Es cuestión problemática si ha de considerarse o no sujeto activo a la agencia publicitaria, ya que en la gran mayoría de los casos son éstas, y no el mismo fabricante o comerciante, quienes elaboran los mensajes publicitarios. Precisamente es por esto por lo que recibe críticas la configuración de este delito como “especial propio”, pues supone que muchas conductas queden impunes. PUENTE ABA<sup>64</sup> llega a hablar incluso de un delito “doblemente especial”, ya que no sólo se exige una cualidad personal al sujeto activo (ser fabricante o comerciante), sino que además se requiere que éste realice las declaraciones falsas en “sus ofertas y publicidad de productos o servicios”, es decir, en ofertas pertenecientes al propio sujeto activo.

MUÑAGORRI<sup>65</sup> considera admisible incluir a las agencias de publicidad en el concepto de “comerciantes”. Según este autor, esto sería posible, porque el artículo 282 CP'95 incrimina a los fabricantes o comerciantes que hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas “en sus ofertas o publicidad de productos o servicios”: así, solamente se requiere que el mensaje publicitario sea propiedad o provenga de los fabricantes o comerciantes, pero esta misma pertenencia no se exige respecto de los bienes o servicios publicitados; partiendo de esta base, se podría concluir, según el autor, que es típica la publicidad falsa efectuada por una agencia publicitaria, puesto que el tipo no exige que se anuncien los productos o servicios propios.

TERRADILLOS BASOCO<sup>66</sup>, en la misma línea, va todavía más allá cuando dice que el problema podría superarse entendiendo que “fabricantes” debe incluir al departamento de publicidad de la propia empresa, y que el término “comerciantes” engloba también a los publicitarios que, al fin y al cabo comercian con la actividad

---

<sup>64</sup> Vid. PUENTE ABA, M<sup>a</sup>.L.: Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario... op. cit., p. 365.

<sup>65</sup> Vid. MUÑAGORRI LAGUÍA, I.: La protección penal de los consumidores... op. cit., pp. 88 y 89.

<sup>66</sup> Vid. TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “El delito de publicidad engañosa”, en VV.AA. Ruiz Rodríguez, L.R. (Ed.): Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores. Actas del II Seminario Internacional del Derecho penal económico. Jerez, diciembre, 2000. Valencia, 2002 p. 77.



publicitaria. De esta manera hemos visto cómo se puede solucionar el problema de la impunidad de determinados actos llevados a cabo por las agencias publicitarias.

Lo cierto es que, como señalan algunos autores<sup>67</sup>, habría sido deseable que se indicase expresamente, volviendo a repetir el posesivo “sus” o en alguna otra forma, que los productos o servicios pertenecen a los propios fabricantes o comerciantes; sin embargo, CUGAT MAURI entiende que esta pertenencia ya se desprende del propio sentido de la frase, del contexto específico, dado que si el texto legal hace referencia a las ofertas y publicidad que emiten los mismos fabricantes o comerciantes, no parece tener sentido entender (si el legislador no lo indica expresamente) que los bienes o servicios sobre los que versa la publicidad no pertenecen a los sujetos indicados. No obstante, para evitar las dudas que la redacción suscita, esta autora se suma a la idea, defendida también por otros autores<sup>68</sup>, de proponer la configuración del tipo como un delito común.

Como vemos, la consideración de las agencias publicitarias como sujetos activos del delito de publicidad engañosa, ha dado lugar a todo tipo de posiciones en la doctrina. Así, JORDANA DE POZAS<sup>69</sup> sostiene que nada impide que los responsables de las empresas publicitarias respondan como inductores o cooperadores necesarios<sup>70</sup>, siendo desde su punto de vista difícil de mantener la consideración de coautores al amparo del artículo 31 CP’95. Su idea conlleva que en los supuestos en los que la agencia publicitaria realice alegaciones falsas o manifieste características inciertas de los productos, sin que el fabricante o comerciante lo sepa, en virtud del principio de accesoriedad de la participación, dicha actividad quedará impune.

Los problemas que se plantean sobre la participación, también son muchos. De acuerdo con la jurisprudencia<sup>71</sup>, nada se opone a que el “extraneus” pueda ser castigado como cooperador necesario o inductor de la conducta desplegada por el “intraneus”.

---

<sup>67</sup> Vid. PUENTE ABA, M<sup>a</sup>.L.: *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario...* op. cit., p. 366.

<sup>68</sup> Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, U.: “El delito publicitario”... op. cit. pp. 270 y 271.

<sup>69</sup> Vid. JORDANA DE POZAS GONZÁLBEZ, L.: “Artículo 282”... op. cit., p. 2985.

<sup>70</sup> En este mismo sentido se muestra Carbonell, en los siguientes términos: “estos agentes publicitarios podrán participar en la conducta delictiva como cooperadores necesarios si se limitan a difundir el engaño que tiene que haber nacido del fabricante o del comerciante. En este sentido puede resultar inadecuada la regulación, ya que son precisamente las agencias publicitarias las que suelen dirigir las campañas y, por consiguiente, decidir el contenido del producto publicitario”. Cfr. CARBONELL MATEU, J.C.: “Delitos relativos al mercado...”, op. cit., p. 476.

<sup>71</sup> Vid. STS de 18 de enero de 1994.

Desde este punto de vista, se disminuyen las posibilidades de impunidad intolerables, en las que el principal responsable y promotor de la actividad delictiva sea el publicitario que ha llegado a conformar y dirigir la voluntad del anunciante. En ese caso, autores como JORDANA DE POZAS, según vimos *supra*, y DEL MORAL GARCÍA<sup>72</sup>, mantienen que el publicitario podrá ser considerado inductor o cooperador necesario del delito; y el anunciante, en la medida en que dé su visto bueno para la difusión de la campaña o la asuma, será autor, sin que ello suponga propiamente un caso de comisión por omisión, sino de acción.

En cambio, continuando con la explicación del último de los autores citado, si el publicitario se limita a seguir las instrucciones del anunciante e ignora la falta de veracidad en la publicidad, no le será exigible, lógicamente, responsabilidad alguna.

En los casos en los que no hay dolo por parte del anunciante, nos encontramos ante supuestos de atipicidad. En principio, si no existe un “intraeus” responsable penalmente, no cabrá realizar reproche penal al “extraneus” porque no se puede responder por la participación en una conducta atípica. Como se indicó *supra*, DEL MORAL GARCÍA entiende, al igual que JORDANA DE POZAS, que el artículo 31 CP’95 no es un instrumento idóneo para paliar esta deficiencia, pues la relación entre el publicitario y la empresa será contractual y no supondrá asunción de representación<sup>73</sup>.

En esta línea, aunque con ciertas diferencias, CUGAT MAURI<sup>74</sup>, llevando a cabo un interesante estudio sobre esta cuestión, parte de la idea de que, al tratarse de un delito especial, significa que determinados sujetos ostentan determinada posición de garantía frente al bien jurídico. La agencia de publicidad responde al mandato del fabricante o comerciante, pero éstos no ejecutan por sí mismos la acción delictiva, aunque sí tienen el dominio del hecho. La pregunta que plantea la autora es: la agencia publicitaria, ¿autor o cómplice?. Como vemos, es la cuestión que tiene la doctrina entre manos.

Para la profesora de Barcelona, podría alegarse que la agencia publicitaria no queda expresamente incluida en el círculo de productores o comerciantes; además,

---

<sup>72</sup> Vid. DEL MORAL GARCÍA, A.: “La protección penal del consumidor...” op. cit., p. 115.

<sup>73</sup> Vid., en este sentido, MAPELLI CAFFARENA, B.: El delito de publicidad fraudulenta... op. cit., pp. 60 y 61.

<sup>74</sup> Vid. CUGAT MAURI, M.: “La protección de intereses colectivos: el caso del delito publicitario”... op. cit., pp. 1186 y ss.

cabría también plantear que si se atribuye el dominio del hecho al anunciante por su interés en la venta de los productos o servicios, mal podría predicarse el mismo de la agencia de publicidad que carece de tal voluntad; en último lugar, desde el punto de vista del dolo, puede entenderse que la empresa publicitaria no tiene por qué disponer de especiales conocimientos que le alerten acerca de la falsedad del mensaje que emite. Basándonos en estos argumentos, se llega a la conclusión de que el sujeto activo del artículo 282 CP'95 solamente podrían serlo los fabricantes y comerciantes, excluyendo a las agencias de publicidad.

Pues bien, tras plantear estas posibles argumentaciones, CUGAT MAURI explica que la literalidad del tipo no excluye a las agencias de publicidad porque también son comerciantes, ni impone que los productores y comerciantes hagan publicidad de los “propios” productos, puesto que se alude a los productos y servicios en general (se apoya aquí la autora en el planteamiento, *supra* desarrollado, de Muñagorri Laguía). Además, continuando con la idea de la profesora CUGAT, incluso si se admitiera que las agencias de publicidad no pueden ser incluidas en el círculo de productores o comerciantes, siempre se podría aplicar el artículo 31 CP'95<sup>75</sup>, que permite atribuir responsabilidad penal a quien actúa “en nombre o representación legal o voluntaria de otro (...) aunque no concurren en él las condiciones que la correspondiente figura del delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación se obre”.

Por lo tanto, para poder considerar a las agencias de publicidad como sujetos activos del delito, es preciso estudiar si cumplen con los requisitos que se exigen para ostentar tal condición, a pesar de no ser los productores o comerciantes de los bienes anunciados. En el plano ontológico las posibles situaciones son diversas:

- Supuesto en el que la agencia actúa por iniciativa propia: Imaginemos que el comerciante, en lugar de decidir todos los detalles sobre la campaña publicitaria, proporciona únicamente información básica sobre el producto, a partir de la cual, la agencia elaborará libremente el mensaje publicitario. La agencia publicitaria va más allá de lo inicialmente pactado, por la razón que sea (por ejemplo la de ganar un cliente a partir del aumento de ventas del producto) y falsea las características del objeto del

anuncio. Ante esta situación, el Derecho Penal debería penar del mismo modo que lo haría con el comerciante o fabricantes, a la agencia, pues aunque haya un precepto administrativo que establezca que el anunciante tiene derecho a controlar la ejecución de la campaña<sup>76</sup>, no significa que tenga la obligación. Ante este supuesto, como vimos *supra*, JORDANA DE POZAS y DEL MORAL mantenían la impunidad de estos actos por ser atípicos.

• Supuesto en el que la agencia publicitaria actúa en colaboración o por encargo del productor o comerciante, con conocimiento de la falsedad: En este caso, la conducta podría calificarse de participación en el delito del productor o comerciante<sup>77</sup>, sin que se planteen problemas para CUGAT MAURI de participación del “extraneus” en delito especial propio, en la medida en que la agencia de publicidad, como veíamos *supra*, es considerada por esta autora como un comerciante más. Al respecto, MUÑOZ CONDE<sup>78</sup> no ve problemas para estimar la participación de las agencias publicitarias. Parece ser que en este caso, la doctrina adopta posiciones semejantes<sup>79</sup>.

En sentido contrario, HERNÁNDEZ PLASENCIA<sup>80</sup>, entre otros, mantiene que las agencias de publicidad no pueden incurrir en responsabilidad penal porque lo impide el propio tenor del artículo 282 CP’95, que únicamente dirige la prohibición, y la correspondiente sanción, a los fabricantes o comerciantes de los productos o servicios de los que se hace publicidad. Explica el profesor de La Laguna, que si las agencias de publicidad son los autores materiales de la publicidad, tampoco podrían responder como inductores los fabricantes o comerciantes, pues el principio de accesoriedad de la participación impediría castigar al inductor de una conducta atípica. En cualquier caso, para este autor, las citadas consideraciones revelan un defecto técnico en la

---

<sup>75</sup> Hemos visto anteriormente cómo autores tales como Jordana de Pozas entienden que la aplicación del artículo 31 CP’95 sería “difícil”. Afirmando la aplicación del artículo se muestran otros como BAJO, M./BACIGALUPO, S.: Derecho Penal Económico..., op. cit., p. 552.

<sup>76</sup> Vid. artículo 12 LGP.

<sup>77</sup> Vid. SIERRA LÓPEZ, M.V.: Análisis jurídico-penal de la publicidad... op. y loc. cit.: “(...) cuando el anunciante ordena la ejecución de una publicidad engañosa. Si el instrumento actúa sin dolo, no habrá problemas en admitir la autoría mediata del fabricante o comerciante”.

<sup>78</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial... op. cit., p. 493.

<sup>79</sup> Así lo aprecia SIERRA LÓPEZ, M.V.: Análisis jurídico-penal de la publicidad... op. cit., pp. 189 a 193, quien añade: “en los casos de favorecimiento o cooperación en la publicidad cuyo engaño surge del fabricante o comerciante, será posible sancionar a las personas que trabajan en las agencias de publicidad como cooperadoras necesarias, respondiendo el comerciante o fabricante como autor del delito tipificado en el artículo 282 CP’95”.

<sup>80</sup> Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, U.: “El delito publicitario”... op. cit., pp. 261 a 263; en el mismo sentido, DEL MORAL GARCÍA, A.: “La protección penal del consumidor...” op. cit., p. 113.

configuración del tipo, que puede suponer la nula incriminación en la práctica de la publicidad engañosa (y, de hecho, si nos remitimos al repertorio jurisprudencial, observaremos que el artículo 282 CP'95 rara vez se estima aplicable).

En suma, si se descarta la aplicación del artículo 30 CP'95 al delito publicitario y se toma en consideración que el texto legal no excluye a las agencias publicitarias de la expresión “fabricantes o comerciantes”, no habría obstáculo técnico para considerar a las agencias como autoras del delito. Si a ello se le añade el argumento material de que también éstas deben respetar unos patrones de conducta esenciales para el buen funcionamiento del mercado, contaremos además con el fundamento necesario para su inclusión en el círculo de sujetos activos de este delito especial propio<sup>81</sup>.

## II. 2. Sujeto pasivo.

A este respecto, si bien la doctrina parece encontrarse en situación pacífica, se plantean algunas cuestiones en campos muy limitados que iré abordando a medida que vaya avanzando en mi exposición.

En principio, parece claro que el sujeto pasivo al que el Código hace referencia es *el consumidor*. En este sentido, CARBONELL MATEU menciona a “todos y cada uno de los potenciales consumidores”<sup>82</sup>; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ se refiere al “grupo colectivo de los consumidores”<sup>83</sup>; QUERALT JIMÉNEZ, desde una perspectiva más amplia, entiende que el sujeto pasivo del delito contemplado en el artículo 282 CP'95 es “la comunidad en general y, como perjudicado, el destinatario (artículo 2 LGPu) de la publicidad abusiva”<sup>84</sup>; y MESTRE DELGADO define al consumidor como el colectivo social cuando es analizado como destinatario del sistema económico de producción de bienes y prestación de servicios, o en la perspectiva inversa, como parte demandante del mercado<sup>85</sup>.

---

<sup>81</sup> Vid. CUGAT MAURI, M.: “La protección de intereses colectivos: el caso del delito publicitario”... op. cit., p. 1190.

<sup>82</sup> Cfr. CARBONELL MATEU, J.C.: “Delitos relativos al mercado...”, op. cit., p. 475.

<sup>83</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “Comentario al artículo 282”... op. cit., p. 1370.

<sup>84</sup> Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: Derecho Penal Español... op. cit., p. 599.

<sup>85</sup> Vid. MESTRE DELGADO, E.: “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”... op. cit., p. 351.

En cualquier caso, parece clara la unanimidad en lo que a la naturaleza colectiva del sujeto pasivo se refiere.

Como ya se indicaba al comienzo de este apartado, hay determinadas cuestiones que se plantean al respecto, como por ejemplo: ¿cabe considerar “sujetos pasivos” a los competidores?.

Lo más acertado es contestar negativamente a esta pregunta, pues para la protección de estos sujetos se han creado otras normativas específicas. Nuestro Código Penal parece asentar que a quien se refiere únicamente es a los consumidores. En este sentido, según CUGAT MAURI “no puede confundirse ‘perjudicado’ con ‘sujeto pasivo’ del delito”<sup>86</sup>. Lo cierto es que en anteriores proyectos de ley sí que se contemplaba la posibilidad de considerar a los competidores como sujetos pasivos<sup>87</sup>. Posiblemente la razón de la no incursión de tales sujetos haya sido la intención legislativa de proteger a quienes se encuentren en la situación de mayor inferioridad en el mercado, y por ello, es obvio que el consumidor es quien menos protegido se encuentra.

Otra cuestión que podría plantearse es: si bien las empresas (personas jurídicas) no pueden considerarse sujetos pasivos en la medida en que encarnan la figura de “competidor”, ¿podrían verse protegidas como consumidoras?.

Para responder con el mayor rigor posible a esta cuestión es imprescindible recurrir a un concepto delimitado de “consumidor”. La definición que encontramos en la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios<sup>88</sup>, concretamente en su artículo 1.2., es la siguiente: “A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones (...)”. El apartado tercero del mismo artículo dispone que “no tendrán la consideración de

---

<sup>86</sup> Cfr. CUGAT MAURI, M.: “La protección de intereses colectivos: el caso del delito publicitario”... op. cit., p. 1181.

<sup>87</sup> Así sucedía en el Anteproyecto del Código Penal de 1992, entre otros, donde se hacía referencia a los “consumidores y a los demás concurrentes en el mercado”.

<sup>88</sup> Es preciso señalar que la definición que ofrece la LGDCU no tiene carácter absoluto, lo que significa que no puede considerarse aplicable con carácter general a toda la legislación española (dice claramente “a los efectos de esta ley”). Existen, además, leyes específicas que ofrecen su propia definición de consumidor para aplicar a la materia que regulan, como así sucede con la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia. Incluso cabe señalar que en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, se

consumidores o usuarios quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”. Al respecto de lo que ha de entenderse como “adquirir”, no debe identificarse con el verbo “comprar”; tal interpretación restrictiva no es correcta, sino que deben incluirse en el concepto de “consumo” todo tipo de contratos que persigan la satisfacción de necesidades privadas: arrendamientos, seguros, operaciones bancarias, contratos de transporte...<sup>89</sup>.

Por otro lado, la doctrina científica se encuentra dividida en lo que a la consideración de “consumidor como destinatario final se refiere”.

Autores como SÁNCHEZ GARCÍA<sup>90</sup> entienden que, de la lectura de los preceptos anteriores, no puede considerarse “consumidores” a quienes no sean “destinatarios finales”<sup>91</sup>. DEL MORAL GARCÍA, profundiza en ello cuando dice, con respecto a la protección secundaria de los competidores, que “la conducta sólo será delictiva si es idónea para causar un perjuicio a su consumidor. (...) Del concepto “consumidor” hay que excluir a los profesionales intermedios, como son los distribuidores u otros comerciantes (...). Al tratarse de un sujeto pasivo colectivo, ha de exigirse que la acción publicitaria tenga vocación de dirigirse a una cierta pluralidad de destinatarios. Una publicidad con un único receptor no tiene idoneidad para causar perjuicio a los consumidores o usuarios”<sup>92</sup>. Esta es, por tanto, la corriente más restrictiva. Desde mi punto de vista, se trata de una visión extremada, pues si bien lo que la norma pretende es proteger al consumidor dentro del mercado, una empresa que no actúe como competidora sino simplemente como un eslabón más de la cadena comercial, puede verse perjudicada por la publicidad engañosa de otra empresa. Así, por ejemplo, puede suceder con el mayorista que, guiado por la información de una publicidad engañosa, adquiere grandes cantidades de género al fabricante. En este caso, el mayorista, según el tenor literal del apartado tercero del artículo primero de la Ley

---

extiende, en el artículo 2, el ámbito de protección no sólo a los consumidores, sino también a los profesionales, equiparando así al pequeño empresario con el consumidor.

<sup>89</sup> Vid. PUENTE ABA, M<sup>a</sup>.L.: Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario... op. cit., p. 283.

<sup>90</sup> Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I.: El nuevo delito publicitario (Artículo 282 del Código Penal), en *Actualidad Penal*, nº 25, año 1997, volumen I, marginal 543, p. 566.

<sup>91</sup> En el mismo sentido, vid. BAJO, M./BACIGALUPO, S.: Derecho Penal Económico... op. cit., p. 546.

General de Defensa de Consumidores y Usuarios, no puede ser considerado consumidor, y por lo tanto, no estaría amparado por el artículo 282 CP'95. Si continuamos con el mismo ejemplo, podría pensarse que, de algún modo, el citado mayorista venderá a mayor precio el género al minorista, transportando así el perjuicio del engaño al último eslabón de la cadena. Pero, en este caso, no puede pensarse que éste último, al fin consumidor, ostente la posición de “sujeto pasivo”, pues uno de los requisitos del tipo es que exista una relación de causalidad entre el engaño y el perjuicio económico. Y claro es que el comprador no es objeto de error producido por el engaño del fabricante inicial, ya que la publicidad engañosa es probable que ni siquiera fuera conocida por éste.

Por lo tanto, sobre la base de que únicamente son sujetos pasivos los consumidores como destinatarios finales, apreciamos que ciertas conductas, que a todas luces son las descritas por el tipo penal, quedan impunes.

La posición antagónica al respecto la toma, entre otros, SERRANO GÓMEZ, quien afirma que el sujeto pasivo de este delito puede ser “cualquiera”<sup>93</sup>. Podemos afirmar que el sujeto pasivo del delito de publicidad falsa tiene un carácter difuso. Está constituido por el grupo de los consumidores, que es un término que se refiere a sujetos indeterminados, pero que no llega a abarcar a toda la sociedad, pues los intereses de los consumidores (como demandantes de servicios y de bienes) se contraponen a los intereses de quienes ofrecen dichos bienes y servicios. Es precisamente por ello, por lo que no me adhiero a la idea defendida por el citado autor en las líneas anteriores, ya que la considero en exceso expansiva.

Para finalizar la duda planteada, entiendo que las empresas, no ya como competidoras, sino como consumidoras, deben considerarse, a efectos de protección penal, como sujetos pasivos del delito para evitar así que conductas como la que antes se describía, queden totalmente indemnes<sup>94</sup>. En contra de esta equiparación (entre el empresario y el consumidor), se ha manifestado que los empresarios poseen una organización y una experiencia como contratantes de las que carecen los consumidores

---

<sup>92</sup> Cfr. DEL MORAL GARCÍA, A.: “La protección penal del consumidor frente a la actividad publicitaria: perspectiva penal”... op. cit., p. 118.

<sup>93</sup> Cfr. SERRANO GÓMEZ, A.: Derecho Penal. Parte Especial... op. cit., p. 465.

<sup>94</sup> Vid., en este sentido, CUGAT MAURI, M.: “La protección de intereses colectivos: el caso del delito publicitario... op. cit., p. 1181.



finales; además se ha mantenido que la concesión de tutela a los pequeños empresarios como si fuesen consumidores originaría una gran inseguridad jurídica, porque habría que examinar caso por caso si el empresario concreto realmente necesita tal protección<sup>95</sup>. Al respecto, creo que precisamente el control de los jueces y tribunales de cada caso concreto constituye un importante elemento garantista en lo que al ámbito penal se refiere.

La siguiente cuestión que se plantea sobre el sujeto pasivo del delito es acerca de la idea de un “colectivo” como titular de derechos. Para su resolución será preciso llevar a cabo una concreción para no confundirlo con otros sujetos indeterminados, que podría llevarnos incluso a confundirnos con los supuestos de estafa (donde lo que se protege es al sujeto o a los sujetos como agentes individuales)<sup>96</sup>.

MUÑAGORRI LAGUÍA<sup>97</sup> afirma que el sujeto pasivo del delito tipificado en el artículo 282 CP’95 no ha de estar constituido por todos aquellos a los que meramente el mensaje publicitario alcance, sin más requisitos, pues sistemáticamente tienen que ser posibles afectados por un perjuicio grave y manifiesto. PUENTE ABA<sup>98</sup>, por su parte, propone configurar un “concepto fáctico” de consumidor, lo que supone adelantar el marco concreto en que se difunde la publicidad (en este caso engañosa) para determinar si los sujetos a los que va dirigido el mensaje se encuentran en una verdadera situación de indefensión. Será precisamente el hecho de hallarse en este estado lo que permitirá calificar a un potencial adquirente como “consumidor”. Por otra parte, creo interesante hacer mención a la consideración de que los consumidores finales con conocimientos específicos o con ingresos muy elevados quizás no resulten ser merecedores de dicha tutela.

---

<sup>95</sup> Vid. PUENTE ABA, M<sup>a</sup>.L.: Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario... op. cit., p. 289.

<sup>96</sup> Vid. CUGAT MAURI, M.: “La protección de intereses colectivos: el caso del delito publicitario”... op. cit., pp. 1183 y 1184.

<sup>97</sup> Vid. MUÑAGORRI LAGUÍA, I.: La protección penal de los consumidores... op. cit., pp. 5 y 92.

<sup>98</sup> Vid. PUENTE ABA, M<sup>a</sup>.L.: Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario... op. cit., pp. 287 y 288.

### **III. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN**

Dado que la redacción del tipo limita el círculo de autores al “fabricante” y al “comerciante”, será preciso determinar en cada caso hasta qué punto el “fabricante o comerciante” ha sido en cuestión el auténtico autor de las alegaciones publicitarias falsas.

A continuación trataré de abordar los dos problemas principales: la actuación de las agencias publicitarias y la determinación del “fabricante” o “comerciante” cuando se trata de personas jurídicas.

#### **III. 1. Responsabilidad de los anunciantes y de las agencias de publicidad.**

Es necesario dejar claro hasta qué punto son las agencias las creadoras del mensaje publicitario. Claro está que será el anunciante quien facilite la información sobre el producto que sea necesaria para elaborar la campaña. Partiendo de este punto, vamos a analizar distintos supuestos:

- Elaboración de la publicidad por parte de la agencia, basándose en datos falsos proporcionados por el anunciante, sin que las agencias conozcan la falsedad. En este supuesto, quienes tienen el dominio del hecho son los anunciantes<sup>99</sup>, y la agencia publicitaria actuaría como un mero instrumento, amparado por error de tipo, esto supone considerar al anunciante como autor mediato.
- Elaboración de la publicidad falsa por parte de la propia agencia publicitaria. Nacería de la propia agencia la idea de falsear datos, características, etc... En este caso, la agencia estará llevando a cabo una auténtica conducta de autoría. Aunque ya hemos visto que hay autores que mantienen que al respecto se da una laguna de punibilidad, no habría problema para aplicar aquí el artículo 31, entendiendo que la agencia actúa en nombre o representación del anunciante. Esta teoría descansa en la consideración de que

---

<sup>99</sup> Vid. CUGAT MAURI, M.: “La protección de intereses colectivos: el caso del delito publicitario”... op. cit., p. 1187.

la relación entre la agencia y el anunciante se pueda entender como la contemplada en el mencionado precepto<sup>100</sup>.

· Supuestos de elaboración conjunta de los anunciantes y de las agencias de publicidad. En función del grado de control o de participación del empresario en la actividad de la agencia, pueden distinguirse distintos niveles de responsabilidad.

-El caso más extremo, prácticamente imposible de encontrar en la práctica, sería aquel que supusiera que la agencia crea el mensaje publicitario falso y el anunciante se niegue rotundamente a aprobarlo. Estaríamos ante un supuesto de autoría por parte de la agencia, pero lo cierto es que en el plano ontológico esto no tendría ningún sentido, pues la profesionalidad de la agencia dejaría mucho que desear.

-El supuesto más frecuente es aquél en el que el empresario y la agencia se ponen de acuerdo para elaborar la campaña publicitaria falsa. En estos casos es posible considerar que se trata de una coautoría, a pesar de que uno de los coautores no presente la cualificación que el tipo exige, pues puede entenderse que el representante, en virtud del artículo 31, puede actuar tanto como autor, como partícipe.

### **III. 2. Responsabilidad de las personas jurídicas.**

El segundo problema que se ha planteado versa sobre la atribución de responsabilidades cuando el autor del delito de publicidad falsa sea una persona jurídica.

Es importante abordar esta cuestión, pues en la mayoría de los casos, “fabricante o comerciante” son personas jurídicas. En estos casos, será de aplicación el artículo 31 CP’95. Para poder atribuir responsabilidades, es necesario averiguar quién ha ideado y elaborado con pleno dominio del hecho el mensaje publicitario falso. Pueden darse dos situaciones<sup>101</sup>:

---

<sup>100</sup> Vid. PUENTE ABA, M<sup>a</sup>.L.: Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario... op. cit., p. 386.

<sup>101</sup> Vid. CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup>. M.: La publicidad engañosa y el Derecho Penal... op. cit., p. 125; MUÑAGORRI LAGUÍA, I.: La protección penal de los consumidores... op. cit., pp. 85 y 86.

· En caso de que el Departamento de Publicidad de la empresa deba pasar por el filtro de la Dirección General de la empresa, la Dirección será autora, y el Departamento de Publicidad, cooperador necesario.

· En caso de que el Departamento de Publicidad de la empresa tenga autonomía para llevar a cabo su tarea publicitaria, la situación se torna complicada, pues entran en juego las normas sobre responsabilidad derivada de la delegación de competencias en el seno de las empresas<sup>102</sup>.

### **III. 3. El artículo 30 CP'95.**

El artículo 30 CP'95 dispone:

“1. En los delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos, no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente.

2. Los autores a los que se refiere el artículo 28 (autor, coautor, autor mediato, inductor y cooperador necesario)<sup>103</sup> responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden: 1º Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo. 2º Los directores de la publicación o programa en que se difunda. 3º Los directores de la empresa editora, emisora o difusora. 4º Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora.

3. Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en algún número del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior”.

---

<sup>102</sup> Vid., para más información, PUENTE ABA, M<sup>a</sup>.L.: Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario... op. cit., pp. 398 y ss.

<sup>103</sup> Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, U.: “El delito...” op. cit., p. 262. Este autor entiende que los cooperadores necesarios no son equiparables a la figura del autor, por lo que no serán inculparables para los delitos que tengan relación con el artículo 30 CP'95.

En un principio, este artículo se redactó pensando en los delitos contra el honor, la dignidad personal y familiar, la intimidad y el buen nombre<sup>104</sup>. En la actualidad se entiende que debe aplicarse en todos los casos en los que se de un mayor contenido del injusto como consecuencia de la utilización de medios de difusión. Sin embargo, la doctrina no es unánime al entender la aplicación de este precepto en relación con el delito del artículo 282 CP'95. Algunos penalistas<sup>105</sup> consideran que no es aplicable el artículo 30, pues el injusto típico de la publicidad engañosa no se verá agravado por el hecho de emplear un medio de difusión como la publicidad, ya que dicha difusión no significa “difundir delictivamente”, sino que forma parte de la simple actividad publicitaria. Esto quiere decir que la publicidad juega en el artículo 282 CP el papel de ser el instrumento de acercamiento de los empresarios a los posibles clientes: es la fase de promoción del producto, y no un medio de “difusión” tal y como señala el artículo 30 CP. Es decir, éste último alude a la utilización de estos medios para difundir delictivamente, pero la publicidad en el artículo 282 aparece como un instrumento idóneo para el desenvolvimiento de la actividad económica, y más exactamente de la actividad contractual<sup>106</sup>. Esta posición doctrinal tiene su base en lo que se viene denominando responsabilidad en cascada: supone el establecimiento de un sistema especial de responsabilidad penal en los “delitos de imprenta”, consistentes en la difusión de un contenido de pensamiento punible.

Hay autores<sup>107</sup> que, sin embargo, admiten aplicar este régimen de responsabilidad, basándose en el aspecto divulgativo de la publicidad, ya que su utilización conlleva un mayor contenido de injusto al aumentar las posibilidades de ocasionar mayores perjuicios a los consumidores. El sentido del artículo 30 CP'95 se halla, por tanto, en la idea de difusión, de tal modo que la norma contempla infracciones cuyo pleno sentido como injusto, solamente se capta en virtud de la extensión del conocimiento generalizado de lo que alguien dice o escribe, por lo tanto, sería aplicable

---

<sup>104</sup> Vid. SIERRA LÓPEZ, M.V.: Análisis jurídico-penal... op. cit., pp. 181 a 183; MAPELLI CAFFARENA, B.: El delito de publicidad fraudulenta... op. cit., p. 61.

<sup>105</sup> Vid., en este sentido, CUGAT MAURI, M.: “La protección de intereses colectivos: el caso del delito publicitario”... op. cit., p. 1190; CARRASCO ANDRINO, Mª. M.: La publicidad engañosa y el Derecho Penal... op. cit., p. 126; SIERRA LÓPEZ, M.V.: Análisis jurídico-penal... op. cit., pp. 181 y ss; MORENO Y BRAVO, E.: El delito de publicidad falsa... op. cit., p. 107.

<sup>106</sup> En este sentido, vid., STS de 23 de Septiembre de 1988, jurisdicción contencioso administrativa.

<sup>107</sup> Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, U.: “El delito...” op. cit., p. 261; MUÑAGORRI LAGUÍA, I.: La protección penal de los consumidores... op. cit., pp. 88 y 89; MAPELLI CAFFARENA, B.: El delito de publicidad fraudulenta... op. cit., p. 62; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I.: El nuevo delito publicitario... op. cit., p. 571.

este artículo a delitos que se cometan utilizando medios de difusión, pero cuyo injusto esencial no dependa de tal circunstancia<sup>108</sup>.

Aplicando la argumentación de GIMBERNAT<sup>109</sup> al artículo 282 CP'95, observamos que se dan los presupuestos necesarios para poder aplicar el artículo 30 CP'95: que la figura delictiva constituya claramente una infracción cuyo pleno sentido como injusto se capta en virtud de la extensión del conocimiento generalizado de lo que alguien manifiesta (en nuestro caso, efectivamente, aunque el desvalor de la conducta se centre en la ofensa a los intereses patrimoniales de los consumidores, precisamente lo que justifica la construcción de este tipo penal como un delito de peligro hipotético o abstracto es la concreta forma de ataque al bien jurídico patrimonial, caracterizada por una amplia capacidad ofensiva)<sup>110</sup> y la existencia de un autor-delincuente que ha elaborado el texto delictivo (la dificultad de averiguar el sujeto concreto que ha elaborado un mensaje publicitario, no modifica en nada el hecho de que conceptualmente exista una publicidad delictiva que ha sido concebida y elaborada por un autor-delincuente).

El problema al respecto no surge con la autoría, sino con la complicidad. Respecto a la autoría, la voluntad del legislador es hacer responsable al comerciante o fabricante que contrata la publicidad, independientemente de que haya o no participado en su elaboración; en este sentido se establece una diferencia con lo señalado en el artículo 30 CP'95, cuyo fin es limitar la responsabilidad de quienes son autores "ideológicos"<sup>111</sup> y no materiales. El criterio del artículo 282 CP es diferente: al tratarse de un delito socioeconómico, la responsabilidad se desplaza a quien pueda beneficiarse económicamente del delito.

Por lo tanto, no habría ningún problema en reconocer la aplicabilidad del artículo 30 CP'95 al delito de publicidad falsa, porque no hay ninguna previsión legal que restrinja tal precepto a una categoría de infracciones concretas. El problema surge al pensar si la aplicación de tal norma restrictiva de responsabilidad penal va a crear

---

<sup>108</sup> Vid. PUENTE ABA, M<sup>a</sup>.L.: Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario... op. cit., p. 411.

<sup>109</sup> Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: Ensayos penales... op. cit., pp. 429 y ss. El autor se refiere aquí a la aplicación de los artículos 13 y 15 CP'73, equivalentes al actual artículo 30 CP'95, en relación a los delitos contra la propiedad intelectual.

<sup>110</sup> Vid. PUENTE ABA, M<sup>a</sup>.L.: Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario... op. cit., p. 413.

lagunas de punibilidad en algunas de las variadas situaciones que se han descrito ya al hablar sobre las conductas de autoría y participación.

Pues bien, dejando a un lado la posible inconveniencia de la configuración del delito como especial propio, se puede considerar que la aplicación del artículo 30 CP'95 no crea lagunas de punibilidad en relación con el precepto que en el presente trabajo se estudia.

El apartado 1º del artículo 30.2 CP'95 establece que responderán como autores en primer lugar “los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo”.

A este respecto, cabe advertir que en la mayoría de los casos, serán los propios fabricantes o comerciantes los redactores de la publicidad falsa, por lo que entran en la categoría de autores del artículo 30.2.1º.

Cuando los que elaboran el texto publicitario son otros sujetos distintos de los fabricantes o comerciantes, no incluidos en el círculo de sujetos activos del artículo 282 CP'95 (me refiero aquí a las agencias de publicidad), tampoco habrá problemas en plantearlos como autores según lo dispone el artículo 30.2.1º, ya que actúan en lugar del sujeto cualificado.

Tampoco habría inconveniente para castigar los supuestos de inducción que se pueden presentar en el desarrollo práctico de una conducta de elaboración de una publicidad falsa.

Es en el ámbito de la participación, donde la responsabilidad subsidiaria y excluyente del artículo 30 tiene plena vigencia, a pesar de las dificultades que plantea el hecho de que el legislador se refiera exclusivamente a los problemas de autoría.

Los problemas se presentan cuando nos centramos en la conducta de cooperación necesaria. El apartado segundo del artículo 30 establece que los autores a los que se refiere el artículo 28 (autor, coautor, autor mediato, inductor y cooperador necesario) responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria. Sin embargo, el primer inciso que acabamos de estudiar, se refiere únicamente a los que hayan

---

<sup>111</sup> Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B.: El delito de publicidad fraudulenta... op. cit., p. 61.

realmente elaborado el texto o signo y a los que hayan inducido a realizarlo, omitiendo toda referencia a los cooperadores necesarios <sup>112</sup>. Puede entenderse al leer el precepto, que la denominada responsabilidad en cascada no solo puede servir para resolver los problemas de autoría, sino también los que suscitan las figuras asimilables al autor, y más concretamente a quienes cooperan con él. En el delito publicitario los publicistas y responsables de las agencias de publicidad pueden ser considerados cooperadores necesarios, pues son quienes diseñan y dan contenido al mensaje, responsabilizándose también de su difusión. En virtud del artículo 30, no serán responsables los cómplices de los cooperadores, ni quienes los hubieran favorecido personal o realmente.

La aplicación del artículo 30 CP'95 no supone un obstáculo para sancionar a los verdaderos autores de un mensaje publicitario falso, y además se evita la consecuencia de que resulte sancionado el director de un medio de difusión que no ha intervenido en la creación del mensaje publicitario falso.

### **III. 4. Referencia a la propuesta de eliminación del sistema de responsabilidad del artículo 30 CP'95<sup>113</sup>.**

El objeto de esta propuesta es la desaparición de esta norma restrictiva de la responsabilidad penal en los delitos cometidos empleando medios de comunicación de masas.

Suprimiendo el artículo 30 CP'95, la definición de la autoría basada en la determinación objetiva del hecho, esto es, como auténtica capacidad decisoria en relación con el acontecer delictivo, permitiría excluir el concepto de autor de los sujetos contemplados en los apartados 2º, 3º y 4º del artículo 30.2 CP'95 (2º. Los directores de la publicación o programa en que se difunda. 3º. Los directores de la empresa editora, emisora o difusora. 4º. Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora).

---

<sup>112</sup> Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, U.: "El delito..." op. cit., p. 262. Este autor entiende que los cooperadores necesarios no son equiparables a la figura del autor, por lo que no serán inculparables para los delitos que tengan relación con el artículo 30 CP'95.

<sup>113</sup> Vid. PUENTE ABA, M<sup>a</sup>.L.: Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario... op. cit., pp. 416 y ss. (La autora se basa en este apartado en el trabajo realizado por Gómez Tomillo).



Esta cuestión es de gran justicia material, pues en la mayoría de los casos estos sujetos no llegan a tener ni siquiera un mínimo contacto con la publicidad falsa, y por lo tanto no ejercen ningún tipo de poder decisivo sobre ella.

Además, no se podrá imputar objetivamente la realización de una conducta delictiva de publicidad falsa a quien, aun llegando a conocer el carácter delictivo del texto que se va a difundir, se limita a realizar su trabajo habitual en el seno de una empresa difusora o de la propia empresa productora de los bienes o servicios anunciados.

La mejor forma de limitar la responsabilidad en los delitos cometidos a través de medios de difusión, consiste en la verificación de la presencia de dolo en los sujetos que intervienen a lo largo del proceso delictivo. Desde el momento en que se constate que quien ha tomado parte en un proceso de confección y elaboración de un mensaje publicitario falso desconocía el carácter delictivo de tal proceso, no se le puede atribuir responsabilidad en calidad de autor porque no ha actuado dolosamente.

## **IV. PARTE SUBJETIVA DEL TIPO.**

### **IV. 1. Dolo**

En virtud del sistema de *numerus clausus* que nuestro Código establece en su artículo 12 en relación con los delitos de comisión imprudente, solamente cabe la comisión dolosa del delito tipificado en el artículo 282 CP'95.

Anteriores redacciones prelegislativas<sup>114</sup> planteaban algunos problemas sobre la consideración del dolo: en ellas se incluía el adverbio “intencionadamente”, lo que parecía querer resaltar la necesidad de la comisión del delito con dolo directo, excluyendo el dolo eventual. El hecho de haber excluido este adverbio de la redacción del Código Penal de 1995, puede hacernos pensar que ha sido con la intención de abrir la posibilidad de considerar también la comisión con dolo eventual<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> Vid. Proyecto de Código Penal de 1980, y Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983.

<sup>115</sup> Vid. SIERRA LÓPEZ, M.V.: Análisis jurídico-penal... op. cit., pp. 199 y 200; GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Delitos socioeconómicos (VIII)”, en Cobo del Rosal..., op. cit., p. 808; BAJO, M./BACIGALUPO, S.:

El dolo del autor ha de abarcar todos los elementos típicos, incluyendo por supuesto el elemento de aptitud, la idoneidad de la propia conducta para causar un perjuicio económico a los consumidores<sup>116</sup>. El dolo requiere la concurrencia de dos elementos: el cognoscitivo, que implica el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, y el volitivo, que supone la voluntad de realizar la conducta típica<sup>117</sup>. En Derecho Penal económico, se introduce un pequeño matiz, pues se apreciará el dolo si existe un “compromiso” de actuar por parte del autor. Este compromiso se fundamenta desde un plano normativo, no psicológico. El hecho que lo determina, por tanto, es si el sujeto conocía las reglas que establecen la acción como una acción típica. Así, se podrá admitir que existe dolo en el sujeto aunque éste nada hubiera previsto desde la perspectiva psicológica, siempre que se pueda constatar que dominaba las técnicas del sector de su actividad económica y que conocía el peligro que con su actuación generaba para el bien jurídico protegido en cada caso concreto<sup>118</sup>. Hay que advertir que bastará con que conozca el significado de su conducta desde una perspectiva general, tras efectuar la denominada “valoración paralela en la esfera del profano”<sup>119</sup>; posteriormente el juez, de acuerdo con los conocimientos concretos del autor, efectuará un juicio de idoneidad del peligro inherente a la conducta realizada. Para llevar a cabo esta estimación, resulta de especial importancia tener en cuenta la concreta posición social del sujeto que realiza la conducta<sup>120</sup>.

Así, puede concretarse que el autor del delito del artículo 282 CP'95, únicamente debe conocer que el mensaje publicitario que difunde contiene datos objetivamente falsos, y que además esa falsedad presenta una relevancia tal, que puede adjetivarse como idónea para causar un perjuicio grave y manifiesto a los

---

Derecho Penal Económico..., op. cit. p. 552; en sentido contrario, se mostraba SERRANO GÓMEZ, A.: Derecho Penal, Parte Especial II (1). Delitos contra el patrimonio. Madrid, 1996, p. 521, aunque de la lectura de su obra más actualizada cabe entenderse una evolución en su pensamiento que me ha sorprendido, pues ya no menciona nada acerca de la culpabilidad. Vid. SERRANO GÓMEZ, A.: Derecho Penal, Parte Especial. 3ª ed., Madrid, 1998.

<sup>116</sup> Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: Delitos de peligro, dolo e imprudencia. Madrid, 1994, pp. 310 y ss.

<sup>117</sup> Vid. LUZÓN PEÑA, D.M.: Curso de Derecho Penal... op. cit., p. 408.

<sup>118</sup> Vid. PUENTE ABA, M<sup>a</sup>.L.: Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario... op. cit., p. 367.

<sup>119</sup> Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: Delitos de peligro... op. cit., p. 313.

<sup>120</sup> Vid. STS de 23 de abril de 1992 (RJ 1992/6783), caso del “aceite de colza”. En el Fundamento Jurídico tercero se afirma que los acusados en el proceso actuaron de forma dolosa dado que el carácter venenoso de la anilina era de conocimiento general entre los empresarios y técnicos introducidos en la rama de los aceites.

consumidores<sup>121</sup>. Esto quiere decir que el autor ha de ser consciente de que la adquisición del producto anunciando de manera falsa, va a suponer un serio menoscabo económico para los consumidores, esto es, que cada adquirente habrá pagado una cantidad de dinero por un bien o servicio que se aparta en gran medida de sus expectativas iniciales.

En cuanto al dolo eventual, si bien no podría mantenerse en los delitos de peligro abstracto, puesto que son simultáneas la puesta en peligro exigida por el tipo y la realización de la conducta típica con plena conciencia de todos sus elementos<sup>122</sup>, en los delitos de peligro hipotético o de aptitud, como es el caso del tipo del artículo 282 CP'95, sí que puede admitirse el dolo eventual, ya que en ellos, la realización del peligro exigido en el tipo deberá ser constatado mediante dos juicios: uno *ex ante*, para determinar la peligrosidad general de la acción, y otro *ex post*, para apreciar la posibilidad del resultado de peligro<sup>123</sup>. Con carácter general, se podría admitir que actúa con dolo eventual el anunciante que difunde publicidad falsa aunque su pretensión no sea causar menoscabos patrimoniales a los consumidores<sup>124</sup>.

## **IV. 2. Error del autor<sup>125</sup>**

### **IV. 2.1 Error de tipo**

El artículo 14 CP'95 establece, en su apartado primero, que el “error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. Es el denominado “error de tipo”. LUZÓN PEÑA<sup>126</sup> expone que los casos de error de tipo objetivamente invencible son supuestos de caso fortuito por no haber dolo ni imprudencia.

---

<sup>121</sup> Vid. PUENTE ABA, M<sup>a</sup>.L.: Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario... op. cit., p. 369.

<sup>122</sup> Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: Delitos de peligro... op. cit., p. 311; PUENTE ABA, M<sup>a</sup>.L.: Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario... op. cit., p. 371.

<sup>123</sup> Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “Comentario al artículo 282”... op. cit., p. 1373.

<sup>124</sup> Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: El delito de publicidad fraudulenta... op. cit., p. 84.

<sup>125</sup> Vid. Vid. PUENTE ABA, M<sup>a</sup>.L.: Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario... op. cit., pp. 373 y ss.

<sup>126</sup> Vid. LUZÓN PEÑA, D.M.: Curso de Derecho Penal... op. cit., pp. 437 y ss., y 638.

La posibilidad de la apreciación del error está estrechamente ligada al concepto de dolo que se ha expuesto en el apartado anterior de este trabajo. La esencia del dolo se ha situado en su aspecto cognoscitivo, esto significa que consideraremos que el sujeto ha actuado con dolo cuando haya adoptado un compromiso de actuar con base en su conocimiento de las circunstancias que conforman su actividad como típica. Ya hemos visto que será necesario estudiar la posición social del sujeto para averiguar si, efectivamente, ha actuado de manera dolosa.

Pues bien, haciendo referencia a los sujetos contemplados en el artículo 282 CP'95, la posición del fabricante o comerciante como oferente de bienes y servicios en el mercado de consumo, cuya adquisición es fomentada mediante mensajes publicitarios, determina que conoce sobradamente las características de esos productos o servicios que él mismo comercializa y ofrece al consumidor. Sería difícil imaginar que un empresario hiciera publicidad de sus propios bienes o servicios y no sea consciente de que en la misma hay datos falsos.

Partiendo de esta base, podemos considerar que la posición social de estos sujetos nos permite atribuirles los conocimientos necesarios para afirmar que actúan con dolo en la mayoría de las ocasiones. Por lo tanto, en muchos supuestos no se podrá aceptar el error, el desconocimiento de las circunstancias que configuran la tipicidad de la conducta.

De cualquier modo, ya vimos que será preciso hacer un estudio detallado de cada caso en concreto, puesto que la profesionalidad no se presume. Es importante tener esto en cuenta, sobre todo en los supuestos en los que se hace publicidad de productos farmacéuticos, alimentos, instrumentos técnicos y, en general, todos aquellos bienes en cuya composición desempeñan un papel importante los estudios y avances de la ciencia y la tecnología. Es fácil que ocurra que, posteriormente a la emisión del mensaje publicitario, algún descubrimiento científico haga falsas las afirmaciones vertidas por el anunciante: así, por ejemplo el caso en que se demostrase que una sustancia es dañina para la salud, en contra de lo afirmado en la publicidad.<sup>127</sup>

---

<sup>127</sup> Vid. PUENTE ABA, M<sup>a</sup>.L.: Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario... op. cit., p. 373. Esta autora hace alusión en este tipo de supuestos a la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, artículo 6, donde se contemplan los denominados "riesgos del desarrollo". Dicho precepto exonera de responsabilidad civil por los daños causados por un

En cuanto al error o desconocimiento sobre la idoneidad lesiva que se exige en el tipo al mensaje publicitario falso, esto es, que el sujeto desconozca el daño que va a causar por el hecho de llevar a cabo la publicidad falsa, debe recordarse que no es preciso que el autor tenga un conocimiento detallado de dicha aptitud lesiva. Nos encontramos ante un elemento normativo valorativo, y bastará con que el autor sea consciente de esa idoneidad mediante una valoración paralela en la “esfera del profano”, como ya se indicó *supra* al hablar de los elementos del dolo<sup>128</sup>. En cualquier caso, podría ser frecuente encontrar supuestos de error sobre la idoneidad de la publicidad falsa para perjudicar a los consumidores, y así nos encontraríamos ante un supuesto de error de tipo excluyente del dolo, que como hemos visto al comienzo de este apartado, conllevaría la consideración de la comisión imprudente, que a su vez es inexistente en el delito de publicidad engañosa. De esta manera, la conducta quedaría impune.

Lo cierto es que no puede afirmarse que exista mucho campo para el error sobre el elemento de aptitud ya que no es necesario un conocimiento pormenorizado de la lesividad de la conducta, tal y como se dijo en líneas anteriores. Como ya vimos también, será necesario llevar a cabo un detallado estudio de cada caso en concreto, pues las posibilidades son muy amplias y no pueden darse criterios absolutos.

#### **IV. 2.2. Error de prohibición**

En palabras de LUZÓN PEÑA<sup>129</sup> “el auténtico error de prohibición se produce cuando el sujeto conoce todos los elementos fundadores o presupuestos de la prohibición y sin embargo desconoce la valoración negativa y prohibición jurídica de esa conducta”. El Catedrático de Alcalá entiende que, si bien es razonable no eximir por inculpabilidad en estos casos, cabría apreciar disminución de la culpabilidad, atenuante que podría apreciarse según las circunstancias como “muy cualificada”.

El error de prohibición en el delito del artículo 282 CP'95 viene referido a la conciencia de la antijuridicidad de la conducta, esto es, al conocimiento de la prohibición que pesa sobre la actividad publicitaria falsa.

---

producto defectuoso si el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto.

<sup>128</sup> Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: Delitos de peligro... op. cit., p. 313.

<sup>129</sup> Vid. LUZÓN PEÑA, D.M.: Curso de Derecho Penal... op. cit., pp. 462 y ss.

## V. ITER CRÍMINIS

### V. 1. Determinación de la consumación

Como hemos visto, nos encontramos ante un tipo de mera actividad<sup>130</sup>, que no llega a exigir la producción de una lesión efectiva, sino que el delito se consumará una vez realizadas las alegaciones falsas o se hayan manifestado las características inciertas. Hay que advertir que no se puede considerar consumado el tipo hasta que no se haya llevado a cabo un estudio sobre el caso concreto, que determine la aptitud del engaño para producir los posibles perjuicios.

Como señala HERNÁNDEZ PLASENCIA<sup>131</sup> la publicidad o la oferta no aluden a un único anuncio u oferta, sino a una campaña publicitaria, de manera que no habría concurso de delitos si fueran varias las difusiones de los anuncios, aunque basta para que se consume con un único mensaje publicitario. De todos modos, aun bastando la emisión de un mensaje, no hay que olvidar, según apunta PUENTE ABA<sup>132</sup>, que se exige una amplia expansión de la publicidad para colmar el requisito de “aptitud para causar un perjuicio”. Así habrá que comprobar que el mensaje se ha hecho accesible a un gran número de personas, ya que el titular del bien jurídico protegido es un sujeto colectivo, como vimos en el apartado referido al sujeto pasivo del delito.

En el ámbito de Internet, no se plantean problemas especiales en cuanto a la consumación: ésta se producirá cuando el soporte publicitario sea recibido en su totalidad por el usuario. En los casos de publicidad en dos fases, como por ejemplo el *banner*, la consumación tendrá lugar cuando se acceda a todo el contenido publicitario, no sólo a la primera parte del mensaje<sup>133</sup>.

---

<sup>130</sup> Vid., en contra, TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “El delito de publicidad engañosa”... op. cit., p. 87. Este autor sostiene que el delito del artículo 282 CP’95 no es de mera actividad, sino que se trata de un delito de resultado, cuya consumación requiere la creación de un peligro típico; por su parte, QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: Derecho Penal Español... op. cit., p. 602, entiende que se trata de un delito de resultado cortado, y por ello, la publicidad en tanto que expresión, se consume al ser emitida.

<sup>131</sup> Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, U.: “El delito...” op. cit., p. 260.

<sup>132</sup> Vid. PUENTE ABA, M<sup>a</sup>.L.: Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario... op. cit., p. 377.

<sup>133</sup> Vid. SIERRA LÓPEZ, M.V.: Análisis jurídico-penal... op. cit., p. 203.

## V. 2. Fases de imperfecta ejecución.

A pesar de considerar el delito como de mera actividad<sup>134</sup>, la doctrina mayoritaria no tiene problema alguno en considerar que el delito pueda encontrarse en grado de tentativa<sup>135</sup>. Es cierto que esta cuestión es discutible, pero puede entenderse que en el delito que estudiamos, el comportamiento suponga un proceso desarrollable en el tiempo y desde el momento en que no se completa puede apreciarse una modalidad imperfecta de ejecución<sup>136</sup>. Si tenemos en cuenta que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, al margen de la conveniencia o no de sancionar la tentativa en los tipos de peligro abstracto, hay que reconocer que en ellos son conceptualmente posibles las formas imperfectas de ejecución.

En el delito del artículo 282 CP'95 nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, y más concretamente, de aptitud. En él pueden diferenciarse dos elementos: la realización de la conducta peligrosa y la constatación del requisito de aptitud. Es precisamente la configuración del tipo la que da la posibilidad de considerar la fase de tentativa: si el autor realiza la conducta peligrosa pero no se ha dado la posibilidad de causar un perjuicio a los consumidores.

Habría tentativa en los siguientes supuestos:

- Cuando los folletos o las impresiones que contienen la publicidad falsas se encuentran en la imprenta.
- Cuando la publicidad se ha expuesto, pero se retira inmediatamente, antes de que ningún consumidor pueda verla.
- Cuando se lleva a cabo la campaña publicitaria ilícita sobre un producto que todavía no se encuentra en el mercado.
- Cuando se ha difundido la publicidad, pero no a un gran número de consumidores.

Teóricamente, en el plano gnoseológico es posible entender la tentativa, tal y como se acaba de exponer *supra*. Sin embargo, como ya mencioné en el apartado introductorio acerca de los delitos de mera actividad, no estoy de acuerdo con la

---

<sup>134</sup> Vid., en este trabajo, el apartado dedicado a los delitos de mera actividad.

<sup>135</sup> Vid., en sentido contrario, MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, citados por PUENTE ABA, M<sup>a</sup>.L.: Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario... op. y loc. cit.

punición de la tentativa en estos casos. No creo que el Derecho Penal deba intervenir en tales circunstancias.

## **VI. RELACIONES CONCURSALES**

De la redacción del tipo legal se desprende la posibilidad de aplicar las penas correspondientes por la comisión de otros delitos. Como lo que se protegen son intereses difusos del grupo colectivo de los consumidores, es admisible un concurso de delitos con figuras que protejan al sujeto individual respecto a su patrimonio, a la salud o la vida, y también, como vimos en la ponencia anterior, al ser la salud uno de los bienes jurídicos protegidos, la salud pública. Estas posibilidades concursales se encontraban ya previstas por el legislador, en el Proyecto de 1992.

### **VI. 1. Delito de Estafa. Artículo 248 CP'95**

El artículo 248 CP'95 establece que: “1. Cometan estafa los que, con ánimo de lucro, utilicen engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno. 2. También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero”.

El antecedente legislativo en el Derecho comparado que refleja la tipificación específica del delito publicitario frente a la genérica de la estafa, se encontraba en los artículos 153 a 155 del Código Penal Suizo. Ésta es la técnica que seguía el legislador del '92 y que llega hasta el texto vigente<sup>137</sup>.

La concurrencia del delito de publicidad engañosa y el delito de estafa supone la lesión de las perspectivas de los consumidores a nivel individual y a nivel colectivo<sup>138</sup>.

---

<sup>136</sup> Vid. PUENTE ABA, M<sup>a</sup>.L.: Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario... op. y loc. cit.

<sup>137</sup> Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: El Proyecto de nuevo Código Penal. Dos estudios de parte especial. Madrid. 1992, p. 53.

<sup>138</sup> Defienden el concurso ideal de delitos, entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “Comentario al artículo 282”... op. cit., p. 1374; CARBONELL MATEU, J.C.: “Delitos relativos al mercado...”, op. cit., p. 477.



Hay que tener en cuenta, además, que en los supuestos de atipicidad en la publicidad engañosa (casos de exageración publicitaria), no podrán dar lugar al posterior delito de estafa, precisamente porque lo que caracteriza a la exageración es su incapacidad para provocar la contratación por parte de los consumidores, siendo fácilmente reconocible por los mismos. Esta exageración no podrá constituir el “engaño” bastante de la estafa<sup>139</sup>.

Como se indicaba en las primeras líneas sobre esta cuestión, el delito publicitario es considerado un delito de peligro de carácter abierto, lo que significa que no se limita a los que han sufrido la lesión de su patrimonio, sino que afecta a un número mucho más extenso e indeterminado de individuos. Se vulneran dos bienes distintos, que es el requisito necesario para hablar de concurso de delitos: se lesiona el patrimonio individual, y el interés de los consumidores en la veracidad publicitaria<sup>140</sup>. Es preciso apuntar que el último bien jurídico citado carece de autonomía y su configuración se debe a la necesidad de proteger bienes individuales (en este caso el patrimonio), y al fin y al cabo son estos últimos los que deben servir como criterio rector interpretativo del tipo.

Se plantea la problemática en este punto sobre la relación entre delitos de peligro y de lesión que inciden sobre un mismo bien jurídico. La doctrina se ha dividido al respecto. Por un lado, quienes consideran que se produce un concurso de leyes resoluble a favor de la aplicación del delito de lesión en virtud del principio de subsidiariedad. Por otro, los que se decantan por la solución del concurso de delitos, afirmando que la lesión de uno o varios bienes jurídicos concretos no absorbe el desvalor propio de una conducta que resulta peligrosa para un número mucho más amplio de bienes jurídicos. Personalmente, entiendo la última postura como la más acertada.

---

<sup>139</sup> Para González Rus, podrá apreciarse el delito de estafa cuando las alegaciones publicitarias o la oferta sean capaces de integrar el engaño bastante requerido por el delito; esto se producirá en los supuestos de venta mediante catálogo o cuando el producto se adquiera por las características técnicas ofertadas. Se debe a que al comprador le es exigible que actúe con diligencia en el momento de la adquisición del producto o la contratación del servicio. Vid. GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Delitos socioeconómicos (VIII)”, en Cobo del Rosal..., op. cit., p. 808.

<sup>140</sup> En este sentido se manifiestan MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico. Parte Especial. Valencia, 1999, p. 104; VALLE MUÑÍZ, J.M.: “Artículo 282 C.P.”, en Quintero Olivares, G. (Dir.)/Morales Prats, F. (Coord.): Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal., Navarra, 2002, p. 1302; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I.: El nuevo delito publicitario... op. cit., p. 561; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I.: El nuevo delito publicitario... op. cit., p. 566; PUENTE ABA, M<sup>a</sup>.L.: Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario... op. cit., p. 420.

La concurrencia de ambas infracciones exigirá la presencia de las condiciones exigidas para cada una. Hay que advertir que la presencia del delito de publicidad engañosa con perjuicio económico para el consumidor, no siempre dará lugar a la concurrencia de estafa. Es cierto que una actuación dirigida a engañar a los consumidores podría considerarse parte del “engaño” de la estafa. Ante esta situación se ha entendido que el delito publicitario desplazará al de estafa en virtud del principio de especialidad, ya que la conducta típica del primer delito está más específicamente determinada que la del segundo. Esto ha de entenderse sin dejar de lado que, si una comunicación publicitaria falsa da lugar a la causación real de daños económicos en una o varias personas concretas, ese específico e importante desvalor de lesión no viene abarcado en el tipo del delito publicitario, que solamente contempla la aptitud lesiva de la conducta.

El fundamento del concurso de leyes se encuentra en que sólo una de las normas será aplicable, ya que recoge la plenitud del injusto cometido. De lo contrario, el hecho de estar penando dos veces por la misma actividad, iría en contra del principio “non bis in idem”.

Hasta ahora se ha argumentado sobre la posibilidad de considerar viable el concurso de delitos. Pero desde este momento, el objeto de estudio habrá de ser si el concurso será ideal o real.

El concurso ideal, según lo dispone el artículo 77 CP'95, tiene lugar cuando “un solo hecho constituya dos o más infracciones”. El concurso real, en virtud del artículo 73, tiene lugar cuando exista una pluralidad de hechos de un mismo sujeto, que dan lugar a una pluralidad de delitos<sup>141</sup>.

Con respecto a la consideración del concurso ideal, es preciso apuntar que la doctrina se divide al respecto. Para la jurisprudencia y para la doctrina dominante<sup>142</sup> puede hablarse de concurso ideal cuando los delitos que se llevan a cabo tienen una identidad parcial en los presupuestos del tipo objetivo. En sentido contrario, se encuentran aquellos autores que exigen la identidad total de todos los presupuestos del tipo objetivo. Desde el último punto de vista, no sería posible entender el concurso ideal de delitos entre la estafa y la publicidad engañosa, pues no se da una identidad en el

---

<sup>141</sup> Vid. MIR PUIG, S.: Derecho Penal... op. cit., p. 632.

presupuesto objetivo de los tipos: el sujeto pasivo no es el mismo, en un caso se produce resultado y en el otro no es necesario. Desde esta perspectiva, se tendría que entender, por lo tanto, como un concurso real.

Desde la perspectiva mayoritaria, y a la que personalmente me adhiero, puede afirmarse que nos encontramos ante un concurso medial de delitos<sup>143</sup>. Lo cierto es que recibe el mismo tratamiento punitivo que el concurso ideal, y un sector doctrinal entiende que se trata de un tipo de delito ideal<sup>144</sup>. Sin embargo, según el Catedrático de Barcelona, la mayoría de los penalistas parecen estar evolucionando hacia la tesis que lo considera como una modalidad de concurso real. Supone que dos hechos distintos dan lugar a manifestaciones distintas, con la peculiaridad de que una de las figuras delictivas constituye un medio necesario para cometer la otra.

En nuestra aproximación, puede considerarse que la difusión de publicidad falsa para perjudicar a los consumidores constituye un medio necesario para la comisión de los múltiples delitos de estafa.

Lo cierto es que en la práctica será difícil encontrar el delito de publicidad falsa de manera aislada, ya que, como estamos observando, en la mayoría de los casos la apreciación de este delito irá unida a la verificación de alguna figura delictiva lesiva del patrimonio (entre otras posibilidades). Así, en el delito de estafa, la publicidad engañosa puede ser el instrumento mediante el cual se lleve a cabo el delito<sup>145</sup>.

---

<sup>142</sup> Vid. últ. op. cit., p. 633.

<sup>143</sup> Vid. LUZÓN PEÑA, D.M.: "El delito publicitario en el nuevo Código Penal de 1995"... op. cit. p. 7; MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial... op. cit., pp. 491 y 492; SIERRA LÓPEZ, M.V.: Análisis jurídico-penal... op. cit., pp. 206 y 207; JORDANA DE POZAS GONZÁLBEZ, L.: "Artículo 282"... op. cit., p. 2985; CARBONELL MATEU, J.C.: "Delitos relativos al mercado...", op. cit., p. 477; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: "Comentario al artículo 282"... op. cit., p. 1374; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: Derecho Penal Español... op. cit., p. 601; VALLE MUÑÍZ, J.M.: "Artículo 282 C.P.", en Quintero Olivares, G. (Dir.)/Morales Prats, F. (Coord.): Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. 2002, p. 874; CUGAT MAURI, M.: "La protección de intereses colectivos: el caso del delito publicitario"... op. cit., p. 1180; BAJO, M./BACIGALUPO, S.: Derecho Penal Económico... op. cit., p. 553; BAJO, M./BACIGALUPO, S.: Derecho Penal Económico... op. cit., p. 546; HERNÁNDEZ PLASENCIA, U.: "El delito..." op. cit., p. 268; MESTRE DELGADO, E.: "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico"... op. cit., p. 355; SERRANO GÓMEZ, A.: Derecho Penal, Parte Especial... op. cit., p. 467; ROBLEDÓ VILLAR, A.: Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico... op. cit., p. 392

<sup>144</sup> Vid. MESTRE DELGADO, E.: "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico"... op. cit., p. 355; SERRANO GÓMEZ, A.: Derecho Penal, Parte Especial... op. cit., p. 467; ROBLEDÓ VILLAR, A.: Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico... op. cit., p. 392.

<sup>145</sup> Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: El delito de publicidad fraudulenta... op. cit., p. 96.

Al contrario de lo hasta ahora expuesto se pronuncia GONZÁLEZ RUS<sup>146</sup>. Este autor se muestra restrictivo a la hora de considerar el concurso de delitos. Para ello entiende que la publicidad o la oferta deben tener el “engaño bastante”, y según él, solamente el engaño tendrá la entidad suficiente para integrar el delito de estafa en los supuestos de ventas por catálogo o cuando el producto se compre precisamente por las características ofertadas (por ejemplo al comprar un producto anunciado como reproductor de MP3, que en realidad solamente reproduce Cd’s).

Al igual que PUENTE ABA<sup>147</sup>, considero que puede afirmarse que un mensaje constituye el engaño bastante si ha sido capaz de causar un error en los consumidores y la consiguiente disposición patrimonial perjudicial para el adquirente.

En último lugar, me parece interesante aportar la valoración de un supuesto que no he advertido en la doctrina. Se trata del artículo 250.1.7 CP’95, relativo a la estafa, que contempla un subtipo agravado cuando “se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional”. La duda que se plantea al respecto es si cabe aplicarse este precepto en los casos en que el error producido haya tenido lugar precisamente por la credibilidad de la empresa anunciante de la publicidad engañosa, generando así mayor indefensión de la persona agraviada. Además, en esta misma línea, la norma penal contempla incluso la posibilidad de imponer una pena mayor cuando dicha circunstancia se dé junto a la prevista en el apartado primero del mismo precepto y párrafo<sup>148</sup>. En todo caso, la solución concursal queda en los mismos términos que hemos atendido *supra*.

## **VI. 2. Delito de Falsedad en documento mercantil. Artículo 392 CP’95**

El artículo 392 CP’95 establece: “El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros

---

<sup>146</sup> Vid. GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Delitos socioeconómicos (VIII)”, en Cobo del Rosal..., op. cit., p. 808.

<sup>147</sup> Vid. PUENTE ABA, M<sup>a</sup>.L.: Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario... op. cit., p. 427.

<sup>148</sup> Vid. 250.1.1º CP’95: “El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses cuando: recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social”.

números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”.

QUERALT JIMÉNEZ<sup>149</sup> es el único autor de la doctrina que sugiere apreciar esta posibilidad. LUZÓN PEÑA<sup>150</sup> y PUENTE ABA<sup>151</sup> entienden que no tiene cabida la publicidad falsa en el artículo 392 CP’95, ya que se trata de una mera falsedad ideológica y consecuentemente impune al ser realizado por un particular. También puede argumentarse que el artículo 392 CP’95 habla de “documento mercantil”, y no puede entenderse que la comunicación publicitaria cumpla con este requisito.

### **VI. 3. Delito de Falsedad en documentos sociales. Artículo 290 CP’95**

El artículo 290 dispone: “Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior”.

Antes ya de su inclusión en el Código penal de 1995, el delito de falsedad en documentos sociales venía referido a la protección de los derechos de los accionistas, concretados la mayoría de las veces en un derecho a una información veraz y a una participación en el mundo societario; suponiendo, en última instancia, una garantía del correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles en favor de los socios y de terceros<sup>152</sup>.

Nos encontramos ante el supuesto en el que la publicidad engañosa tiene por objeto títulos-valores. Siguiendo la línea de investigación que nos ofrece PUENTE ABA<sup>153</sup>, al estudiar el objeto material del artículo 282 CP’95 en la anterior ponencia de

---

<sup>149</sup> Vid. QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: Derecho Penal Español... op. cit., p. 602.

<sup>150</sup> Vid. LUZÓN PEÑA, D.M.: “El delito publicitario en el nuevo Código Penal de 1995”... op. cit., p. 6.

<sup>151</sup> Vid. PUENTE ABA, M<sup>a</sup>.L.: Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario... op. cit., p. 419.

<sup>152</sup> Vid. SIERRA LÓPEZ, M.V.: Análisis jurídico-penal... op. cit., p. 208.

<sup>153</sup> Vid. últ. op. cit., pp. 433 y ss.

este seminario, se pudo ver cómo ante la amplitud de los términos “productos o servicios” no había ningún inconveniente para integrar a los títulos-valores. De esta manera no quedarán impunes aquellas sociedades que, con la intención de captar inversores, publiquen folletos informativos con datos falsos sobre la situación de la sociedad. Nos encontramos ante un delito de aptitud, al igual que ocurre con el de la publicidad falsa, pues las falsedades en los documentos han de presentar unas características determinadas que permitan afirmar su idoneidad lesiva para el patrimonio de la sociedad, de algún socio o de un tercero. Se ha afirmado que el requisito de idoneidad de la conducta falsaria para causar un perjuicio se encuentra en el momento en que los documentos falsos adquieren cierta publicidad, ya que, de lo contrario, la acción no podría considerarse peligrosa<sup>154</sup>.

Así puede afirmarse que la sociedad al emitir un folleto informativo reflejando los datos previamente falseados en los documentos sociales, está dotando a esta última conducta falsaria de una idoneidad para lesionar el patrimonio de terceros ajenos a la sociedad. De este modo, el desvalor propio de la difusión de publicidad falsa en este ámbito se encuentra ya comprendido en la propia conducta delictiva de falsedad en los documentos sociales. La publicación de datos falsos se considera, por lo tanto, un acto posterior copenado en la actividad de falseamiento de documentos sociales; habría un concurso entre normas y en virtud del principio de consunción la actividad contemplada en el precepto 290, abarcaría el desvalor de la publicidad engañosa.

#### **VI. 4. Delitos contra la Salud Pública. Artículos 359 a 365 CP’95<sup>155</sup>**

La diversidad del bien jurídico protegido en el precepto que estudiamos y en los delitos contra la salud pública va a permitir apreciar un concurso de delitos cuando se

---

<sup>154</sup> Vid. VALLE MUÑÍZ, J.M.: “Comentario al artículo 290” en Quintero Olivares, G. (Dir.)/Morales Prats, F. (Coord.): Comentarios a la Parte Especial... op. cit., p. 1335.

<sup>155</sup> Aceptan el concurso de delitos entre la publicidad engañosa y los delitos contra la salud pública, incluso lesiones: LUZÓN PEÑA, D.M.: “El delito publicitario en el nuevo Código Penal de 1995”... op. cit. p. 7; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: “Comentario al artículo 282 CP”... op. cit., p. 815; CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup>. M.: La publicidad engañosa y el Derecho Penal... op. cit., p. 130; MAPELLI CAFFARENA, B.: El delito de publicidad fraudulenta... op. cit., p. 97; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico... op. cit., p. 104; GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Delitos socioeconómicos (VIII)”, en Cobo del Rosal..., op. cit., p. 808; MUÑAGORRI LAGUÍA, I.: La protección penal de los consumidores... op. cit., p. 131; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: Derecho Penal Español... op. y loc. cit., éste último se refiere únicamente a la posibilidad del concurso con las lesiones imprudentes.

difunda una publicidad falsa que ponga en peligro tanto la salud como el patrimonio de los consumidores.

En primer lugar es preciso analizar los preceptos tratados en el apartado del bien jurídico, que se centran básicamente en la introducción en el mercado y puesta en conocimiento de los consumidores de determinados productos peligrosos para la salud.

- El artículo 362.1.3º CP'95 sanciona la publicidad de medicamentos que han sido alterados y privados de su eficacia terapéutica.
- El artículo 363.1 CP'95 prohíbe el ofrecimiento en el mercado de alimentos cuyos requisitos legales sobre caducidad o composición han sido alterados u omitidos.
- El artículo 363.4 CP'95 castiga a quien comercie con productos cuyo uso no se halle autorizado o sea perjudicial para la salud.

En aquellos casos en los que la publicidad falsa recae sobre los productos que constituyen el objeto material de los preceptos indicados no podrá aplicarse el artículo 282 CP'95. La razón se encuentra en que los citados delitos contra la salud pública están sancionados con una pena mayor, lo que nos hace pensar que absorben todo el desvalor del injusto del delito de publicidad falsa. Únicamente cuando la falsedad no se limite a negar que el producto presenta las características definidas en los tipos contra la salud pública, sino que se refiere a otros extremos como condiciones de venta, posibles efectos secundarios, origen... cabrá el concurso de delitos entre el 282 CP'95 y el correspondiente delito contra la salud pública. Nos encontraríamos aquí ante un concurso ideal<sup>156</sup>.

Podría considerarse también la posibilidad del concurso real en el supuesto en que los dos tipos de falsedades descritos (las referidas a la salud y las que inciden en el patrimonio) se divulguen en acciones separadas, esto es, en mensajes publicitarios distintos. Esto mismo debe tenerse en cuenta para los siguientes delitos:

---

<sup>156</sup> Vid. PUENTE ABA, M<sup>a</sup>.L.: Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario... op. cit., p. 430; CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup>. M.: La publicidad engañosa y el Derecho Penal... op. cit., p. 131.

· Artículo 360 CP'95: castiga a quien, hallándose autorizado para el tráfico de sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos, los despache o suministre sin cumplir con las formalidades legalmente exigidas.

· Artículo 361 CP'95: sanciona a los que expendan o despachen medicamentos deteriorados o caducados o que incumplan las exigencias técnicas sobre su composición, estabilidad y eficacia, o sustituyan unos por otros, y con ello pongan en concreto peligro la salud de las personas.

Teniendo en cuenta el amplio concepto de la publicidad, puede afirmarse que las mencionadas actuaciones de despacho, suministro o tráfico comercial llevan implícita la realización de alguna de las formas de publicidad<sup>157</sup>. El desvalor del artículo 282 CP'95 será absorbido por el artículo 360 CP'95 cuando en el etiquetado, publicidad u oferta de las sustancias a las que el tipo se refiere, el vendedor afirme falsamente que se cumple con las formalidades exigidas (imaginemos un alimento en cuyo envase pueda leerse “controlado según las normas de la CEE”, y que en realidad sea falso). Esto mismo es aplicable al artículo 361 CP'95. Por lo tanto, solamente cuando la publicidad engañosa no recaiga sobre las cuestiones contempladas en los preceptos 360 y 361 CP'95, podrá estimarse concurso ideal de delitos con el artículo 282 CP'95. También cabrá el concurso real cuando se produzcan dos acciones separadas, tal y como se ha explicado *supra*.

Con respecto a los delitos contra la salud pública no relativos a la realización de ofertas o publicidad referidas a productos peligrosos para la salud o a su despacho o tráfico, sino que consisten en la alteración, simulación o cualquier otra forma de convertir un producto en peligroso o nocivo, puede afirmarse que existe una situación concursal cuando quien ha realizado tales conductas manipuladoras procede después a publicar el bien resultado. Se daría un concurso real en estos casos con el artículo 282 CP'95. PUENTE ABA<sup>158</sup>, en su detallada exposición nos propone los siguientes supuestos:

· Con el artículo 359 CP'95: publicidad sobre sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos, elaboradas por quien no se halla

---

<sup>157</sup>PUENTE ABA, M<sup>a</sup>.L.: Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario... op. cit., p. 431.

<sup>158</sup>Vid., últ. op. cit., p. 432.



debidamente autorizado, en la cual el anunciante se presenta falsamente como poseedor de la preceptiva autorización para el tráfico de los mismos.

- Con el artículo 362.1.2º CP'95: publicidad de medicamentos imitados o simulados afirmando inverazmente que son verdaderos.

- Con el artículo 363.2,3 y 363.2,5 CP'95: publicidad de bebidas o comestibles nocivos para la salud, de géneros corrompidos, o de efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados que han sido ocultados o sustraídos para comerciar, anunciando falsamente que se hallan en buen estado o que son aptos para el consumo humano.

- Con el artículo 364.1 CP'95: alimentos, sustancias o bebidas destinadas al comercio alimentario anunciados como productos aptos para consumir, cuando en realidad han sido adulterados con aditivos u otros agentes no autorizados, susceptibles de causar daños a la salud de las personas.

- Con el artículo 364.2 CP'95, apartados 1º a 4º: carnes o productos de animales de abasto anunciados como aptos para el consumo humano, mientras que realmente al animal se le han administrado sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas, o se ha realizado cualquier otra modalidad de actuación de las previstas en los citados apartados.

- Con el artículo 365 CP: aguas potables o de sustancias alimenticias destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas, que son anunciadas como aptas para el consumo, mientras que en realidad han sido envenenadas o adulteradas con sustancias infecciosas u otras que puedan ser gravemente nocivas para la salud.

Con respecto a los resultados de muerte o lesiones, estoy de acuerdo con esta autora<sup>159</sup>, ya que considera que lo adecuado en este caso, sería llevar a cabo un concurso real de delitos con cualquiera de los anteriores delitos de peligro para la salud o el patrimonio.

---

<sup>159</sup> Vid., últ. op. cit., p. 433.

## **VII. EL FUTURO ARTÍCULO 282, EN VIRTUD DE LA L.O. 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE.**

De no producirse modificación, cosa que parece probable, habida cuenta de la fecha en que nos hallamos, la previsión legislativa con entrada en vigor en octubre de 2004 modifica el precepto aquí estudiado en su apartado centésimo, aportando la nueva redacción como sigue: “Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año, o multa de doce a veinticuatro meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos”.

Ante la modificación legal, se advierte un único cambio: la cuantía de la pena de multa prevista para el delito, elevándose de los anteriores seis a dieciocho meses, a la nueva pena, también pecuniaria, de doce a veinticuatro meses.

Considero que con esta reforma se ha desaprovechado la oportunidad de llevar a cabo una profunda modificación del precepto en cuestión, desatendiéndose propuestas más efectivas como la que incorporaba la PANCP de 1983, introduciendo, por ejemplo, los supuestos de omisión, por lo que en el apartado final de este trabajo, me aventuro modestamente a proponer una nueva redacción.

## **VIII. LA PUBLICIDAD SUBLIMINAL O LA POSIBILIDAD DE UNA NUEVA INCRIMINACIÓN.**

Respecto a lo relativo a la publicidad subliminal, a esta alevosa forma de inmiscuirse en la voluntad, para su definición considero útil trasladar las palabras de CUERDA RIEZU al respecto: “Es aquella que consiste en un estímulo que no es percibido conscientemente por los sentidos, pero sí afecta al nivel subconsciente, determinando que el consumidor no pueda controlar ni ejercer su capacidad de respuesta. Puede emplearse en la difusión a través de la radio –reiterando por ejemplo una frase grabada que no es perceptible por una persona con audición media-, a través de la pequeña o gran pantalla –introduciendo entre los fotogramas uno con un

determinado mensaje a intervalos de tiempo-, o incluso a través de la prensa –en una fotografía se incluye otra de tamaño minúsculo con una determinada imagen-. El efecto de la publicidad subliminal es devastador, pues el receptor queda en completa situación de completa sumisión al mensaje no percibido”<sup>160</sup>. El hoy catedrático de la Universidad Rey Juan Carlos entiende lógico, por ello, las manifestaciones en apoyo de penalizar tal conducta<sup>161</sup>. Desde mi perspectiva, me parece útil esa posibilidad penalizadora y la incorporo en las líneas que siguen.

## **IX. CONCLUSIONES Y UNA PROPUESTA DE “LEGE FERENDA”**

Por todo lo estudiado, puede concluirse que la redacción del tipo legal da lugar a un sinfín de interpretaciones. Unas se someten a unos límites razonables, sin embargo, también se ha podido observar que hay quienes, amparados por la gran imprecisión del precepto, tienden a situar sus argumentos dentro de un margen demasiado amplio. Me parece preocupante que la letra legal suscite tantas dudas, pues no proporciona la seguridad que debería.

Es por ello por lo que atendiendo a las posiciones doctrinales que he entendido más acordes con los principios que sustentan el sistema penal español, conforme a las cuales me he ido pronunciando a lo largo de la exposición, me he aventurado, desde mi evidente ignorancia como estudiante de tercer curso de la licenciatura, a elaborar una redacción que solucione gran parte de los problemas que dividen a la doctrina. Así he apreciado que el tipo debería configurarse como un delito común, incluyendo la conducta omisiva, que admitiera, además, como sujetos pasivos a los pequeños empresarios equiparándolos en su situación de indefensión al resto de los consumidores. Asimismo, he introducido un segundo apartado al precepto, para no dejar fuera la conducta relativa a la publicidad subliminal, que supone a mi entender, un mayor desvalor de la acción, por la alevosía que se desprende de este tipo de actuación publicitaria. Es por esto último, por lo que propongo aplicar la pena en su mitad superior.

---

<sup>160</sup> Cfr. CUERDA RIEZU, A.: “Contribución a la polémica...”, op. cit., p. 80.

<sup>161</sup> Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M.: “La tutela penal de los intereses de los consumidores...”, op. cit., p. 342.

Atendiendo a estas premisas, la redacción del precepto que propongo habría de ser la siguiente:

Artículo 282: “1. Serán castigados con la pena de prisión seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses los que, en ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas, manifiesten características inciertas u omitan características esenciales sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores o pequeños empresarios, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos. 2. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando la publicidad sea de carácter subliminal”.

## **BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA**

- ALCACER GUIRAO, R.: Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica. Edisofer, Madrid, 2001 (pp. 94 y ss.).
- ANTÓN ONECA, J.: Derecho Penal. Parte General. 2ª ed. (anotada y puesta al día por Hernández Guijarro y Beneytez Merino), Akal, Madrid, 1986 (pp. 440 y ss.).
- ARROYO ZAPATERO, L./DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Dirs.): Derecho penal económico. Ariel, Barcelona, 2001 (pp. 202 y ss.)
- BAJO, M./BACIGALUPO, S.: Derecho Penal Económico. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001 (pp. 541 y ss.).
- BAUMANN, J.: Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos. Depalma. Buenos Aires, 1973 (pp. 137 y ss.).
- CARRASCO ANDRINO, Mª. M.: La publicidad engañosa y el Derecho Penal (una aproximación al tipo del artículo 282 del C.P.). Ediciones Revista General del Derecho. Valencia, 2000.
- CARBONELL MATEU, J.C.: “Delitos relativos al mercado y a los consumidores” en Vives Antón, T.S/Boix Reig, J./Orts Berenguer, E./Carbonell Mateu, J.C./González Cussac, J.L.: Derecho Penal. Parte Especial. Tirant lo blanch, 3ª ed., Valencia, 1998 (pp. 475 y ss.).
- CEREZO MIR, J.: Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Volumen III: Teoría jurídica del delito/2. Tecnos, Madrid, 2001, (pp. 252 y ss.).
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.)/VV.AA.: Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo II. Trivium, Madrid, 1997 (pp. 2984 y ss.).
- CORCOY BIDASOLO, M.: Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretaciones de tipos penales clásicos. Tirant lo blanch. Valencia, 1999 (pp. 271 y ss.).

- CUERDA RIEZU, A.: “Contribución a la polémica sobre el delito publicitario”, en *Estudios sobre consumo*, XI (35), 1995 (pp. 67 y ss.). Artículo procedente del trabajo denominado “Contribución (urgente) a la polémica sobre el delito publicitario” e inserto en el Proyecto de Investigación, financiado por la Dirección General de Investigación Científica y Técnica, sobre la “Protección penal y procesal de los consumidores”, del que el autor era Investigador principal,.
- CUGAT MAURI, M.: “La protección de intereses colectivos: el caso del delito publicitario”, en Quintero Olivares, G./Morales Prats, F. (Coords.): *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Aranzadi, Navarra, 2001 (pp. 1167 y ss.).
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Infracciones y sanciones en materia de consumo*. Tecnos, Madrid, 2000 (pp. 54 y ss.).
- DEL MORAL GARCÍA, A.: “La protección penal del consumidor frente a la actividad publicitaria: perspectiva penal”, en *Protección penal de consumidores y usuarios. Manuales de formación continuada*, nº. 15. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *La autoría en Derecho penal*. Prólogo de Diego-Manuel Luzón Peña, PPU, Barcelona, 1991 (pp. 645 y ss.).
- FLETCHER, G.P.: *Conceptos básicos de Derecho penal*, Prólogo, trad. y notas de Francisco Muñoz Conde. Tirant lo blanch. Valencia, 1997 (pp. 258 y ss.).
- GARCÍA VALDÉS, C.: *El Proyecto de nuevo Código Penal. Dos estudios de parte especial*. Tecnos, Madrid. 1992 (pp. 53 y ss.).
- GARCÍA VALDÉS, C.: “Principios de Teoría del Delito”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Alcalá de Henares, 1996 (pp. 7 y ss.).
- GARCÍA VALDÉS, C.: *Derecho penal práctico. Parte especial*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1999 (pp. 292 y ss.)
- GARCÍA VALDÉS, C. (Dir.)/VALMAÑA OCHAÍTA, S./TÉLLEZ AGUILERA, A./FIGUEROA NAVARRO, M.C./MESTRE DELGADO, E./MARTÍNEZ GALINDO, G./SANZ DELGADO, E.: *Diccionario de Ciencias Penales*. Edisofer, Madrid, 2000.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Ensayos penales*. Tecnos, Madrid, 1999.
- GIMBERNAT ORDEIG, E./MESTRE DELGADO, E./MARTÍNEZ GALINDO, G./COTILLAS MOLLA, C./ALCORTA PASCUAL, M.: *Código Penal con Concordancias y Jurisprudencia*. Tecnos, Madrid, 2003 (pp. 280 y ss.).
- GIMBERNAT ORDEIG, E./MESTRE DELGADO, E.: *Código Penal*. 9ª ed. Tecnos. Madrid, 2004.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*. Civitas, Madrid, 1984 (pp. 254 y ss.).

- GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Delitos socioeconómicos (VIII)”, en Cobo del Rosal, M. (Dir.)/Carmona Salgado, C./Morillas Cueva, L./Portilla Contreras, G./González Rus, J.J./Polaino Navarrete, M./Segrelles de Arenaza, Í.: Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial I. Marcial Pons, Madrid, 1996 (pp. 806 y ss.).
- HEFERMEHL, W./BAUMBACH, A.: Wettbewerbsrecht. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 13ª ed., München, 1983 (p. 965).
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, U.: “El delito publicitario”, en Gimeno Sendra, V./Queralt Jiménez, J.J./Martín Pallín, J.A./Marchena Gómez, M. (Dirs.)/Martín Espino, J.D. (Coord.): Estudio y aplicación práctica del Código Penal de 1995. Tomo II. Parte Especial. Colex, Madrid, 1997 (pp. 41 y ss.).
- JESCHECK, H.H.: Tratado de Derecho Penal. Parte General. 4ª ed. Trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993 (pp. 475 y ss. y 603 y ss.).
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: Principios de Derecho Penal. La ley y el delito. Abeledo-Perrot, Editorial Sudamericana, 3ª ed., Buenos Aires, 1958, (pp. 232 y ss.).
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: Tratado de Derecho penal. Tomo III. El delito. 4ª ed., Losada, Buenos Aires, 1963 (pp. 435 y ss.).
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: Tratado de Derecho penal. Tomo VII. El delito y sus exteriorización. 2ª ed., Losada, Buenos Aires, 1977 (pp. 872 y ss.).
- JORDANA DE POZAS GONZÁLBEZ, L.: “Artículo 282” en Conde-Pumpido Ferreiro, C. (Dir.)/VV.AA.: Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo II. Trivium, Madrid, 1997 (pp. 2984 y ss.).
- LANDECHO VELASCO, C.M./MOLINA BLÁZQUEZ, C.: Derecho Penal Español. Parte Especial. Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1996 (p. 256).
- LISZT, F. Von: Tratado de Derecho penal. Trad. de la 20ª ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el derecho español por Quintiliano Saldaña. Tomo Tercero, 4ª ed., Reus, Madrid, 1999 (pp. 8 y ss.).
- LUZÓN PEÑA, D.M.: Iniciación a la Teoría general del delito. Presentación Sergio J. Cuarezma Terán. Managua (Nicaragua), 1995 (pp. 94 y ss.).
- LUZÓN PEÑA, D.M.: “La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito”, en Silva Sánchez (Ed.)/Schünemann (Coord.)/Figueiredo Días (Coord.): Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro-homenaje a Claus Roxin. Bosch, Barcelona, 1995 (pp. 115 y ss.).
- LUZÓN PEÑA, D.M.: “El delito publicitario en el nuevo Código Penal de 1995”, *Cedef*, Vol. I, Nº 1, Enero, 1996 (pp. 3 y ss.).
- LUZÓN PEÑA, D.M.: Curso de Derecho Penal. Parte General I. Universitas, 1ª reimp. Madrid, 1999.

- MAPELLI CAFFARENA, B.: El delito de publicidad fraudulenta. Tirant lo blanch. Valencia, 1999.
- MARTÍN PALLÍN, J. A.: “Protección penal de los consumidores” en *Revista Jurídica La Ley*, Volúmen III, año 1996 (pp. 1275 y ss.).
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico. Parte General. Tirant lo blanch. Valencia, 1998 (pp. 107 y ss.).
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho Penal Económico. Parte Especial. Tirant lo blanch. Valencia, 1999 (pp. 92 y ss.).
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “Comentario al artículo 282” en Vives Antón (Coord.): Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen II. Tirant lo blanch, Valencia, 1996 (pp. 1369 y ss.).
- MAURACH, R./GÖSSEL, K.H./ZIPF, H.: Derecho penal. Parte General II. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho. Trad., de la 7ª ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch. Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma. Buenos Aires, 1995 (pp. 18 y ss. y 38 y ss.).
- MESTRE DELGADO, E.: “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en Lamarca Pérez, C. (Coord.)/Alonso de Escamilla, A./Mestre Delgado, E./Gordillo Álvarez-Valdés, I.: Manual de Derecho Penal, Parte Especial. Colex, Madrid, 2001 (pp. 351 y ss.).
- MIR PUIG, S.: Derecho Penal. Parte General. 6ª ed., Reppertor, Barcelona, 2002 (pp. 299 y ss.).
- MORENO Y BRAVO, E.: El delito de publicidad falsa. Bosch. Barcelona, 2001.
- MUÑAGORRI LAGUÍA, I.: La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa. Comares, Granada, 1998.
- MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal. Parte Especial. Tirant to blanch, 14ª ed., Valencia, 2002 (pp. 491 y ss.).
- MUÑOZ LORENTE, J.: La tentativa inidónea y el Código Penal de 1995. Tirant lo blanch, Valencia, 2003 (pp. 113 y ss. y 189 y ss.).
- PUENTE ABA, Mª.L.: Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario. Tirant lo blanch. Valencia, 2002.
- PUENTE ABA, Mª. L.: “El delito de publicidad falsa. Apuntes históricos y de Derecho comparado”, en VV.AA. Ruiz Rodríguez, L.R. (Ed.): Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores. Actas del II Seminario Internacional del Derecho penal económico. Jerez, diciembre, 2000. Tirant lo blanch. Valencia, 2002 (pp. 229 y ss.).
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: Derecho Penal Español. Parte Especial. Bosch, 3ª ed., Barcelona, 1996 (pp. 599 y ss.).

- QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/VALLE MUÑIZ, J.M. (Coord.)/VVAA.: Comentarios al nuevo Código Penal. Aranzadi, Pamplona, 1996 (pp. 1277 y ss.).
- QUINTERO OLIVARES, G.: Comentarios al nuevo Código Penal. Aranzadi, 2ª ed., Navarra, 2001 (pp. 1298 y ss.).
- QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/MORALES PRATS, F. (Coord.): Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. Aranzadi, 3ª ed., Navarra, 2002 (pp. 867 y ss.).
- ROBLEDO VILLAR, A.: Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Bosch, Barcelona, 1997 (pp. 388 y ss.).
- RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./SERRANO GÓMEZ, A.: Derecho Penal Español. Parte General. 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: Delitos de peligro, dolo e imprudencia. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1994 (pp. 6 y ss.).
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: La omisión de socorro en el Código Penal (prólogo de Juan Córdoba Roda), Tecnos. Madrid, 1966.
- ROXIN, C.: Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. de la 2ª ed. alemana y notas por Luzón Peña, D.M./Díaz y García Conlledo, M./De Vicente Remesal, J. Civitas, Madrid, 1997 (pp. 328 y ss.).
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M.I.: “El nuevo delito publicitario (Artículo 282 del Código Penal)”, en *Actualidad Penal*, nº. 25, año 1997, volumen I, marginal 543 a 572 (pp. 566 y ss.).
- SERRANO GÓMEZ, A.: Derecho Penal, Parte Especial II (1). Delitos contra el patrimonio. Dykinson, Madrid, 1996 (pp. 519 y ss.).
- SERRANO GÓMEZ, A.: Derecho Penal, Parte Especial. Dykinson, 3ª ed., Madrid, 1998 (pp. 465 y ss.).
- SIERRA LÓPEZ, M.V.: Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en Internet. Tirant lo blanch. Valencia, 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M.: El delito de omisión. Concepto y sistema. Bosch, Barcelona, 1986 (pp. 343 y ss.).
- SOLA RECHE, E.: La llamada “tentativa inidónea” de delito. Aspectos básicos. Comares, Granada, 1996 (pp. 160 y ss.).
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: “Artículo 282”, en Rodríguez Mourullo, G. (Dir.)/Jorge Barreiro, A. (Coord.)/Suárez González, C./Lascuráin Sánchez, J.A./Cancio Meliá, M./Feijoó Sánchez, B.: Comentarios al Código Penal. Civitas, Madrid, 1997 (pp. 811 y ss.).



- TAMARIT SUMALLA J.M<sup>a</sup>.: “La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria: problemas fundamentales”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º. 41, 1990 (pp. 321 y ss.).
- TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “El delito de publicidad engañosa”, en VV.AA. Ruiz Rodríguez, L.R. (Ed.): *Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores. Actas del II Seminario Internacional del Derecho penal económico*. Jerez, diciembre, 2000. Tirant lo blanch. Valencia, 2002 (pp. 71 y ss.).
- VALLE MUÑÍZ, J.M.: “Artículo 282 C.P.”, en Quintero Olivares, G. (Dir.)/Morales Prats, F. (Coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Aranzadi, 3ª ed., Navarra, 2002 (pp. 867 y ss.).
- WELZEL, H.: *Derecho penal alemán. Parte General*. 11ª ed., 4ª ed. castellana. Trad., de Bustos Ramírez, J/Yáñez Perez, S. Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1997 (pp. 224 y ss.).

## **ANEXO JURISPRUDENCIAL**

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Tribunal Constitucional

Tribunal Supremo

Audiencia Nacional

Tribunal de Defensa de la Competencia

Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas

Audiencias Provinciales

Juzgados de Primera Instancia

Juzgados de lo penal

### **Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**

**- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de julio de 1998.**

Gut Springenheide. Cuestión prejudicial del Bundesverwaltungsgericht. Interpretación del Reglamento (CEE) n. 1907/90 del Consejo, de 26 de junio de 1990, relativo a determinadas normas de comercialización de los huevos.

Alegación publicitaria "10 huevos frescos 6 cereales". Carácter engañoso de la mención. Etiquetado y presentación de productos alimenticios. Concepto de consumidor medio: "el Juez nacional debe tomar como referencia la expectativa que con respecto a dicha mención se presume en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz".

Posibilidad de otorgar relevancia a los sondeos de opinión o a los dictámenes periciales para determinar la posibilidad de inducir a engaño a los consumidores. Porcentaje de consumidores engañados por una mención publicitaria necesarios para determinar la prohibición de una alegación publicitaria.

**- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 24 de octubre de 2002.**

Linhart. Cuestión prejudicial. Interpretación del art. 6.3 de la Directiva 76/768/CEE sobre productos cosméticos en relación con la Directiva sobre publicidad engañosa. Se considera contraria a derecho comunitario una legislación nacional, en este caso austríaca, que prohíbe la comercialización de cosméticos que hagan referencia a dictámenes médicos -a través de expresiones como "controlado mediante análisis clínicos"- susceptibles de inducir a error sobre las características y eficacia del cosmético. Asimismo, es contraria a derecho comunitario esa misma legislación si permite dichas indicaciones previa autorización previa expedida por las autoridades administrativas competentes.

### **Tribunal Supremo**

**-STS de 19 de junio de 1991.**

Penal. Publicidad engañosa. Delito de estafa continuada. Indultos. Graduación de las penas. Aplicación indebida de los artículos 69 bis y 529 CP de 1983. Derecho a la tutela judicial efectiva. Venta fraudulenta de las acciones de una sociedad. Ánimo de lucro. Engaño. Veracidad de la publicidad. Delito publicitario. Dilación del procedimiento. Principio acusatorio. Desestimación del recurso.

**- STS de 3 de febrero de 1995.**

Civil. Citroën. Publicidad ilícita. Publicidad engañosa. Solicitud de publicidad rectificativa. ¡Ni un duro hasta abril de 1990!. Desestimación del recurso.

**- STS de 8 de mayo de 1997.**

Civil. Derivados Electroquímicos. Publicidad engañosa. Publicidad desleal. Publicidad denigratoria. Aplicación de la Ley General de Publicidad frente a la Ley de Competencia Desleal. Desestimación del recurso.

**- STS de 24 de febrero de 1999.**

Contencioso-administrativo. Multa por la infracción de la normativa de consumo. Folletos publicitarios engañosos. Bases de las promociones. Vulneración exclusiva de las normas de carácter autonómico. Incompetencia del Tribunal Supremo. Desestimación del recurso de apelación.

**- STS de 24 de julio de 2003**

Civil. Dipofrem, S.L. vs. Escuela Europea de Estética Francis, S.L., "Cursos CEM de Estética y Peluquería". Recurso de casación de Diprofem. Publicidad engañosa: existencia. Vulneración de los arts. 3.b) y 5.5 de la Ley 34/1988 (LGP) y art. 7 de la Ley 3/1991 (LCD). Resulta probado en el procedimiento que ambas partes pueden hacer publicidad de los cursos CEM sobre la base de sendos contratos vigentes en el momento de la demanda. Si una de las partes hace alusiones en sus anuncios a eventuales derechos exclusivos hace presumir la ilegitimidad de la competidora, de modo tal que los anuncios en prensa deben calificarse de engañosos. Estimación del recurso y casación de la sentencia de la Audiencia Provincial. Confirmación de la condena a insertar rectificación de la publicidad en periódicos de Sevilla.

## **Tribunal de Defensa de la Competencia**

### **- Res. TDC de 20 de abril de 1990.**

Recambios automóvil. Publicidad de neumáticos. 2 X 1. Publicidad engañosa. Requisitos para la obtención de posición de dominio en el mercado. Inaplicabilidad de la Ley General de Publicidad por el TDC ya que su aplicación está encomendada a la jurisdicción ordinaria. Inexistencia de prácticas que falseen la competencia. Desestimación del recurso.

### **- Res. TDC de 7 de octubre de 1993.**

Autoescuelas de Valencia. Procedimiento sancionador del Servicio de la Competencia. Publicidad de una autoescuela. Análisis de publicidad engañosa y desleal. Inexistencia de publicidad engañosa en cuanto que especifica la oferta con claridad y la cumple. Inexistencia de publicidad desleal porque al ofrecer un precio menor que los competidores simplemente exterioriza el libre juego de la competencia. Desestimación de la demanda.

### **- Res. TDC de 11 de diciembre de 1995.**

Electrodomésticos Alicante. Campaña publicitaria de una partida de TV con vídeo con promesa de devolución del precio si el consumidor encuentra una oferta más barata. Campaña publicitaria engañosa de un competidor que realiza una oferta vacía. Competencia desleal. Cadenas de establecimientos comerciales. La publicidad concertada de las cadenas puede, en determinadas condiciones restringir la competencia entre los establecimientos minoristas afiliados. Si una cadena de establecimientos no tiene posición dominante en el mercado relevante no se produce una restricción a la competencia mediante la publicidad conjunta. Apreciación de una conducta prohibida. Voto particular.

## **Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas**

### **- STSJ BALEARES de 15 de noviembre de 1994.**

Contencioso-administrativo. Publicidad engañosa. Ausencia de publicidad de la mezcla de aceite y gasolina puesta a la venta. Gasolineras. Infracción administrativa. Fijación de los hechos en la resolución sancionadora. Desestimación del recurso.

### **- STSJ BALEARES de 10 de junio de 1996.**

Contencioso-administrativo. Alegaciones publicitarias engañosas sobre metales preciosos. Publicidad engañosa. Derecho de defensa. Facultades de la Administración para la fijación de la calificación jurídica de los hechos. Referencia prohibidas en la publicidad a metales preciosos. Desestimación del recurso.

### **- STSJ ARAGÓN de 19 de abril de 1997.**

Contencioso-administrativo. Irregularidades y falta de existencia de ofertas publicitarias. Promociones. Infracción administrativa en materia de disciplina de mercado. Publicidad engañosa. Autoría de la infracción. Capacidad económica del autor de la infracción. Desestimación del recurso.

### **- STSJ CANTABRIA de 12 de septiembre de 1997.**

Contencioso-administrativo. Infracción de la publicidad sobre bienes y servicios. Publicidad engañosa. Nulidad por defectos procedimentales. Servicios de urgencia. Desestimación del recurso.

### **- STSJ MADRID de 29 de septiembre de 1997.**

Contencioso-administrativo. Procedimiento sancionador por publicidad engañosa. Alegación publicitaria sobre llantas de aleación en vehículos que en realidad son de

plástico y hierro. Ausencia de responsabilidad del concesionario ya que la publicidad fue realizada por el fabricante. Integración de la publicidad en los contratos. Reducción de la cuantía de la sanción. Estimación parcial del recurso.

**- STSJ CATALUÑA de 7 de noviembre de 1997.**

Contencioso-administrativo. Infracción en la publicidad de la legislación sobre cambios de divisas. Publicidad sobre precios de cambio muy superiores a los del Banco de España acompañados del rótulo "No commission". Interpretación por los consumidores de la publicidad. Inexistencia de publicidad engañosa. Estimación del recurso.

**- STSJ MADRID de 18 de marzo de 1998.**

Contencioso-administrativo. Publicidad acerca de la existencia de una piscina cuyos servicios no se ofertan en el curso de verano contratado. Publicidad engañosa. Procedimiento administrativo sancionador. Desestimación del recurso.

**- STSJ ANDALUCÍA de 18 de mayo de 1998.**

Contencioso-administrativo. Procedimiento sancionador. Divergencias entre el precio publicitado y el efectivamente cobrado. Defecto de forma en la notificación de la sanción administrativa. Supermercados. Publicidad engañosa. Prácticas defraudatorias habituales. Desestimación del recurso.

**- STSJ BALEARES de 30 de mayo de 1998.**

Contencioso-administrativo. Publicidad engañosa. Publicidad de una centro de cirugía estética donde no se realizan las intervenciones. Falta de autorización administrativa de apertura. Las circulares depositadas en el centro para información de los clientes tienen la consideración de publicidad. Desestimación del recurso.

**- STSJ C. VALENCIANA de 10 de septiembre de 1998.**

Contencioso-administrativo. Clínica San Carlos. Anuncio en diversos medios de comunicación: solución definitiva al problema de roncar mediante tecnología láser. Publicidad engañosa. Falta de veracidad en cuanto a los resultados. Inducción a error. Productos y técnicas "milagro". Falsas expectativas de curación no apoyadas ni en la estadística ni en la experiencia clínica. Desestimación del recurso.

**- STSJ C. VALENCIANA de 21 de diciembre de 1998.**

Contencioso-administrativo. Instituto Europeo de Radio TV S.L. Publicidad engañosa. Publicidad en la que se ofrece a través de la suscripción de unos cursos un puesto de trabajo. Infracción administrativa. Desestimación del recurso.

**- STSJ ANDALUCÍA de 12 de enero de 1999.**

Contencioso-administrativo. Engaño y confusión sobre la verdadera naturaleza de los productos. Infracción de la normativa de protección de los consumidores. Información errónea sobre el peso exacto del contenido de unas latas de maíz en los folletos promocionales de una superficie comercial. Error tipográfico. Desestimación del recurso.

**- STSJ N° 186/1999, de 15 de febrero.**

Contencioso administrativo. Publicidad engañosa: existencia. Actividades promocionales de venta. Venta por catálogo. Caducidad de la actividad inspectora de la Administración: inexistencia. Requisitos que determinan el engaño publicitario: susceptibilidad de inducir a error, publicidad que afecta al comportamiento económico de los destinatarios o que perjudica o es susceptible de perjudicar a un consumidor. Alcance de la autorización de una promoción por las autoridades competentes en materia de juego. Desestimación del recurso.

**- STSJ. C. VALENCIANA de 4 de marzo de 1999.**

Contencioso-administrativo. Infracción administrativa leve del Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana. Publicidad engañosa. Publicidad promocional de vehículos. Ahorro promocional. Interpretación de los anuncios. Desestimación del recurso.

**- STSJ N° 294/1999, de 26 de marzo.**

Contencioso administrativo. Publicidad engañosa: existencia. Actividades promocionales de venta. Promoción concurso. Caducidad de la actividad inspectora de la Administración: inexistencia. Requisitos que determinan el engaño publicitario: susceptibilidad de inducir a error, publicidad que afecta al comportamiento económico de los destinatarios o que perjudica o es susceptible de perjudicar a un consumidor. Alcance de la autorización de una promoción por las autoridades competentes en materia de juego. Desestimación del recurso. Vide: STSJ Generalitat de Catalunya N° 186/1999.

**-STSJ. ISLAS BALEARES de 4 de febrero de 2000**

Contencioso-administrativo. El Griego, S.A. Publicidad engañosa en prensa y en folletos publicitarios respecto de las prestaciones de una urbanización. Potestad sancionadora administrativa en materia de publicidad. Existencia de engaño publicitario con independencia del cumplimiento contractual. Prescripción infracciones. Desestimación del recurso.

**- STSJ VALENCIA N° 1496/2000, de 11 de octubre de 2000**

Contencioso-administrativo. Infracción administrativa grave en materia de publicidad engañosa. Centro de Información de Alquileres, S.L. vs. diversas resoluciones de Valencia, Consejería de Sanidad y consumo. Aplicación del art. 33 de Valencia, Ley 2/1987, del Estatuto del Consumidor y Usuario. Anuncios de oferta de ventas o



arrendamiento de viviendas de una empresa que, en realidad, ofrece servicios de información. Carácter publicitario de los anuncios por palabras. Publicidad engañosa: arts. 4 LGP y 8 LGDCU. Disimilitud entre la oferta publicitaria y el producto efectiva y verazmente prestado. Confirmación de las resoluciones administrativas.

## **Audiencias Provinciales**

### **- SAP MADRID de 7 de octubre de 1991.**

Citröen. Campaña publicitaria "ni un duro hasta abril". Diferencia de tamaño de las letras utilizadas. Inexistencia de contraposición entre lo anunciado y las condiciones reales de compra. Interpretación de conjunto. No inducción a error: no se aprecia publicidad engañosa.

### **- SAP SEVILLA de 12 de mayo de 1992.**

Civil. "Empresas legalmente constituidas e inscritas en la Asociación de Empresarios de Publicidad de Sevilla". Publicidad engañosa. Puede inducir al error de pensar que las empresas del ramo no incluidas no están legalmente constituidas. Rectificación.

### **- SAP SEVILLA de 19 de septiembre de 1992.**

Civil. Vivienda. Folletos publicitarios en los que figura un mero dibujo de zona verde: no constituye una mención a zonas ajardinadas. Inexistencia de publicidad engañosa.

### **- SAP ALICANTE de 16 de marzo de 1994.**

Civil. Juguetes Feber. "Silla complet". Propósito de excluir a los competidores, haciéndoles aparecer ante los consumidores en una posición de menor garantía en la

fabricación del producto. Normas de seguridad de juguetes. Falta de veracidad. Publicidad engañosa y desleal.

**- SAP MADRID de 4 de octubre de 1994.**

Civil. Revista "OCU-Compra Maestra": publicación de análisis de calidad de carnes picadas. Mantequerías Leonesas. Inserción de publicidad en prensa negando la veracidad de los análisis. Publicidad engañosa: afirmaciones falsas. Publicidad desleal: severaciones denigratorias. Acción de rectificación.

**- SAP BARCELONA de 24 de mayo de 1995.**

Civil. Publicidad engañosa de obra literaria. Inexistencia de responsabilidad del autor, que ha cedido los derechos de explotación a empresa editora: el editor-cesionario de los derechos de explotación es el verdadero dominus y principal responsable en el proceso de promoción y comunicación publicitaria.

**- SAP PONTEVEDRA de 21 de noviembre de 1995.**

Civil. Orquesta. Utilización de nombre con el mismo diseño, color, modo de presentarse, que el registrado de orquesta competidora. Publicidad engañosa. Inducción a confusión. Acto de competencia desleal: vulneración de las exigencias de la buena fe.

**- SAP ZARAGOZA de 17 de febrero de 1996.**

Civil. Compraventa de apartamentos en multipropiedad. Acción de nulidad. Folleto publicitario en que se ofertan regalos de gran valor (coche, abrigo visón) a cambio de asistir a charla-entrevista. Ocultación en la publicidad del objeto de la charla: desconocimiento previo del objeto de la charla no constituye por sí solo vicio invalidante del consentimiento. No queda probada la existencia de error o vicio del consentimiento: desestimación.

**- SAP CÁDIZ de 20 de febrero de 1996.**

Imanes Acar-Sud. Publicidad ilícita por engañosa: folletos publicitarios de productos con pretendidas cualidades terapéuticas, sin base científica y no contrastadas. Cese definitivo publicidad. Condena a publicar en prensa parte dispositiva de la sentencia. Revocación de la condena en primera instancia de dar publicidad a los nulos efectos terapéuticos de los productos, por no haber quedado probado tal extremo.

**- SAP VITORIA de 24 de junio de 1996.**

Civil. Particular vs. National Hair Center. Publicidad engañosa. Inducción a error sobre la naturaleza del tratamiento, que no es médico, sino cosmetológico. Alopecia. Cláusula exoneratoria de responsabilidad en el contrato: art. 8 Ley 26/1984.

**- SAP MADRID de 30 de octubre de 1996.**

Campaña publicitaria de producto financiero: "cada año, Barclays le dará más interés por su dinero". Omisión de datos fundamentales: inducción a error al consumidor. El modo de anunciar tampoco induce a la lectura de la total oferta en que se dan los detalles de veracidad complementarios. Publicidad engañosa.

**- SAP ALICANTE de 26 de diciembre de 1996.**

Civil. Electrodomésticos Alicante. Anuncio en prensa: oferta de vídeos. Competencia desleal. Oferta que implicaba vender a precio inferior al de coste. Oferta vacía: falta de existencias. Daños y perjuicios a competidor: devolución de aparatos; desprestigio.

**- SAP BADAJOZ de 24 de enero de 1997.**

Civil. Corredor de seguros vs. Asociación de Corredores y Corredurías de Seguros. Campaña publicitaria en prensa: "únicos corredores y corredurías legalmente

autorizados y adaptados a la Ley 9/1992". Publicidad engañosa: falta de veracidad. Competencia desleal. Indemnización de daños y perjuicios.

**- SAP ZARAGOZA de 6 de octubre de 1997.**

Civil. Compraventa de vivienda en multipropiedad. Acción de nulidad. Desestimación. Ausencia de prueba de la existencia de engaño o maquinación insidiosa que llevara a los contratantes a estipular el contrato denunciado. "Fuera de una publicidad atrayente y sugestiva a la hora de acordar la cita previa no puede afirmarse la existencia de error o falta de libertad en la prestación del consentimiento".

**- SAP VALENCIA de 13 de octubre de 1997.**

Civil. Servicio de reparación de electrodomésticos. Utilización, en su publicidad, de la marca Corberó (entre otras) sin autorización ni consentimiento: apariencia de Servicio Técnico Oficial de la marca Corberó, cuando en realidad no existía vinculación alguna con ella. Aprovechamiento indebido de reputación comercial de marca ajena: publicidad desleal. Inducción a error a los consumidores: publicidad engañosa.

**- SAP VALENCIA de 22 de noviembre de 1997.**

Civil. Terapión. Publicidad de productos con pretendidas cualidades terapéuticas. Inexistencia de pruebas que acrediten la veracidad de los efectos terapéuticos proclamados. Publicidad engañosa. Cese y prohibición definitiva. Condena a publicación parcial de la sentencia, y a difusión de publicidad correctora.

**- SAP PAMPLONA de 25 de noviembre de 1997.**

Civil. Centro de belleza. Oferta publicitaria: "depilación definitiva". Ausencia de los resultados prometidos. Publicidad engañosa. Carácter vinculante de lo ofertado en la publicidad. Incumplimiento contractual.

**- SAP VALENCIA de 6 de marzo de 1998.**

Civil. Colegio Oficial de Economistas vs. Colegio Oficial de Gestores Administrativos. Publicidad en prensa. Planteada demanda por la vía de la Ley de Competencia Desleal. Desestimación. Predominio excluyente de LGP (lex specialis) frente a LCD en caso de ilícito publicitario a la vez ilícito desleal. No se aprecia publicidad desleal ni engañosa, por ausencia del preceptivo requerimiento previo: caducidad de la acción.

**- SAP LLEIDA de 12 de marzo de 1998.**

Civil. Agencia de viajes. Viaje de placer: luna de miel. Publicidad engañosa. Frustración de las expectativas creadas al consumidor. Negligencia. Indemnización: daño moral.

**- SAP MADRID de 28 de marzo de 1998.**

Civil. Marcas. Publicidad en la Guía de Páginas Amarillas, como "asistencia técnica especializada" de "Miele", entre otras marcas. Utilización del signo distintivo sin autorización del titular: publicidad desleal. Inducción a error a los consumidores: publicidad engañosa.

**- SAP ZARAGOZA de 2 de diciembre de 1998.**

Penal. Centro de estética. Publicidad (prensa, radio, televisión) de método de adelgazamiento. Elementos configuradores del delito de estafa. Engaño suficiente, bastante y adecuado para provocar error esencial en el sujeto pasivo. Publicidad equívoca, pero no concurre el engaño configurador del ilícito penal. Mero ilícito civil.

**- SAP MADRID de 18 de febrero de 1999.**

Civil. Campaña publicitaria para captar empleados profesionales. "Programa Futuro de Iberia. Hazte piloto". Resolución unilateral del contrato de formación profesional.

Incumplimiento del contenido del folleto publicitario. Obligación de indemnizar. Estimación del recurso.

**- SAP MADRID de 18 de marzo de 1999.**

Civil. Cesación y declaración de publicidad ilícita. Supletoriedad de la Ley General de Consumidores y Usuarios respecto de la Ley General de Publicidad. Publicidad de productos financieros. Inexistencia de contratación inmediata y necesidad de posterior confirmación. Letra pequeña. Inexistencia de publicidad engañosa. Desestimación del recurso.

**- SAP PALMA DE MALLORCA de 7 de junio de 1999.**

Contencioso-administrativo. Publicidad ilícita. Publicidad engañosa sobre prestación de servicios odontológicos. Publicitar como un seguro un servicio de intermediación. Estimación del recurso. Publicidad reparadora.

**- SAP BARCELONA, de 26 de marzo de 2002.**

Civil. Acción de competencia desleal. Fage Dairy Industry, S.A. vs. Danone, S.A., "Yoghourt Griego". Recurso de apelación de Fage Dairy Industry, S.A. contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N.º 43 de Barcelona, de 8 de setiembre de 1999. Arts. 8 y 7 de la LCD así como arts. y de la LGDCU, 4 y 5 de la LGP junto a la normativa sobre marcas, denominaciones e indicaciones de origen y normativa especial de alimentos. El litigio no se centra en la vulneración de derechos de exclusiva sino en la aptitud de la publicidad en TV y la presentación del yogur para generar un riesgo de error en los consumidores sobre el origen griego del producto, y/o su procedencia. Requisitos para verificar la existencia de un acto de competencia desleal del art. 7 y 15 LCD. Necesidad de identificar a los destinatarios de la publicidad para determinar la aptitud de la publicidad y del etiquetado para inducir a error. Concepto de consumidor medio según la jurisprudencia comunitaria. Valor de los

sondeos de opinión como medio de prueba. De los elementos de prueba analizados se concluye que el etiquetado no puede inducir a error a un destinatario normalmente informado y atento. La posterior modificación del anuncio televisivo impide que puedan prosperar las acciones ejercitadas. Desestimación íntegra del recurso de apelación.

**- SAP MADRID de 17 de octubre de 2002.**

Civil. Recurso de apelación. Telefónica de España, S.A. vs. Retevisión, S.A., ("Cabina" / "Los Planes Claros"). Publicidad desleal. Acciones de cesación de publicidad ilícita, de rectificación de publicidad engañosa y de resarcimiento de daños y perjuicios. Desestimación, en primera instancia (Sentencia del Juzgado Nº 1 de Majadahonda de 18 de octubre de 2000) de la demanda de Telefónica y estimación de la reconvención de Retevisión. Cabina: Supuesta denigración de la compañía Telefónica por la utilización de un símil o metáfora. Los Planes Claros: Promoción de un plan de descuentos sin la preceptiva autorización administrativa, publicidad engañosa. Estimación parcial del recurso por cuanto el fallo de la Sentencia de Primera Instancia no estimó la totalidad de los pronunciamientos solicitados en la reconvención.

**- SAP MADRID de 26 de septiembre de 2002.**

Civil. Apelación. OCU vs. BBVA. Publicidad engañosa en prensa sobre una emisión de bonos. Referencias a índices de revalorización del Ibex. Omisión de información esencial que produce error en los consumidores. Arts. 4 LGP y 8 LGDCU. Referencia en la publicidad a la posibilidad de obtener información por otros medios del anunciante. Estimación del recurso. Obligación de resarcir el lucro cesante a los contratantes.

**- SAP MADRID de 15 de enero de 2003.**

As. AUC vs. Wall Street Institute Sylvan Learning Systems, Inc., "Gratis. Curso Intensivo de Inglés en Verano". Civil. Recurso de apelación de la Sentencia de 29 de abril de 2002. Resolución del Jurado de la Publicidad de 26 de junio de 2000. Introducción relativa al concepto y límites de la actividad empresarial y, por ende,

publicitaria, de acuerdo con los pronunciamientos del Tribunal Supremo (Sentencias de 8 de mayo de 1997, 30 de mayo de 1992 y 27 de mayo de 1994). Publicidad engañosa: existencia. Publicidad que induce a error a sus destinatarios debido al texto empleado, los caracteres (tipografía) y su disposición en el anuncio. Condena a rectificar la publicidad reclamada. Estimación íntegra del recurso.

## **Juzgados de Primera Instancia**

### **- Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Madrid, Sentencia de 23 de marzo de 1990: publicidad engañosa.**

Citröen. Publicidad ilícita. Publicidad engañosa. "Ni un duro hasta abril de 1990", pero en letra pequeña se limita la oferta principal con la siguiente frase "Excepto entrada inicial". Publicidad correctora. Estimación de la demanda.

### **- Juzgado de Primera Instancia nº 51 de Madrid, Sentencia de 4 de mayo de 1995.**

Acción de cesación de publicidad ilícita. Barclays Bank. "Depósito de interés creciente". La autorización administrativa de una determinada publicidad (en nuestro caso por el Banco de España) no condiciona la intervención del Juez. Publicidad engañosa por omisión. Ocultación de las condiciones relevantes de la oferta. Estimación parcial de la demanda.

### **- Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Jerez, Sentencia de 2 de julio de 1995.**

Acción de cesación y rectificación de publicidad ilícita. Acar-Sud. Publicidad engañosa. Efecto terapéutico de determinados productos no contrastado científicamente. Inversión de la carga de la prueba en procedimientos de derecho de la publicidad. "Magnoterapia". Concepto de consumidor medio. Estimación de la demanda.



**- Juzgado de Primera Instancia nº 62 de Madrid, Sentencia de 17 de diciembre de 1996.**

Huevos fuertes "El Pozo". Publicidad desleal. Publicidad engañosa. Alegaciones publicitarias no contrastadas científicamente. Actos de denigración, engaño y comparación que resultan desleales. Publicidad rectificadora. Estimación de la demanda.

**- Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Alcobendas, Auto de 24 de diciembre de 1996.**

Airtel. Solicitud de medidas cautelares. Publicidad desleal. "Cobertura nacional". Alegaciones publicitarias falsas y desleales. Delimitación del "fumus bonis iuris". Estimación parcial de la solicitud. Cesación provisional de la publicidad.

**- Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Alcobendas, Auto de 5 de febrero de 1997.**

Airtel. Solicitud de medidas cautelares. Cesación de publicidad. "Certificado Aenor". Alegaciones publicitarias denigratorias. Notas características y requisitos de las medidas cautelares en relación con el derecho de la publicidad. Publicidad desleal. Publicidad engañosa. Estimación parcial de la solicitud.

**- Juzgado de Primera Instancia nº 9 de León, Sentencia de 28 de abril de 1997.**

Airtel. Demanda de cesación de publicidad desleal. Competencia territorial del Juez para juzgar un determinado anuncio. Publicidad engañosa. Confusión. Publicidad rectificadora. Estimación parcial de la demanda. Condena a indemnización. No procedencia de indemnización por daños morales.

**- Juzgado de Primera Instancia nº 64 de Madrid, Auto de 30 de septiembre de 1997.**

Radiopharm. Solicitud de medidas cautelares. Publicidad engañosa. Calificar como medicamentos genéricos a medicamentos con patente en vigor de otra compañía. La medida cautelar de secuestro de la publicidad está incluida en las medidas cautelares que se pueden adoptar siguiendo la LGP. Estimación parcial de la solicitud.

**- Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Alcobendas, Sentencia de 5 de noviembre de 1997.**

Airtel. Publicidad desleal. Publicidad engañosa. Alegación publicitaria sobre la inferioridad de la telefonía analógica respecto de la digital. Consecuencias en el sistema económico de la actividad publicitaria. No cabida de la "exceptio veritatis" en el derecho de la publicidad. Publicidad rectificadora.

**- Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Bilbao, Sentencia de 31 de diciembre de 1998.**

Airtel. Publicidad en folleto sobre tarjeta de teléfono móvil. Letra pequeña. Ausencia de contrato escrito. La publicidad ocupa actualmente el lugar de los actos preparatorios del contrato. Carácter vinculante de la oferta promocional. Publicidad engañosa. Mantenimiento del folleto después del cese de la oferta. Estimación de la demanda.

**- Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de Majadahonda, Sentencia Nº 116/2000, de 15 de mayo.**

PR Larios, S.A. vs. Bacardí-Martini España, S.A. Acciones de publicidad ilícita y de competencia desleal. Supuesta publicidad engañosa en prensa y en soportes de publicidad exterior por la utilización de expresiones que pueden inducir a error sobre el origen de los productos. Supuestos actos de competencia desleal por utilización de una ventaja competitiva creada a través de la infracción del ordenamiento jurídico. "el empleo de las expresiones, "Santiago de Cuba", "proceso de añejamiento que emplea (...) los ingredientes originales", "allí creó un producto que acabaría marcando el

carácter del ron cubano (...) más suave y delicioso que el de sus vecinos caribeños", en la publicidad y etiquetado de los productos de la marca Bacardí, no constituye engaño activo pues la información facilitada es verdadera, ni tampoco constituye engaño por omisión, ya que no se oculta el origen actual de los rones". Utilización de estudios de mercado en apoyo de las alegaciones. Desestimación íntegra de la demanda.

**- Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 1 de Palma de Mallorca. Sentencia N° 115/200, de 26 de junio.**

"Caja Salud, S.A. vs. Consejería de Sanidad y Consumo de Baleares". Contencioso-administrativo. Recurso contra expediente sancionador de la Consejería de Sanidad y Consumo. Publicidad engañosa. Infracción de la normativa de protección de los consumidores. Publicidad de suplemento odontológico. Cobro de una prima por nuevas prestaciones ya ofrecidas en la póliza general que se presenta con la apariencia de seguro, que no supone asunción de riesgo alguno por la compañía. Desestimación del recurso.

**- Juzgado de Primera Instancia n° 64 de Madrid, Sentencia de 31 de diciembre de 1998.**

Radiopharm. Publicidad ilícita. Publicidad engañosa. Competencia desleal. Calificación de medicamentos genéricos a medicamentos que no han obtenido tal calificación. Patentes. Marcas. Principios rectores del ordenamiento mercantil. Concepto de medicamento genérico. Publicidad correctora. Estimación de la demanda.

**- Juzgado de Primera Instancia N° 43 de Barcelona, Sentencia de 8 de septiembre de 1999.**

Civil. Acción de competencia desleal. Fage Dairy Industry, S.A. vs. Danone, S.A., "Yoghourt Griego". Interpretación de los arts. 7 (actos de engaño) y 15 (ilícito concurrencial por violación de normas) de la LCD. Eventual inducción a engaño al

consumidor. Se le haría pensar que el producto tiene su origen en Grecia. Instrumentos de materialización del engaño: uso destacado del término "griego", utilización de imágenes evocadoras y los colores de la bandera nacional en la presentación del producto; campaña publicitaria centrada en la idea del origen griego del producto. Aplicabilidad de la LCD. Utilización de gentilicios para identificar productos: derecho de marcas, competencia desleal y prohibición de expresiones que pueda inducir a error al público sobre la procedencia geográfica de productos. Verificación del eventual engaño: necesidad de atender al conjunto de elementos: la presentación del producto, su publicidad y también la caducidad del producto, la designación del lugar de producción, estudios de mercado, etc. Inexistencia de engaño. Art. 15 y eventual violación de la normativa sobre productos alimenticios. Inexistencia del ilícito concurrencial: no se verifican todos los requisitos exigidos por la norma, entre otros, la generación de una ventaja competitiva. Desestimación íntegra de la demanda.

**- Juzgado de Primera Instancia N° 34 de Madrid, Sentencia de 26 de septiembre de 2000**

AUSBANC vs. Caja de Ahorros del Mediterráneo. Oferta de producto financiero: imposición de depósito a plazo. Infracción de la normativa legal sobre publicidad: Ley General de Publicidad y Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Una hoja informativa o circular elaborada por una sucursal bancaria debe ser considerada publicidad a los efectos de solicitar autorización al Banco de España. Ausencia de elementos exigidos por la normativa legal. Publicidad engañosa. Estimación de la demanda.

**- Juzgado de Primera Instancia N° 1 de Majadahonda, Sentencia de 18 de octubre de 2000.**

Civil. Telefónica vs. Retevisión. ("Cabina / Los Planes Claros") Acumulación de acciones de competencia desleal y de publicidad ilícita. "Cabina": Publicidad engañosa, desleal (denigratoria y comparativa ilícita) Supuesta denigración de la compañía Telefónica por la utilización de un símil o metáfora. Desestimación de la demanda. "Los

Planes Claros": reconvencción. Publicidad desleal. Prueba pericial. Resarcimiento de daños y perjuicios. Promoción de un plan de descuentos sin la preceptiva autorización administrativa. Estimación parcial de la reconvencción.

**- Juzgado de Primera Instancia nº 52 de Madrid, Sentencia de 30 de noviembre de 2000.**

AUC vs. Estée Lauder, S.A. y El Corte Inglés, S.A. Carácter engañoso de la utilización publicitaria de la expresión: "Oferta válida salvo fin de existencias". Ejercicio de acciones derivadas de la Ley General de Publicidad, de la Ley de Competencia Desleal y de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Prevalencia del ilícito publicitario para el enjuiciamiento del caso. Demandados: concepto de anunciante, ambos tienen la consideración de anunciantes de acuerdo con la LGP. Publicidad engañosa. Sentencia condenatoria. Desestimación de la solicitud de publicidad reparadora debida a "a voluntad inequívoca de las empresas demandadas de no llevar a cabo una utilización abusiva o ilícita de la limitación reflejada en el mensaje publicitario". Estimación parcial de la demanda.

**- Juzgado de Primera Instancia Nº 20 de Madrid, Sentencia de 19 de diciembre de 2000**

AUSBANC vs. BBVA. Publicidad de producto financiero: Depósito mercado. Publicidad engañosa. Infracción de la normativa legal sobre publicidad: Ley General de Publicidad y Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Ausencia de mención de elementos relevantes de la oferta exigidos por la citada normativa. Publicidad engañosa, posibilidad de inducción a error pese a que se proporcionen al cliente ulteriores informaciones: "no obsta a ello que la publicidad, como ha alegado la parte demandada, no constituya documento contractual, sino que el contrato se formaliza en los modelos que se han aportado a los autos, pues sí es base de futuras contrataciones, de ahí las exigencias legales de que se ajuste a determinados requisitos, que la publicidad de autos ignora". Estimación de la demanda.

**- Juzgado de Primera Instancia N° 5 de Madrid, Sentencia de 9 de mayo de 2001.**

"OFERTA VÁLIDA HASTA EL FIN DE EXISTENCIAS". Campaña publicitaria conjunta. Las acciones de cesación de la publicidad carecen de contenido si la actividad publicitaria no existe o existía a la fecha de la demanda. Existencia de publicidad engañosa y desleal conforme a las normas de libre competencia y protección de consumidores y usuarios. Existencia de cláusula abusiva cuya inserción en la promoción y publicidad resulta engañosa. Confirmación de la doctrina de la AAP sobre esta misma cuestión a la que se hace referencia en la propia sentencia.

**- Juzgado de Primera Instancia N° 5 de Madrid, Sentencia de 26 de julio de 2001.**

Publicidad engañosa por omisión: existencia. Limitaciones a la oferta publicitariamente realizada: "Con ello (...), sin duda la publicidad realizada supone la expresión de una limitación de la obtención o bien según se entienda, del regalo ofertado o de la oferta genérica contenida en la publicidad del método de aprendizaje de inglés, por parte del consumidor que previamente desconoce el alcance de la limitación en cuanto que no es legible por éste y no se conoce en referencia a qué extremos se trata, dejando a la libre consideración de la ofertante la aplicación a su arbitrio de la oferta. E igualmente existiría una inequívoca inducción al consumidor que por contenerse manera ilegible el anuncio no esté en disposición de conocer completamente la oferta y condiciones esenciales de éste". Desestimación de la solicitud de publicidad correctora: la campaña no se estaba emitiendo en el momento en que fue planteada la demanda. Estimación parcial.

**- Juzgado de Primera Instancia N° 3 Parla, de 21 de febrero de 2002.**

Spuknic. Civil. Folleto publicitario ilícito por inducir a error al consumidor y contener cláusulas abusivas. Allanamiento del demandado.

**- Juzgado de lo Contencioso-administrativo N° 13 de Barcelona, de 7 de marzo de 2002.**

Contencioso-administrativo. European City Guide (I y II) vs. sanción administrativa. Infracción grave sobre disciplina de mercado y protección de consumidores y usuarios. "Se trataba, a su vez, de un prospecto cuyo contenido era capciosos o engañoso - lo que sólo es posible atribuir a una voluntad consciente y deliberada en tal sentido-, toda vez que inducía a pensar que la firma del mismo no entrañaba compromiso económico alguno, viendo limitados sus efectos de ver corroborada la aceptación, por el destinatario, de la inclusión de sus datos en la guía". Vulneración de la LGP y de la Ley 1/1990 de la Generalitat de Catalunya. Confirmación del expediente sancionador administrativo.

**- Juzgado de Primera Instancia N° 1 de Madrid, Sentencia de 29 de abril de 2002**

As. AUC vs. Wall Street Institute Sylvan Learning Systems, Inc., "Gratis. Curso Intensivo de Inglés en Verano". Resolución del Jurado de la Publicidad de 26 de junio de 2000. Civil. Acciones de rectificación y cesación de publicidad ilícita; y declarativa y de cesación de acto de competencia desleal. Publicidad engañosa: inexistencia. Inserción de un frase en tipografía de menor tamaño, en el lateral del anuncio, que modifica el mensaje principal. No se produce engaño: falta acreditación de la parte actora; debe interpretarse el anuncio en su conjunto: "sólo a un usuario apresurado y especialmente desatento podría pasar inadvertida la indicación que se efectúa en la zona lateral del anuncio" y la oferta necesariamente conlleva una contratación precedida de gestión de carácter informativo. No infracción de los arts. 5, 7 y 15 de la LCD. Desestimación íntegra de la demanda.

**- Juzgado de Primera Instancia N° 43 de Barcelona, Sentencia de 18 de enero de 2003.**

Lay's Mediterráneas. San Carlo Food Group España vs. Snack Ventures. Civil. Acciones de Competencia Desleal. Arts. 5, 7, 11 y 15.2 de la LCD. Patatas fritas con aceite de oliva y patatas con un 2% de composición con aceite de oliva. Engaño al

consumidor derivado de la evocación del aceite de oliva como esencial de un producto. Inducción a error. Interpretación en conjunto de la publicidad junto al envasado de producto para determinar el engaño. Encuestas a consumidores. Inexistencia de imitación. Indemnización en concepto de daño emergente y obligación de publicar la sentencia. Estimación parcial de la demanda.

**- Juzgado de lo Contencioso-administrativo N° 6 de Barcelona. Sentencia de 1 de septiembre de 2003.**

Contencioso-administrativo. Recurso de European City Guide (ECG) contra resolución del Conseller de Industria, Comercio y Turismo (Generalidad de Cataluña): imposición de sanción pecuniaria y publicidad de la sanción. Vulneración del art. 3.g) de la Ley catalana 1/1990 sobre disciplina del mercado y defensa de consumidores y usuarios en relación con los arts. 3.b) y 4 LGP. No vulneración del principio non bis in idem por parte de la Administración sancionadora debido a la existencia de un nuevo folleto publicitario. El hecho de que los clientes de ECG no sean consumidores no impide la aplicación de los preceptos legales señalados ya que "la normativa infringida y los intereses tutelados por la misma es (sic) la disciplina de mercado, tratando de defender los derechos e intereses de los agentes económicos y de los consumidores, velando por la transparencia del mercado, y por los intereses de las empresas y de los propios consumidores": Existencia de publicidad engañosa. La inducción a error producida en los destinatarios del documento se sustancia en las 764 denuncias recibidas por la Administración. Desestimación del recurso.

## **Juzgados de lo Penal**

**- Juzgado de lo Penal de Sevilla, Sentencia de 23 de abril de 1998.**

Star Studio. Delito continuado de estafa. Publicidad de centro de adelgazamiento. Pluralidad de anuncios. Publicidad engañosa. Requisitos del delito de estafa. Contratos



"criminalizados". Incumplimiento de lo ofertado en la publicidad. Sentencia condenatoria.