

**MÁSTER en Formación Jurídica Especializada en
REGULACIÓN DEL MERCADO Y DE LA EMPRESA**

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

“EL DELITO DE PUBLICIDAD FALSA”



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE DERECHO

Autor: Luis Román Cañibano

Tutora: Patricia Tapia Ballesteros

Valladolid, Julio de 2019

“La claridad supera a la persuasión”. Flint McGlaughlin. Fundador del Instituto MECLABS.

RESUMEN

El presente trabajo trata de analizar cómo afecta el principio *Non bis in ídem*, del que se deriva la prohibición de sancionar más de una vez la misma conducta cuando existe identidad de sujetos, hechos y fundamentos, a los actos de publicidad falsa. Tras describir los elementos característicos del delito, se analizan los límites con el Derecho Administrativo y se ofrece una visión general de la protección frente a los actos de publicidad falsa en un sistema de economía de mercado donde los bienes y servicios han sufrido una serie de cambios trascendentales.

Palabras clave: publicidad ilícita, publicidad falsa, protección de los consumidores.

ABSTRACT

The present Project tries to examine how the principle of *Non bis in ídem* from which is derived the prohibition of punishment more than once the same behavior when there is the same subjects, facts and basics of law affects to illegal advertising practices. After describing the characteristic elements of the criminal law, we explain the administrative offences limits and a general vision of the protection from illegal advertising practices in a market economy system, where goods and services have suffered far-reaching changes.

Keywords: illicit advertising practices, false advertising practices, consumer protection.

GUÍA DE ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
Art/Arts	Artículo/Artículos
CE	Constitución Española de 1978
CEE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal
LCD	Ley 2/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal
LECrim	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LGDCU	Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
LGP	Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
RD	Real Decreto
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TRLGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes Complementarias
TS	Tribunal Supremo

ÍNDICE

RESUMEN	3
ABSTRACT	3
GUÍA DE ABREVIATURAS	4
I. INTRODUCCIÓN	9
I.A Objetivos e hipótesis del trabajo.....	10
II. CONTEXTO NORMATIVO EXTRAPENAL DE LA PUBLICIDAD FALSA	11
II.A) Protección Europea de los consumidores frente a la publicidad ilícita	11
II.B) Tutela nacional extrapenal de los consumidores frente a la publicidad ilícita	14
II.B).1 Constitución Española.....	14
II.B).2 Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.....	15
II.B).3 Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal	17

II.B).4 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias	18
II.B).5 Protección Civil	22
III. LEGISLACIÓN PENAL VIGENTE	26
III.A) Introducción.....	26
III.B) Bien Jurídico protegido.....	28
III.C) Modos de ejecución	32
III.D) Objeto del delito	37
III.E) Resultado del delito	39
III.F) Sujetos del delito	41
III.F).1 Sujeto activo del delito	41
III.F).2 Sujeto pasivo del delito	45
III.H) La penalidad.....	45
IV. EL PRINCIPIO “NON BIS IN IDEM”	47
IV.A) Unidad y pluralidad de delitos	47
IV.A).1 Delito continuado y delito masa.....	47

IV.A).2 Concurso de delitos.....	50
IV.B) Protección de los consumidores frente a los actos de publicidad ilícita que constituyen una infracción penal y una infracción administrativa.....	55
V. CONCLUSIONES.....	59
RELACIÓN BIBLIOGRÁFICA.....	64

I. INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo de Fin de Máster en Formación Jurídica Especializada en Regulación del Mercado y de la Empresa, trata de analizar el delito de publicidad falsa previsto en el artículo 282 del CP. En este artículo se prevé específicamente que: *“Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos.”*

Los consumidores, como colectivo, son dotados de una especial protección constitucional, puesto que en los apartados 1º y 2º del artículo 51 de la CE se regula lo siguiente: *“Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.”*

Es un delito que no formaba parte del Código Penal anterior, pero dada su importancia en el marco de un sistema de economía de mercado, cada vez más creciente, el Proyecto del Código Penal 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de 1983 contemplan la figura delictiva. No es hasta el último Proyecto de Código Penal de 1992 donde se recoge la figura exacta de lo que conocemos como el delito de publicidad falsa actualmente.

I.A Objetivos e hipótesis del trabajo

El objetivo general del presente trabajo radica en el estudio de los actos de publicidad falsa desde la perspectiva del Derecho Penal. En primer lugar se describen los elementos característicos del delito, para centralizar el estudio del delito previsto en el artículo 282 del CP; posteriormente se analizan las exigencias del principio *Non bis in ídem*, exponiendo tanto la unidad y pluralidad de delitos, como los posibles concursos (reales, ideales, mediales y de leyes), para finalmente, estudiar los límites entre los actos de publicidad fraudulenta perseguidos por el Orden Penal y los perseguidos por el Derecho Administrativo.

Principalmente, el presente trabajo tratan de dar solución a una serie de preguntas fundamentales necesarias para distinguir entre delito e infracción administrativa para que, de esta manera, no se vulnere uno de los principios característicos del Ordenamiento Jurídico, el principio *Non bis in ídem*.

Particularmente se resolverán estas cuestiones en los capítulos iniciales del trabajo y el lector podrá identificar la importancia de estas premisas en la práctica, para distinguir cómo el Ordenamiento Jurídico persigue cada acto de publicidad falsa.

II. CONTEXTO NORMATIVO EXTRAPENAL DE LA PUBLICIDAD FALSA

II.A) Protección Europea de los consumidores frente a la publicidad ilícita

Inicialmente, es preciso identificar los instrumentos europeos de protección a los consumidores y usuarios. Sin poder detenernos en realizar un análisis exhaustivo, conviene recordar brevemente los instrumentos aprobados por las Instituciones Europeas:

Con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Roma, 25 de marzo de 1957) se estableció el objetivo de la creación de un mercado común basado en la libre circulación y trata de navegar hacia una unificación política cada vez más amplia a nivel europeo. Aunque en el Tratado de Roma no se establece una protección específica de los consumidores, aparecen las primera referencias sobre políticas de consumo¹, principalmente en el artículo 2².

A través de dos instrumentos posteriores se encauza la protección: el Comité de Contacto de los Consumidores de 2 de abril de 1962, sustituido por el Comité Consultivo de los Consumidores en 1973 para el asesoramiento de la Comisión en esta materia, y la Comisión de París de 1972 destinada a la elaboración de una política común en materia de consumidores .

No es ocioso señalar en este ámbito el Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una Política de Protección e Información a los Consumidores³ por el que se consolida el “principio de una política de protección e información a los consumidores ” así como la representación de los objetivos y acciones necesarias a escala

¹ Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Roma, 25 de marzo de 1957).

² “*La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la aproximación progresiva de las políticas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un desarrollo continuo y equilibrado, una mayor estabilidad, una creciente elevación del nivel de vida y un estrechamiento de las relaciones entre los Estados miembros*”.

³ Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una Política de Protección e Información a los Consumidores (Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975).

comunitaria en búsqueda de la fijación de un mercado interior europeo con una amplia protección de los derechos de los consumidores. En esta línea se pueden citar un conjunto de programas de la comunidad para la protección de los consumidores como el de mayo de 1981 que pretende proteger los intereses de los consumidores más desfavorecidos o un Tercer Programa para fomentar los intereses económicos.

No es hasta el Acta Única Europea de 1986 cuando se otorga el máximo nivel de protección al revisar el Tratados de Roma. El artículo 18.3 del Acta, que prevé una modificación del artículo 100-A del Tratado de Roma, expone que: *“La Comisión, en sus propuestas previstas en el apartado1 referente a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado”*.

Posteriormente, a través de la Resolución del Consejo de 9 de noviembre de 1989 sobre futuras prioridades para el relanzamiento de la política de protección del consumidor, se trata de equilibrar el poder de los productores y los intereses de los consumidores.

Con el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992 se prevé expresamente que la *“Comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores mediante medidas que adopte en virtud del artículo 100A en el marco del mercado interior y mediante acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los estados miembros a fin de proteger la salud, la seguridad y os intereses económicos de los consumidores, y de garantizarles una información adecuada.”* (Art 129A)

El siguiente Tratado importante en esta materia, el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 se consagra la integración del mercado interior con el objetivo fundamental de poder alcanzar un desarrollo equilibrado y sostenible. Y, con la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE de Niza el 7 de diciembre del 2000 donde se recogen los derechos civiles, políticos, económicos y sociales; en el capítulo IV, su artículo 38 se prevé fundamentalmente que *“las políticas de la Unión garantizarán un alto nivel de protección de los consumidores”*.

Previo al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, se aprueba el Programa de Acción Comunitaria en el ámbito de la política de consumidores de 2007 a 2013 (Decisión

Nº 1926/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2006) para aumentar la vigilancia a los estados en su cometido de protección de los consumidores contribuyendo a complementar la salud, seguridad y sus intereses económicos y jurídicos, así como con la promoción de los derechos de información y educación⁴.

En último lugar, el programa Plurianual de Consumidores de la UE 2014-2020 Reglamento UE Nº 254/2014 del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, eleva el nivel de información y educación en materia de consumo y garantiza estos derechos mediante una vía de reclamación y una mayor intervención legislativa además de la cooperación nacional entre países para el asesoramiento en materia de consumidores.⁵

Estos instrumentos aprobados por las Instituciones Europeas, permiten establecer un marco conceptual de la protección de los consumidores y usuarios frente a los actos de publicidad falsa a escala supranacional. En los capítulos sucesivos se estudiará la cómo el Poder Legislativo Español, ha perseguido, a escala nacional, los actos de publicidad fraudulenta.

⁴ LORA- TAMAYO VALLVÉ, M., “La Política de consumidores ”, *Políticas de la Unión Europea*, LINDE PANIAFUA (Coor.), Madrid, 2007. Pág. 710.

⁵ MACÍAS ESPEJO, B., *El delito de publicidad engañosa*. Ed. Dykinson. Granada, 2016. Pág 26.

II.B) Tutela nacional extrapenal de los consumidores frente a la publicidad ilícita

II.B).1 Constitución Española

Dentro de un sistema de economía de mercado, donde el consumo es una de sus notas características, los consumidores y usuarios necesitan un sistema de protección constitucional y la norma suprema del Ordenamiento Jurídico Español reconoce una protección eficaz. En este contexto, el artículo 51 de la CE regula, en su apartado primero, la necesidad de los poderes públicos de: *“garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”*. Se encuadra, por tanto, en el ámbito del Estado Social de Derecho previsto en el artículo 1.1 de la CE y en el marco de la economía de mercado del artículo 38 del mismo cuerpo legal.

El segundo apartado del artículo 51 la CE va más allá de un deber de defensa a nivel institucional por parte de los poderes públicos, garantizando la defensa de los consumidores y usuarios mediante el fomento de organizaciones destinadas a la protección del derecho de información y educación en este ámbito: *“Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.”*

Sabiendo que este derecho no goza del ámbito de protección previsto para los Derechos Fundamentales a través del recurso de amparo, ello no impide que el TC se haya pronunciado sobre la necesidad de protección eficaz del derecho de los usuarios y consumidores en numerosas sentencias. Es preciso señalar, a tal efecto, el Fundamento Jurídico 20 de la STC 71/1982, de 30 de noviembre⁶ donde expresamente se prevé el deber de crear asociaciones para la tutela judicial de los derechos colectivos de los consumidores: *“Con fórmula que encuentra en el art. 51.1 de la Constitución (...) se inserta en un cuadro de objetivos a los que se deben los poderes públicos con el designio de facilitar el ejercicio de las acciones judiciales en defensa de los intereses colectivos”*

⁶ STC 71/1982, de 30 de noviembre, del Pleno del Tribunal Constitucional.

II.B).2 Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad

El antecedente más próximo de la Ley General de Publicidad (LGP) lo encontramos en el la Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de Publicidad. En este cuerpo legal, ya derogado, se observa como la publicidad adquiere una importancia superlativa en un nuevo sistema económico al afirmar que, tanto la estructura de producción, como el mercado de bienes y servicios han sufrido unos cambios que merecen el calificativo de “trascendentales”.

Se establece una definición de lo que se entiende por publicidad en la Exposición de Motivos de la Ley: *“puede entenderse toda actividad que tiene por objeto o por finalidad «hacer público» el conocimiento de una cosa, de un hecho o de una situación; el presente Estatuto se ha dirigido de manera fundamental a regular aquellas formas de información o difusión que se dirigen de modo mediato o inmediato a favorecer y a promover la libre contratación de bienes o de servicios.”*⁷.

Por exigencias de la normativa comunitaria y de nuestra Constitución Española, en especial el antedicho artículo 51, se supera este obsoleto sistema de protección para dar paso a la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. De este modo se establece una definición más completa en su artículo segundo al señalar que se entiende por publicidad: *“Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.”*⁸

Con mayor precisión, en el siguiente artículo se especifica lo que el legislador entiende por publicidad ilícita. Un artículo reformado por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre por el que se actualiza el sistema de competencia desleal y de la protección de los consumidores y usuarios. En este sentido establece en primer lugar que será publicidad ilícita la que atente contra los valores constitucionales, en especial, el derecho a la igualdad; el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; así como el derecho a la libertad de expresión. Es necesario mencionar el artículo segundo de la Ley 29/2009, que modifica, entre otros, el artículo 3 de la Ley General de Publicidad estableciendo la necesaria protección, ante los anuncios insertos en la publicidad, que atenten de manera vejatoria o discriminatoria o utilicen el cuerpo de una mujer como un objeto desvinculado del producto que se quiere promocionar. Según el citado artículo, este

⁷ Exposición de Motivos de la Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de Publicidad.

⁸ Artículo 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

tipo de publicidad ilícita generar la violencia propia referida en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de noviembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Posteriormente, el apartado B) del artículo 3 determina como publicidad ilícita, la dirigida a menores de edad para incitarlos a la compra de un bien o servicio aprovechando su escasa experiencia, en la que figuren persuadiendo a sus padres o tutores o en la que se presenten menores en situaciones peligrosas, incluso todas aquellas referidas que no se articule correctamente la seguridad de los productos o de las características necesarias para utilizarlos sin producir un daño propio o a terceros.

En tercer lugar, la LGP prohíbe la publicidad subliminar por considerarla inserta dentro del contenido de la publicidad ilícita. El artículo 4 describe la publicidad subliminar como: *“la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida.”*

En conexión con lo antedicho, se establece un régimen de protección amplio y sin fisuras, elevando la protección para evitar vacíos legales no deseados, se cataloga como ilícita la publicidad que infrinja la normativa que regule la publicidad de determinados productos bienes, actividades o servicios, en el artículo 5.

En último lugar, como se analizará en el apartado específico, se adjetiva como ilícita “la publicidad desleal y agresiva” que tendrán el calificativo de desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal (LCD).

En cualquier caso, para acotar el ámbito del contenido material de la publicidad acudimos a la definición de Cartagena Pastor, por su precisión a la hora de concretar los límites de la actividad publicitaria: *“se considera actividad publicitaria a la que se determina como la fase intermedia del proceso de comercialización del producto, siendo fundamental su acercamiento desde el fabricante al consumidor, y, constituyendo otro acto más del comportamiento en que se manifiesta el comercio, en este caso, promoviendo su adquisición al ofrecerlo al público ”*⁹.

Por tanto, la regulación sobre la publicidad se ha ido describiendo conforme a los avances de la producción y las nuevas exigencias de mercado para ofrecer un sistema de protección específico y ajustado a las necesidades de los consumidores y usuarios.

⁹ CARTAGENA PASTOR, F., “Publicidad ilícita y delito de publicidad engañosa”, *Curso de formación de la Fiscalía General del Estado: novedad del Código Penal en materia de delitos contra la propiedad*. Ed. Estudios sobre el Consumo, Núm. 45, abril 1998, pag.105.

II.B).3 Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal

Esta ley, según Macías Espejo: *“Conceptualiza los principales preceptos reguladores de los límites de validez de nuestro sistema de mercado y, por ende, de la organización competencial”*¹⁰.

En la exposición de motivos de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD) se confecciona un sistema de protección que impide las tendentes formas abusivas. Haciendo nuestras las afirmaciones de García Aburrúza podemos identificar el propósito de la ley como: *“la protección de la competencia en pro de todos los que participan en el mercado, prohibiendo los actos de competencia desleal siempre que se realicen con fines concurrentiales”*¹¹.

La Disposición Adicional de la LCD afirma que: *“a los efectos de esta ley se entiende por publicidad la actividad así definida en el artículo 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad”*¹², artículo que previamente se ha analizado en el subepígrafe precedente.

Al analizar la ley, son diversos los artículos que hacen mención a la publicidad ilícita; por ello, nos centraremos en la columna vertebral de la regulación en aras de dar una visión acotada de la protección a los productores, consumidores y usuarios.

El artículo séptimo, modificado por la ley 29/2009, determina las omisiones engañosas catalogadas como desleales: la omisión y ocultación de la información necesaria para que el consumidor pueda elegir libremente y con conocimiento de causa, la adopción de un determinado producto o servicio. Se entiende incluido la información incompleta, inveraz, ambigua, todas aquellas no ofrecidas en el momento adecuado o las que no se dan a conocer el propósito comercial de la citada práctica.

Para entender el carácter engañoso de lo anteriormente mencionado, se debe estar a la circunstancia del contexto en el que se inserta la publicidad teniendo en cuenta: *“las características, circunstancias y limitaciones del medio de comunicación utilizado”*. Se deja claro que el profesional encargado de ofrecer la comunicación debe, por todos los medios de los que disponga, transmitir la información necesaria.

Prosigue, el artículo siguiente, determinando como prácticas agresivas las susceptibles de mermar, mediante acosos, coacción, uso de la fuerza o la influencia debida, la libertad de elección del destinatario en relación al bien o servicio y que pueda afectar al comportamiento económico.

¹⁰ MACÍAS ESPEJO, B., *El delito de publicidad engañosa*. Ed. Dykinson. Granada, 2016, pág 37.

¹¹ GARCÍA ABURRÚZ, M.P., “Prácticas comerciales desleales : ¿una sólida protección al consumidor?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm 6/2009, Pamplona, 2009, pág 3.

¹² DA de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Cabe destacar el artículo 19 de la LCD que señala como prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios: los actos de engaño, omisiones engañosas, prácticas agresivas; así como las prácticas engañosas sobre Códigos de Conducta y otros distintivos de calidad.

Para finalizar este breve análisis de la ley en lo relativo a la protección de los consumidores frente a una potencial publicidad engañosa, es necesario citar el artículo 32 de la ley. En este precepto se incluyen las acciones ejercitables en contra de la publicidad ilícita.

Sea como fuere, esta *“Ley prohíbe a lo largo de su articulado determinados actos de competencia desleal dentro de los cuales se haya incluida la publicidad ilícita”*¹³.

II.B).4 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias

Para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, en especial, para adaptar la legislación comunitaria a las exigencias actuales, se habilita al Gobiernos para refundir en un texto único las normas dictadas en esta materia.

En este contexto, se publica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias el 16 de noviembre del 2007 (TRLGDCU); su propósito es adaptar la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios; la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE; Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas con los consumidores

¹³ PUENTE ABA, L.M. *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág 180.

en el mercado interior, que debe ser incorporada a nuestro ordenamiento jurídico y un conjunto de legislaciones nacionales necesitadas de actualización para desarrollar el artículo 51 de la CE.

Tras esta introducción del origen de la TRLGDCU, conviene citar al autor Peña López cuando afirma que: *“se configura como una norma de carácter básico, con una pretendida naturaleza de principio general de Derecho de consumo”*¹⁴

En este sentido, el artículo 8 regula los derechos básicos de los consumidores y usuarios en esta materia. Este artículo se ha visto modificado por la Ley 29/2009 y proclama, como derecho principal, el de la protección contra los riesgos que puedan afectar a la salud de los consumidores o a su seguridad. También continúa el artículo mencionando la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; el derecho a indemnización de los daños y reparación de los perjuicios que se les pueda causar; el derecho a recibir una información correcta sobre los bienes y servicios y el de educar y divulgar para facilitar el conocimiento sobre el adecuado uso, consumo o disfrute; así como el derecho de consulta, participación en la elaboración de las disposiciones que puedan afectarles y el derecho de representación de sus intereses a través de agrupaciones, asociaciones, federaciones o confederaciones legalmente constituidas. Se prevé la protección de estos derechos mediante procedimientos eficaces, en especial, ante situaciones de inferioridad subordinación e indefensión.

En virtud del artículo 46 las Administraciones Públicas sancionarán las conductas tipificadas como infracción en esta materia sin perjuicio de otras responsabilidades.

Es por ello, que el TRLGDCU en su artículo 47.3 prevé que: *“Las autoridades competentes en materia de consumo sancionarán, asimismo, las conductas tipificadas como infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios de los empresarios de los sectores que cuenten con regulación específica y las prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios.”*. Por lo tanto se prevén expresamente como sanciones sometidas al régimen administrativo sancionador.

¹⁴ PEÑA LÓPEZ, F., “Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, Real Decreto Legislativo 1/2007 ”, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Ed. Aranzadi*, Navarra, 2015, pág 89.

Pero, ¿dónde se tipifica la conducta protegida por el régimen administrativo sancionador que podría originar el problema de la duplicidad de sanciones administrativas y penales?

El artículo 49.1 del TRLGDCU menciona dos conductas que nos pueden interesar en aras de analizar este problema.

En primer lugar en el apartado D): *“La alteración, adulteración o fraude en bienes y servicios susceptibles de consumo por adición o sustracción de cualquier sustancia o elemento, alteración de su composición o calidad, incumplimiento de las condiciones que correspondan a su naturaleza o la garantía, arreglo o reparación de productos de naturaleza duradera y en general cualquier situación que induzca a engaño o confusión o que impida reconocer la verdadera naturaleza del bien o servicio.”*

Posteriormente el apartado F): *“El incumplimiento de las normas relativas a registro, normalización o tipificación, etiquetado, envasado y publicidad de bienes y servicios”.*

Para estas conductas tipificadas en el Derecho Administrativo, el artículo 50 del mismo cuerpo legal prevé la imposición de unas sanciones de naturaleza económica, en función de su graduación como leves, graves y muy graves:

1. En caso de infracciones leves, hasta 3.005,06 euros.
2. Si fueran graves, de la cantidad anterior hasta los 15.025,30 euros, pudiendo graduarse de una manera alternativa, es decir, pudiendo alcanzar el quintuplo del valor de los bienes o servicios objeto de infracción.
3. En el caso de ser muy graves, la sanción económica iría desde el límite máximo de las graves hasta 601.012,10 euros, o en su caso, hasta el quintuplo del valor de los bienes o servicios objeto de infracción.

A estas sanciones económicas, en el caso de infracciones muy graves, la Administración podría incluso acordar el cierre temporal del establecimiento, instalación o servicio por plazo máximo de 5 años.

Junto a las anteriormente descritas, se prevén en el artículo 52 del TRLGDCU un conjunto de sanciones accesorias entre las que destacamos:

1. El decomiso de la mercancía adulterada deteriorada fraudulenta... y cuyo gasto será por cuenta del infractor.

2. La publicidad de las sanciones impuestas, cuando se adquiera firmeza en vía administrativa, incluyendo los nombres y apellidos o razón social de la persona jurídica responsable de la infracción.

Con este objetivo, se establece en el artículo 61 una serie de garantías entre las que podemos citar: la necesidad de adaptar la oferta y publicidad a la naturaleza, características, utilidad y condiciones jurídicas o económicas de contratación los bienes o servicios, aún cuando no figuren en los contratos celebrados.

Para establecer una verdadera protección eficaz, el Título IV del Libro I recoge unas disposiciones administrativas en materia sancionadora. Se regula, por tanto, la responsabilidad del vendedor y los derechos del consumidor.

En este punto es necesario únicamente mencionar el principio *Non bis in ídem* o, dicho de otra manera, la prohibición de sancionar más de una vez los mismos hechos en caso de que exista una identidad de sujetos, hechos y fundamentos¹⁵.

Este Principio será analizado en el grueso importante del presente Trabajo, como uno de los principales problemas en el marco de la publicidad engañosa. Aún siendo objeto de análisis pormenorizado en el Capítulo IV, no es ocioso señalar unas notas características.

La distinción fundamental radica en la necesidad de separa el Derecho Penal como la última ratio de actuación. Sólo se pretende mediante este orden sancionar las conductas más reprochables para la sociedad dejando para otros órdenes la sanción de aquellas conductas que no tengan ese plus de desvalor. Por este motivo, se prohíbe la duplicidad de sanciones en distintos órdenes puesto que chocaría, frontalmente, con el Derecho Fundamental consagrado en el artículo 24 de la CE.

Con la motivación de salvaguardar las garantías del Estado Social Democrático de Derecho, se considera pertinente la prevalencia del orden penal frente a la potestad sancionadora de la Administración en el ámbito de la protección de los consumidores del art. 46 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre , en virtud del cual se

¹⁵ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A., “El principio non bis in ídem, y la subordinación de la potestad sancionadora administrativa al orden jurisdiccional penal”, *Noticias Jurídicas*. Enero de 2011 <<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4617-el-principio-non-bis-in-ídem-y-la-subordinacion-de-la-potestad-sancionadora-administrativa-al-orden-jurisdiccional-penal/>> (consultado el 19 de diciembre de 2018 a las 12 horas).

obliga a suspender el procedimiento administrativo cuando se está instruyendo o tramitando causa penal¹⁶.

II.B).5 Protección Civil

En el artículo 6.1 de la LGP, prevé específicamente que: *“Las acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal por el capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal”*.

El precepto 32 de la LCD, recoge acciones ejercitables contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita:

- 1.^a Acción declarativa de deslealtad, con el objetivo de obtener una resolución judicial donde se determine, de forma expresa, que la conducta es calificada como desleal, sin condenar al demandado a una determinada prestación. Esta acción, o bien puede presentarse de forma cumulativa con otras, o bien, individualmente, si el demandante entiende con la declaración de deslealtad, sus intereses quedan satisfechos.
- 2.^a Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura, para que, mediante una resolución, el Juez sancione todas aquellas conductas que incurren, en deslealtad manifiesta y, para aquellas que aunque no se perpetren en la actualidad, o bien se han llevado a cabo en el pasado y se han dejado de emitir, o bien, es probable que sea inminente su comisión.
- 3.^a Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal. Mediante esta acción, podemos englobar todas aquellas que tienen por objetivo eliminar los efectos perjudiciales de los actos de publicidad ilícita. A título de ejemplo, dado el carácter genérico de la acción, podemos citar la retirada del mercado de catálogos que incurran en actos de publicidad ilícita y su destrucción.

¹⁶ MACÍAS ESPEJO, B., *El delito de publicidad engañosa*. Ed. Dykinson. Granada, 2016, pág 43.

4.^a Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas. Se utiliza cuando se pretende llevar a cabo una acción destinada a que el mercado conozca que la información ofrecida públicamente con anterioridad posee datos erróneos o incorrectos, especificando que, el origen de esta comunicación, proviene de una sentencia judicial condenatoria.

5.^a Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente. Se utiliza para prevenir los efectos de los actos de publicidad ilícita y los beneficios que posiblemente se hayan dejado de obtener por este acto.

6.^a Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico. Es una acción análoga a la anterior, puesto que, normalmente, se vincula la pérdida de beneficio del perjudicado, con la ganancia patrimonial del infractor, aunque no se exige que en su conducta intervenga dolo o culpa, como en la acción anterior.

7.^a Por último, se podrá acordar, a cargo del demandado, la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora (en las cuatro primeras acciones expuestas).

Es necesario analizar la legitimación activa y pasiva, así como los plazos de prescripción de las acciones de competencia desleal.

En primer lugar, la legitimación activa, se regula en el artículo 33 de la LCD. Está legitimada para ejercitar las antedichas acciones, excepto para la acción de enriquecimiento injusto: *“Cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados”* y *“cualquier persona física o jurídica que resulte afectada y quienes tengan un derecho subjetivo o interés legítimo”*. Esta previsión tan general, engloba tanto a los consumidores y usuarios que resulten afectados por el acto de publicidad fraudulenta, como a todas aquellos competidores directos o indirectos del presunto infractor que se vean perjudicados por esta conducta y, en general, todas aquellas organizaciones que persigan la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios.

Para ejercitar la acción de enriquecimiento injusto, únicamente podrá llevarla a cabo aquella persona física o jurídica que sea “*titular de la posición jurídica violada*”, es decir, dicha acción corresponde al perjudicado directo por el enriquecimiento de otro.

Para todas aquellas acciones que afecten a los intereses generales, colectivos o difusos, estará legitimado el Ministerio Fiscal como defensor de la legalidad, de los intereses de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley.

Para las acciones correspondientes a los numerales 1º al 4º, explicados en los párrafos precedentes, esto es: la acción declarativa de deslealtad, la de cesación de la conducta o prohibición de su reiteración futura, remoción de los efectos producidos y rectificación de información engañosa, incorrecta o falsa, además de las antedichas, podrán ejercitarlas, además de las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos, cuando resulten afectados sus miembros, también:

1. El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios.
2. Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios.
3. Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas».

Frente a la publicidad ilícita por el uso de la imagen de la mujer de forma discriminatoria o vejatoria, además están legitimados para las acciones declarativas de deslealtad, de cesación o prohibición, remoción y rectificación la Delegación de Gobierno para la Violencia de Género, el Instituto de la mujer (o el equivalente en la Comunidad Autónoma), las asociaciones legalmente constituidas para la defensa de los intereses de la mujer y el Ministerio Fiscal.

En segundo lugar, la legitimación pasiva de estas acciones corresponde a quien haya realizado la conducta desleal o haya cooperado a su realizador en base al artículo 34 de la LCD (excepto la de enriquecimiento injusto que únicamente podrá dirigirse contra el beneficiario del enriquecimiento). Si se hubiera realizado por trabajadores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales las acciones previstas en el 32.1, 1º a 4º, deben dirigirse contra el principal, para el resto se atenderá a lo previsto en nuestro CC.

En último lugar, las acciones especificadas en el artículo 32 LCD prescriben por el trascurso de un año desde el momento que pudo ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto y, en cualquier caso, por el trascurso de 3 años desde la finalización de la conducta, en previsión del artículo 35 del mismo cuerpo legal. Para las acciones de defensa de los intereses generales, colectivos o difusos se atiende a lo previsto en el artículo 56 de TRLGDCU (son imprescriptibles).

III. LEGISLACIÓN PENAL VIGENTE

III.A) Introducción

El delito de publicidad falsa se incorpora a nuestro Ordenamiento Jurídico como figura novedosa en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP), *“dejando al margen las polémicas que en la doctrina científica, se ocasionaron acerca de la necesidad de tipificar la publicidad falaz y, se procederá a adecuar la legislación penal a los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno que, desde hacía bastantes años, sancionaban punitivamente la publicidad engañosa”*¹⁷.

La importancia de la protección de los consumidores frente al incipiente crecimiento del empleo de la publicidad en el mercado, hizo que en el Proyecto del Código Penal 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de 1983 se consideraran la figura delictiva. Sin embargo, no es hasta el último Proyecto de Código Penal de 1992, donde se recoge la figura exacta de lo que conocemos como el delito de publicidad falsa actual.

En la actualidad, inserto en el Libro II, dentro del título XIII: “De los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, Capítulo XI: “De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”, especialmente en la Sección 3ª que lleva por título: “De los delitos relativos al mercado y a los consumidores” se prevé la tipificación del delito de publicidad fraudulenta, falaz, falsa o engañosa en su artículo 282.

De la lectura del precepto se observa la característica principal del delito: es un delito de peligro abstracto, parece ser que dentro de esta clasificación se encuadra en la de los delitos de peligro hipotético puesto que no requiere la existencia de un peligro efectivo, pero sí una acción apta para producir un peligro del bien jurídico¹⁸, un perjuicio grave y manifiesto para los intereses de los consumidores.

De otra parte, en atención al artículo 287 del CP, es necesaria la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, salvo el caso de que ésta sea menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, en

¹⁷ MORENO Y BRAVO, E., *El delito de publicidad falsa. El artículo 282 del CP de 1995, la protección penal de los consumidores frente a la actividad publicitaria falaz*, Ed. Bosch. Madrid, 2001, pág 15.

¹⁸ Vid: MORENO Y BRAVO, E., *El delito (...)*. Op. cit. Pp actual.

cuyo caso también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. En contraposición, el apartado segundo prevé que no será necesaria la denuncia cuando el delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

Se configura así un delito semipúblico perseguible a instancia de parte, excepto en los casos en los que se afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas. El problema es delimitar cuándo se considera que afecta a una pluralidad de personas puesto que, el delito en sí, afecta a los intereses de un número de personas.

En esta línea Macías Espejo afirma que: *“Considera oportuno la actuación de oficio, en el sentido de que si no existe ningún perjudicado por el delito publicitario resultaría difícil que los consumidores denuncien, siendo importante contrarrestar, en el menor tiempo posible, los efectos negativos de las campañas publicitarias engañosas ”*¹⁹.

Se procede a analizar, en este Capítulo, los elementos integrantes del delito en los epígrafes posteriores, entre los que podemos destacar el análisis del bien jurídico, de los modos de ejecución, objeto, resultado del delito y de los sujetos activos y pasivos y, por último, la penalidad.

La razón fundamental de este esquema de análisis es señalar la importancia de estas consideraciones para la comprensión del delito en su totalidad y la esquematización de los aspectos más importantes.

¹⁹ MACÍAS ESPEJO, B., *El delito de publicidad engañosa*. Ed. Dykinson. Granada, 2016, pág 198.

III.B) Bien Jurídico protegido

Inicialmente, es necesario conocer la explicación de los delitos de aptitud o de peligro hipotético para conocer el alcance la protección de este tipo penal. No se requiere la realización de una conducta abstractamente peligrosa, además es requisito necesario que la conducta sea apta para producir un peligro en este bien jurídico protegido de un potencial numero de consumidores, un número indeterminado dentro del colectivo.

Se ha establecido una polémica acerca del bien jurídico protegido. Mientras algunos autores entienden que se intenta proteger o tutelar el derecho a la vida²⁰ y otros la salud, la Doctrina mayoritaria, con la que estamos indudablemente de acuerdo, manifiesta que el bien jurídico protegido es el interés patrimonial de los consumidores. Más aún, cuando en la redacción del artículo, en su parte final, se observa una clausula de apertura hacia la existencia de posibles concursos cuando plasma la frase: “*sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos.*”. Esta previsión legal, pretende tutelar que si, mediante la conducta descrita en el artículo 282 del CP, se infringen otros preceptos jurídicos, aquí podríamos destacar la producción de una determinadas lesión o directamente el fallecimiento de alguna persona, serán castigados también por esta comisión delictiva. De esta manera, se protege que, una determinada conducta constitutiva del delito de publicidad fraudulenta, pueda atentar contra otro bien jurídico determinado en otra norma del Código, como puede ser la salud, o la vida. Una cuestión de interés fundamental en el análisis del delito y por lo que dedicamos un epígrafe completo en el capítulo posterior.

Para completar el análisis de la discusión Doctrinal del bien jurídico protegido en este tipo penal, pese a centramos primordialmente en el interés patrimonial de los consumidores, nos apoyamos en el trabajo de Macías Espejo, que realiza una cuádruple dimensión de las posiciones doctrinales sobre el bien jurídico, entre las que destaca: el buen sistema del mercado, la libertad de disposición económica, el principio de veracidad y los intereses de los consumidores²¹.

²⁰ CARRASCO ANDINO, M.M., *La publicidad engañosa y el Derecho Penal(una aproximación al tipo del artículo 282 del CP)*, Ed. Revista General de Derecho, Valencia 2000.

²¹ MACÍAS ESPEJO, B., *El delito de publicidad engañosa.* Ed. Dykinson. Granada, 2016, págs. 81- 102.

El buen sistema del mercado

A través del bien jurídico se pretende tutelar el buen funcionamiento del sistema en el ámbito de la economía de mercado. La competencia actúa como límite al poder empresarial, desde la perspectiva de libertad competencial, eficacia económica, prohibición de los abusos.

Se trata de proteger los intereses de los consumidores ante las irregularidades que pueden darse en el mercado de la oferta y la demanda, pero paralelamente se protege a los competidores de aquellas prácticas llevadas a cabo por quienes no respeten la reglas de juego.

Atendiendo al Trabajo de Macías Espejo²², no es posible entender el presente argumento sin citar la STC 146/1996, donde en su Fundamento Jurídico Cuarto prevé que: *“El control de la actividad publicitaria ilícita, de la que constituye un subgénero la publicidad engañosa, no son sólo los derechos e intereses de los consumidores los tutelados, sino, también, los de los competidores y, muy especialmente, el interés público en el mantenimiento en el mercado de un orden concurrencial libre y no falseado”*²³.

La libertad de disposición económica

La teoría de sus defensores radica en la necesidad de protección de los consumidores frente a la contratación de los productos o servicios ofertados que genera un perjuicio en la libertad de disposición económica del sujeto pasivo.

Autores como Delmato Celso afirman que esta libertad es común en todos los delitos de competencia desleal.²⁴

En nuestra humilde pero razonada opinión entendemos que esta libertad no puede formar parte del bien jurídico protegido en el delito. La razón fundamental es que es un ámbito que ya se ha protegido a través de la Ley de Competencia Desleal y de la Ley General de Publicidad y sería objeto de protección en el ámbito administrativo; es por tanto incompatible con la protección penal puesto que se vulneraría el reiterado principio de *Non bis in idem*.

²² Vid: MACÍAS ESPEJO, B., (*El delito ...*). Op. Cit. Página actual.

²³ Sentencia 146/1996, de 19 de septiembre, del Pleno del Tribunal Constitucional.

²⁴ DELMATO CELSO, *Delitos de concurrencia desleal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973, Pág 14 y ss.

El principio de veracidad

Hay una posición doctrinal extendida entre la que se encuentra Sierra López²⁵ que afirma que Nuestra Carta Magna reconoce y protege “*el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión*” en el apartado primero del artículo 20. Como Macías Espejo determina²⁶, se concibe como principio general integrante de la publicidad económica.

En este sentido, el Fundamento Jurídico Quinto la Sentencia del Juzgado de lo Penal N°18 de Madrid 268/2014 afirma que: “*Tiene que tenerse en cuenta que el bien jurídico protegido en este delito, aún cuando afecta, en general, al patrimonio de los consumidores , dentro de él se despliega en los intereses económicos y sociales de los consumidores, concretados en el derecho a una información veraz sobre los diferentes productos de consumo o de disfrute, pues son las características expuestas en el producto, en definitiva, las que tienen que permitir al consumidor poder formar libremente su voluntad a la hora de adquirir bienes existentes en el mercado.*”²⁷

Nuevamente discrepamos en que el bien jurídico protegido por el Derecho Penal sea la información inveraz puesto que en la redacción del artículo se observa que solo serán constitutivas de delito, las conductas relativas a la información inveraz que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores. Es por tanto que no todas las informaciones inveraces ofrecidas por los sujetos activos de los delitos caben en la conducta prohibida por el artículo 282 del CP.

Los intereses de los consumidores

La posición defendida en este Trabajo es la de la protección de los intereses de los consumidores pero únicamente en su contenido económico. El resto de intereses que puedan tener los sujetos pasivos son protegidos en otros Órdenes. En este sentido siguiendo la doctrina reiterada de Macías Espejo: “*El bien jurídico protegido en el tipo penal publicitario es el patrimonio de los consumidores, en cuanto colectivo que es puesto gravemente en peligro por la conducta de publicidad engañosa. De este modo, creemos que el delito publicitario se ordena como delito*

²⁵ SIERRA LÓPEZ, M.V., *Análisis jurídico penal de la publicidad engañosa en Internet*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

²⁶ MACÍAS ESPEJO, B., *El delito de publicidad engañosa*. Ed. Dykinson. Granada, 2016.

²⁷ Sentencia 268/2014 de 4 de julio, del Juzgado de lo Penal N°18 de Madrid.

cuya objeto principal se centra en la tutela de los intereses económicos de los consumidores, conformados de manera global a través de la configuración patrimonial de dos o más individuos”²⁸.

Por tanto, conforme a la opinión mayoritaria, que el bien jurídico protegido es “supraindividual”, es decir, trata de proteger los intereses de un determinado grupo de personas: los consumidores. Según Puente Aba: *“Se construye como una abstracción conceptual para abarcar los bienes jurídicos individualizables del conjunto de consumidores, concretamente su patrimonio y su libertad de disposición económica”*. En este ámbito, como se señala anteriormente, se trata de bienes de carácter colectivo, ya que se: *“Protege los intereses propios de una colectividad, un grupo amplio de personas en el que se abarcan todos los consumidores y usuarios de bienes y servicios del mercado”²⁹*

Para ratificar la determinación del bien jurídico protegido acudimos al Fundamento Jurídico Séptimo de la STS 357/2004, donde el Tribunal Supremo comparando el delito de estafa con el de publicidad falsa, nos ofrece unos datos para considerar que el bien objeto de protección es el patrimonio de los consumidores: *“Acto de disposición en perjuicio del disponente o de otra persona. En este punto radica el error de la sentencia recurrida, que sirvió de fundamento para absolver por estafa y condenar sólo por el delito del art. 282, cuando nos dice que no quedó acreditado perjuicio alguno en el patrimonio concreto de ningún consumidor (sentencia recurrida págs. 29 a 32). En esto se apoyó el Ministerio Fiscal para calificar el delito como tentativa.”³⁰*

Siguiendo con la fundamentación de Puente Aba, se trata de bienes de carácter espiritualizado o institucionalizado: *“Esto quiere decir que se protege los intereses económicos de los consumidores, se realiza para evitar la lesión de tradicionales bienes jurídicos individuales, como son el patrimonio y la libertad de disposición económica ”³¹*.

²⁸ Vid: MACÍAS ESPEJO, B., (*El delito...*). Op. Cit. página actual.

²⁹ PUENTE ABA, L.M., *Los delitos contra los consumidores (arts. 281 a 283 del Código Penal)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. Pág 16.

³⁰ Sentencia 357/2004, de 19 de Marzo de 2004 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (FJ Séptimo).

³¹ PUENTE ABA, L.M., *Los delitos contra los consumidores (arts. 281 a 283 del Código Penal)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. Pág 17.

III.C) Modos de ejecución

En primer lugar debemos señalar que la conducta típica que se encuentra descrita en el artículo 282 del CP es: *“Hacer alegaciones falsas o manifestar características inciertas”*.

De un primer análisis se extrae que, la conducta llevada a cabo por el sujeto activo del delito abarca todas las formas de publicidad existentes en el momento actual, por tanto, parece claro que se encuadra cualquier acción tendente a persuadir a un colectivo, no podría considerarse típico el ofrecimiento llevado a cabo a un persona determinada con el fin de que la acción recaiga únicamente sobre ella.

Puente Aba entiende que: *“Se trata de una expresión lo suficientemente omnicomprendensiva como para abarcar la publicidad efectuada de forma escrita, oral, mediante imágenes o sonidos”*³². A esta definición añadimos que estarían incluidas la publicidad efectuada mediante reproducciones audiovisuales englobando la publicidad a través de los medios de comunicación de masas, folletos, redes sociales, fax, carta, de viva voz “in situ”... y cualquier forma llevada a cabo para intentar inducir a los consumidores a contratar bienes o servicios.

Es necesario explicar en este epígrafe qué debemos entender por falsas o inciertas. Según Moreno y Bravo: *“Incierto será sinónimo de falso, dándose una equivalencia entre lo falso y no cierto . por tanto, la falsedad deberá ser objetiva, es decir, conllevará una discrepancia entre la realidad y lo afirmado”*³³. Lo fundamental es que las características sean discrepantes con la realidad de lo que se ofrece.

Con objeto de investigar lo entendido por acto engañoso, acudimos a la definición facilitada en el artículo 5.1 de la LCD³⁴. De ella se extrae que tiene carácter de engañoso

³² PUENTE ABA, L.M., *Los delitos contra los consumidores (arts. 281 a 283 del Código Penal)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. Pág 31.

³³ MORENO Y BRAVO, E., *El delito de publicidad falsa. El artículo 282 del CP de 1995, la protección penal de los consumidores frente a la actividad publicitaria falaz*, Ed. Bosch. Madrid, 2001, pág 121.

³⁴ *“1. Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos:*

a) La existencia o la naturaleza del bien o servicio.

b) Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su

cualquiera conducta destinada a proporcionar información inveraz o falsa, o que siendo veraz pueda inducir a error sobre aspectos relacionados con la naturaleza de lo ofrecido, sus características principales...; por tanto, es requisito fundamental que estas alegaciones o manifestaciones se realicen sobre un objeto determinado, un producto o un servicio, en sus características fundamentales o sobre las condiciones de contratación. Es decir, debe encontrarse al margen de lo que consideramos socialmente aceptable; lo que quiere decir que hay un margen de engaño en la actividad publicitaria que se considera “socialmente adecuado”³⁵.

Otra de las polémicas que giran en torno al delito de publicidad falsa, sería la distinción entre engaño y exageración de la realidad, que es una máxima publicitaria utilizada habitualmente para la inducción a la adquisición de bienes o servicios. De acuerdo con Torío López: “En determinados sectores o ámbitos particulares del tráfico se consideran tolerados o permitidos comportamientos inexactos, deformidades de la verdad, conductas en definitiva que por su divergencia con la realidad se han de considerar engañosas (...) de acuerdo con ello, la acción se mantiene dentro de los límites de lo socialmente permitido en un ámbito concreto”³⁶; por tanto no sería constitutiva de las conductas insertas en la protección penal.

carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio.

c) La asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones.

d) El alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o profesional o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta.

e) El precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio.

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

g) La naturaleza, las características y los derechos del empresario o profesional o su agente, tales como su identidad y su solvencia, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido.

h) Los derechos legales o convencionales del consumidor o los riesgos que éste pueda correr.”

³⁵ CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “El delito publicitario en el nuevo Código Penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Año VI, N°256.1996 . Pág 4.

³⁶ TORÍO LÓPEZ , A., *Acción y resultado típico en la estafa procesal* , Salamanca, 1982. Pág 887.

A modo de ejemplo vamos a introducir unos eslóganes publicitarios, manifestaciones exacerbadas de la realidad englobadas dentro de lo considerado como comportamiento publicitario tolerado; son ejemplos como el de la campaña de la marca Red Bull cuando afirman que su bebida energética: “Te da alas”, o el de la campaña de la marca de zapatillas Tigre: “Agarra con garra”. Son eslóganes publicitarios cuyo destino es generar un sentimiento de necesidad al potencial consumidor: *“Ofreciendo una propaganda con la intención de resumir y representar una idea. La premisa es que dicha frase sea fácil de recordar para el público. El slogan intenta llamar la atención sobre un producto o servicio remarcando ciertas cualidades o tratando de asociarlo a un valor simbólico”*³⁷.

Según Moreno y Bravo, como requisito fundamental del que no se puede deslindar el análisis: *“La mera omisión del hechos perjudiciales no será típica cuando el anunciante se limite a destacar alguna cualidad verdadera del producto, salvo que se genere expectativas falsas en los consumidores”*³⁸.

Estamos completamente de acuerdo con el autor, puesto que ningún producto o servicio se va a publicitar con sus aspectos más negativos; sería contraproducente indicar que una bebida refrescante pueda causar obesidad o que un determinado alimento pueda generar enfermedades cardiovasculares. El único límite necesario es que de la publicidad ofertada no cause una confusión al consumidor con entidad suficiente como para considerar que es un engaño que incita a la adquisición del producto.

De otra parte, el artículo 10 del CP prevé que: *“Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”*. Por tanto, acudiendo a la definición del delito en su artículo 282 CP debemos descartar la omisión pura o propia, definida como la que deriva de la voluntad del sujeto para la no realización de algo que el ordenamiento jurídico esperaba que hiciese, es decir, se viola una norma imperativa que impone a los sujetos una determinada obligación. El ejemplo más ilustrativo es el previsto en el 195 y 196 del CP donde se regula la comisión por omisión: *“El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros”*. Claramente se deduce que existen tres elementos necesarios para que se de la omisión pura:

³⁷ PEREZ PORTO, J., Y GARDEY, A., *Definición de Slogan*, 2010 (revisado en 2013). <<https://definicion.de/slogan/>> (consulta realizada el 20 de diciembre de 2018, 12:31 horas).

³⁸ MORENO Y BRAVO, E., *El delito de publicidad falsa. El artículo 282 del CP de 1995, la protección penal de los consumidores frente a la actividad publicitaria falsa*, Ed. Bosch. Madrid, 2001. Pág 126.

la existencia de una situación típica, la ausencia de una acción determinada y la capacidad para realizar esa acción omitida.

Al no aparecer de forma directa en la descripción del tipo de la publicidad fraudulenta se descarta la opción de que pueda realizarse la conducta por omisión. Pero en concordancia con parte de la doctrina, entre la que destacamos a Moreno y Bravo³⁹ o Choclán Montalvo, se prevé que : “*La omisión en sentido estricto no será punible salvo que, bajo determinadas condiciones el silencio pueda considerarse como verdadera manifestación de voluntad que permitirá su reconducción a verdaderas acciones positivas, esto es, el silencio operará como acto positivo, como verdadera voluntad tácita realizada por actos concluyentes*”⁴⁰.

Rechazamos tajantemente que sea posible la comisión del delito de publicidad engañosa en su forma de comisión por omisión u la omisión impropia regulada en el artículo 11 del CP. Esta modalidad tiene unas notas características de las que podemos destacar las notas de la omisión pura pero añadiendo los siguientes elementos: necesidad de una posición de garante del sujeto ya sea derivada del cumplimiento de obligaciones legales, de la aceptación contractual de ciertos deberes o la derivada de una actuación precedente; la producción de un resultado y la posibilidad de evitarlo.

Es evidente que el delito estudiado es un delito de mera actividad, es decir, se consume sin necesidad de producir un determinado resultado distinto del comportamiento en sí previsto en la norma. Por regla general, se deben rechazar por tanto la comisión por omisión en los delitos de mera actividad puesto que es requisito fundamental en la omisión impropia la causación de un determinado resultado.

Aún cuando algunos autores aceptan la modalidad de la comisión por omisión en el delito de publicidad falsa, nuestra posición se acerca a la prevista por Moreno y Bravo cuando argumenta que rechaza la admisión de la modalidad de comisión por omisión al haberse concebido el delito de publicidad falsa como un delito de peligro de aptitud o peligro hipotético. La omisión impropia se reserva para los delitos de resultado, lesión o peligro concreto⁴¹.

³⁹ MORENO Y BRAVO, E., *El delito de publicidad falsa. El artículo 282 del CP de 1995, la protección penal de los consumidores frente a la actividad publicitaria falsa*, Ed. Bosch. Madrid, 2001.

⁴⁰ CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “El delito publicitario en el nuevo Código Penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Año VI, N°256.1996 . Pág 5.

⁴¹ MORENO Y BRAVO, E., *El delito de publicidad falsa. El artículo 282 del CP de 1995, la protección penal de los consumidores frente a la actividad publicitaria falsa*, Ed. Bosch. Madrid, 2001. Pág 127.

Como síntesis de la modalidad de ejecución, es preciso señalar que aceptamos la modalidad de acción definida como manifestación externa de la voluntad del sujeto activo del delito de la que derivan los demás elementos (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad) y la forma omisiva pura, únicamente, en su vertiente de omitir una característica de forma positiva, es decir, hacer una afirmación no veraz para ocultar alguna característica siempre que tenga entidad suficiente para confundir a los consumidores o sujetos pasivos del delito.

En último lugar, se plantea el problema de si el legislador ha querido cercar la conducta delictiva a la existencia de un dolo directo de primer grado, o bien, sea posible la comisión del delito de publicidad engañosa por dolo de consecuencias necesarias o incluso dolo eventual.

Inicialmente la AP de Granada en su Auto 356/2008, de 13 de Junio, en su Fundamento de Derecho Primero afirma que: *“La publicidad u oferta del producto, para ser típica, ha de ser dolosamente engañosa por recaer conscientemente en falsas alegaciones o inciertas características sobre los productos ofertados, utilizada por tanto como reclamo para la captación de clientes con la subsiguiente potencialidad lesiva para los consumidores en general a quien va dirigida; de ahí es plus de antijuridicidad en que consiste el delito cual reclama el principio de intervención mínima de Derecho Penal en contraposición a los meros incumplimientos contractuales o incluso las infracciones administrativas en materia de consumo cuando exista disparidad entre las características del producto ofertado y las que éste presente en realidad ”*⁴².

En cualquier caso, parece que el legislador no ha introducido las formas típicas para determinar la necesidad de la comisión por dolo directo de primer grado, como son “intencionalmente”, “con total voluntad”, y análogas. Por ello, parece evidente que la comisión del delito puede realizarse por dolo eventual. Para mayor fundamentación citamos a Puente Aba cuando argumenta que: *“El sujeto es plenamente consciente de que actúa dolosamente o de que actúa con dolo eventual cuando el mismo tenga conocimiento de que la falsedad publicitaria versa sobre circunstancias relevantes del bien o servicio, de que va a alcanzar a muchos consumidores o de que presente cualquier otra característica objetiva que permita afirmar la existencia de un grave peligro para los mismos”*⁴³.

⁴² Auto de la Audiencia Provincial de Granada 356/2008, de 13 de Junio.

⁴³ PUENTE ABA, L.M. *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. Pág372.

III.D) Objeto del delito

Para identificar el objeto del delito como persona o cosa sobre la que recae la acción típica llevada a cabo por el sujeto activo del delito, acudimos al reiterado artículo 282 del CP, en su previsión: *“Ofertas y publicidad de productos o servicios”*.

Para ello vamos a tratar por un lado lo relativo a los productos o servicios y por otro la publicidad y oferta.

Productos o servicios

En primer lugar debemos dar una definición genérica de lo entendido por producto o servicio. Parece recomendable acudir a la Real Academia, a pesar de que en Derecho Penal no siempre tiene por qué coincidir, que define producto como: *“cosa producida”*⁴⁴. Entendemos, desde este punto de vista, que el delito trata de ofrecer una visión más amplia de objeto del delito, y por tanto, se haría referencia a cualquier elemento que se puede adquirir en el mercado, sin necesidad específica de haber sido transformada en un proceso de fabricación.

Para citar una definición de servicio, acudíamos al portal Economía.WS que ofrece una definición más técnica: *“Un servicio es la realización de una actividad por parte de un prestador (de servicios). A diferencia de un bien, los servicios son intangible”*⁴⁵.

Gracias a la investigación llevada a cabo por la profesional Puente Aba en relación a la Jurisprudencia existente en la materia objeto de estudio: *“Se restringe el campo de la falsedad llevada a cabo en este ámbito a los bienes y servicios que son realmente importantes para el consumidor, excluyendo de la conducta típica las falsedades relativas a productos exóticos o de lujo”*⁴⁶.

En nuestra opinión, a pesar del principio de “fragmentariedad” del Derecho Penal, restringir el ámbito a determinados los bienes o servicios no parece del todo acorde con la

⁴⁴ Real Academia Española, <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=producto> (consulta realizada el 26 de diciembre de 2018, 20:19 horas).

⁴⁵ Economía Web Site, <http://www.economia.ws/bienes-y-servicios.php> (consulta realizada el 26 de diciembre de 2018, 20:29 horas).

⁴⁶ PUENTE ABA, L.M., *Los delitos contra los consumidores (arts. 281 a 283 del Código Penal)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. Págs 22-23.

definición prevista por el artículo, puesto que, puede darse la circunstancia de que un consumidor con un nivel medio adquiriera, circunstancialmente, un producto, bien o servicio de los catalogados como productos de lujo y debería estar igualmente protegido desde la perspectiva penal, ante un eventual acto de publicidad engañosa que le cause perjuicio en su patrimonio.

En cualquier caso, de acuerdo con el Fundamento Jurídico cuarto de la STS, de 7 de diciembre de 1999⁴⁷, no toda infracción del principio de veracidad publicitaria tiene entidad suficiente para ser considerada delito por el objeto sobre el que recae.

Publicidad y ofertas

El artículo 2 de la Ley General de Publicidad consolida una definición más amplia al definir la publicidad como: *“Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.*

*Destinatarios: Las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance.”*⁴⁸.

⁴⁷ *“Art. 6º: En el ejercicio de toda actividad publicitaria deberán ser observados los principios de legalidad, veracidad, autenticidad y libre competencia” y “Art. 8º: En toda actividad publicitaria deberá respetarse la verdad, evitando que se deformen los hechos o se induzca a error.- Las afirmaciones que contengan alegaciones que se refieren a la naturaleza, composición, origen, cualidades sustanciales o propiedades de los productos o prestaciones de servicios objeto de publicidad serán siempre exactas y susceptibles de prueba en cualquier momento”, han sido recogidos sustancialmente en el art. 4º de la Ley 34/1998, de 11 de noviembre General de Publicidad que reputa engañosa, “la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o pueda inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor”. Mas en todo caso la cuestión aducida en el motivo resulta irrelevante, porque el Considerando en que así se recoge, el 7º de la resolución de la Audiencia, no se apoya tan sólo en la referida normativa, sino que para la fuerza vinculante de la oferta publicitaria acude expresamente al artículo 8,1 de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, con explicitación parcial y transcripción que el contenido de la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustará a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad.”.*

⁴⁸ Artículo 2 de la Ley 34/1988, de 11 de Noviembre, General de Publicidad.

Es patente, por lo expuesto anteriormente, que en la actualidad la protección abarca más allá de lo recogido en el Estatuto que sólo preveía aquella llevada a cabo por medios de comunicación de masas. En la regulación actual se amplía el marco de protección incluyendo todos los medios posibles para promover directa o indirectamente la adquisición de bienes o servicios.

En este contexto Choclán Montalvo⁴⁹ para definir que, lo relevante para el tipo penal del artículo 282 en cuanto al objeto del delito es: *“Que la publicidad abarque cualquier forma de comunicación (radio, televisión, prensa, reparto de propaganda, cine, teléfono, carteles, catálogos, prospectos, representantes de comercio...) siempre que alcance a un colectivo de personas en atención a los intereses difusos que se protegen”*.

Además Martínez- Buján asimila el término oferta con la información prestada por el etiquetado de productos o servicios: *“Afirmaciones falsas que se contienen en los productos (con objeto de informar sobre sus características) ofrecidos inmediatamente al mercado”*⁵⁰.

Desde nuestro punto de vista, lo relevante es que el objeto de protección subyace en toda la información que se preste al conjunto de consumidores sobre los bienes y servicios objeto de intercambio. No considerándose constitutivas de delito aquella información destinada a una persona. Debe ser imperativo que se realice a un conjunto de consumidores como colectivo.

III.E) Resultado del delito

El presente epígrafe desarrolla el resultado hipotético del delito, puesto que se trata de un delito de mera actividad, cuyo característica principal, analizada anteriormente, es que no es necesario la causación de un determinado resultado para que se produzca la consumación del delito. Este resultado mencionado sería la previsión: *“De modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto”*.

⁴⁹ CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “El delito publicitario en el nuevo Código Penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Año VI, N°256.1996 . Pág 4.

⁵⁰ MARTÍNEZ PÉREZ, C., “El delito de publicidad engañosa en el Anteproyecto de Código Penal Español de 1992”. *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*, Jornadas en honor al Profesor KLAUS TIEDEMANN. Ed. Boe, Madrid, 1995. Pág 231.

No trataremos de ahondar en el presente apartado, posteriormente se detalla en un capítulo entero el principio *Non bis in ídem*, a través del cual, adquiere gran importancia la característica del perjuicio sufrido al consumidor para establecer una línea distintiva entre el Orden Administrativo y el Penal.

Una de las características fundamentales de la protección penal es el principio de intervención mínima, entendido como última ratio de la intervención Estatal para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más reprochables que pueden sufrir. En este sentido, la nota característica del delito es que sólo se sancionará penalmente aquellas conductas que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, dejando las que no se engloben en esta definición para que sea el Orden Civil o Administrativo quienes se encarguen de proteger a los perjudicados.

Para Moreno y Bravo: *“La gravedad del perjuicio radica en la cantidad de potenciales perjudicados, pudiendo alcanzar una significación económica relevante atendiéndose al coste del producto y/o a la disponibilidad económica de los consumidores”*⁵¹.

En otra línea doctrinal Puente Aba⁵² entiende que lo relevante es el enjuiciamiento de la capacidad de engaño desde la óptica del consumidor medio, esto quiere decir, desde la perspectiva de una persona que interiorice el mensaje publicitario sin tener conocimientos técnicos en la materia objeto de publicidad. Lo que entendemos por el *“ciudadano de a pie”*.

La misma profesional, Puente Aba, relaciona de una forma muy acertada la previsión penal de causar un perjuicio económico *“grave y manifiesto”*⁵³. En su obra enumera una serie de puntos claves para determinar la esfera de protección penal en el ámbito de la publicidad falsa mediante un análisis de unas determinadas vertientes, que citaremos en el último epígrafe del trabajo.

⁵¹ MORENO Y BRAVO, E., *El delito de publicidad falsa. El artículo 282 del CP de 1995, la protección penal de los consumidores frente a la actividad publicitaria falaz*, Ed. Bosch. Madrid, 2001. Pág 129.

⁵² PUENTE ABA, L.M., *Los delitos contra los consumidores (arts. 281 a 283 del Código Penal)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. Pág 40.

⁵³ PUENTE ABA, L.M., *Los delitos contra los consumidores (arts. 281 a 283 del Código Penal)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. Págs 43 y ss.

Parece requisito fundamental, establecer este análisis para determinar la idoneidad de la conducta para atacar al bien jurídico protegido por el Derecho Penal. En cualquier caso, consideramos razonable que en el ámbito de protección penal no se incluya aquellas afirmaciones burdas o que se entienda por el contexto que son verdaderas bromas publicitarias. El medio de la publicidad, cada vez evoluciona más y, estas pequeñas exageraciones o informaciones burdas cada vez son más comunes para atraer al espectador en aras de crear una necesidad de consumo de lo ofertado. Por este motivo, si el consumidor medio descrito por Puente Aba, pudo entender que se trata de una información como la recientemente definida, no sería objeto de protección por el Derecho Penal.

La importancia de lo que entendemos por “grave y manifiesto” es la idoneidad de confundir a la generalidad de los consumidores y poder perjudicar su patrimonio, sin necesidad de que se produzca el daño efectivo.

El juez, en cada caso concreto, deberá analizar las pautas establecidas por Puente Aba, o análogas, para determinar si la esfera penal debe intervenir en el caso concreto o, por el contrario, otro Orden Jurídico debe tutelar la acción que se enjuicia.

No queriendo resultar reiterativo, efectivamente se desarrollará en el Capítulo siguiente, las distinciones entre el Derecho Penal y Derecho Administrativo en relación a las consecuencias jurídicas de la acción de publicidad falsa.

III.F) Sujetos del delito

III.F).1 Sujeto activo del delito

En este sentido, el artículo 282 del CP prevé que son sujetos activos del delito de publicidad falsa, los fabricantes y comerciantes.

Se observa entonces que el delito es considerado dogmáticamente como un delito especial propio, lo que quiere decir que la persona que realiza la conducta tiene que ostentar una serie de características; son sujetos cualificados y no pueden ser cometidos por otros que no tengan esta cualificación. El Fundamento Jurídico Sexto de la STS 357/2004⁵⁴, que analiza el llamado delito publicitario, afirma que, efectivamente se trata de

⁵⁴ Sentencia 357/2004, de 19 de marzo, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

un delito “*especial propio*”, ante la duda que pueda suscitar si puede ser un sujeto activo del delito aquel profesional que no sea considerado técnicamente como fabricante o comerciante o que no reúnen los requisitos necesarios para ser considerados como tales.

Acudimos a la legislación extrapenal que define la figura del comerciante. El artículo 1 del Código de Comercio de 1885⁵⁵ define comerciante como aquellos: “*Que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente y las compañías mercantiles o industriales que se constituyen con arreglo a este Código.*”. Pero, para mayor precisión, es necesario acudir al artículo siguiente donde regula los actos de comercio como los derivados de quienes: “*Sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se registrarán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común. Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga.*”

Interpretamos que comerciante se equipara al termino de empresario, debido a que la regulación data de una fecha más antigua y no se pudo prever cómo iban a evolucionar los términos. Lo que sí que está claro es que el legislador quiere introducir esta equiparación a través del Real Decreto Legislativo que introduce la Ley General de Consumidores y usuarios⁵⁶, en su artículo 4 regula el término empresario como: “*Toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.*” Una definición que, a nuestro juicio, reúne las cualidades del delito especial propio definido en el artículo 282.

En cuanto al término fabricante, acudimos al artículo 2 del Reglamento N°767/2008, que define fabricante como: “*toda persona física o jurídica que fabrica un producto, o que manda diseñar o fabricar un producto y lo comercializa con su nombre o marca comercial*”⁵⁷. En nuestra opinión, encaja también en el concepto de fabricante, el dueño o titular de la

⁵⁵ Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio.

⁵⁶ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias.

⁵⁷ Reglamento (CE) n° 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) n° 339/93.

fabrica aunque no realice las funciones propias de producción puesto que es el verdadero emisor de la publicidad. Esta previsión se hace para evitar que, en el seno de una organización, se pueda crear un reparto de roles, no demostrable en el concepto de coautoría y, de esta manera, se produzca un vacío en la regulación. En cualquier caso, el artículo 5 del TRLGCU⁵⁸ considera productor al: *“Fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo.”*

De la lectura del artículo nos surge la duda de cómo entender este delito desde la perspectiva de las nuevas formas del mercado, donde los empresarios encargan la actividad publicitaria a un personas dedicadas a este sector. Para resolverlo, acudiendo a la legislación vigente, podemos entender que estas empresas sólo serán autores o partícipes, a tenor de los artículos 27 y 28, si conocieran que la publicidad que realizan para el empresario no se acomoda a los términos previstos en el bien o servicio ofertado.

Parece que, aunque se trate de un delito especial propio, los profesionales de la publicidad reúnen ciertas característica para considerarlos comerciantes, en cierta medida, del producto ofertado por el verdadero productor o fabricante del bien o servicio, es decir, desde el punto de vista de la cadena de producción del bien o de la creación de un servicio, los profesionales de la publicidad forman una parte esencial del proceso por medio del cual estos objetos llegan al público. Esto tiene, como consecuencia directa, que puedan ser tratados como verdaderos comerciantes del bien o servicio y, por tanto, sujetos activos del delito. En cualquier otro caso, estaríamos admitiendo, o bien que no tienen responsabilidad penal si actúan con dolo por el delito de publicidad fraudulenta, o bien que se trataría de un delito especial impropio, pero el artículo 282 y el TS⁵⁹ han dejado claro que es un delito especial propio.

Siguiendo el criterio de Macías Espejo⁶⁰: *“Queda determinada la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas que cometa el delito publicitario, conformando su máxima expresión en la actual sociedad globalizada, dado que la mayor parte de las prácticas publicitarias son confeccionadas por*

⁵⁸ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias.

⁵⁹ Sentencia 357/2004, de 19 de marzo, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

⁶⁰ MACÍAS ESPEJO, B., *El delito de publicidad engañosa*. Ed. Dykinson. Granada, 2016. Pág 111.

agencias de la publicidad que se encargan de ofertar los productos, tras el encargo de fabricantes y comerciantes ”.

En este sentido y antes de analizar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, surge una duda acerca de la responsabilidad penal de quien actúa en nombre de otro. Pongamos el ejemplo de aquella persona física, que sin ser comerciante ni empresario, tiene poderes de representación de una determinada empresa y comete el delito de publicidad falsa. Textualmente no sería sujeto activo del delito en previsión del artículo 282 del CP, pero aunque no reúna las condiciones para ser considerado sujeto activo, sí las reúne la empresa en la que trabaja.

Para solucionar este supuesto, el artículo 31 del CP afirma que: *“El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.”*. Por ello, el actuante responderá personalmente aunque no concurren en él las condiciones o cualidades necesarias para realizar el tipo, siempre y cuando, se den en el sujeto en cuyo nombre o representación actúan.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se incorpora en La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, desvirtuando el principio básico *Societas delinquere non potest*, utilizado para afirmar hasta la fecha la imposibilidad de comisión de delitos por las personas jurídicas puesto que carecen de la voluntad que abarca el dolo de su actuación.

Estamos ante un catálogo “*numerus clausus*” de delitos que se pueden ser cometidos por las personas jurídicas, solamente aquellos que específicamente enumere el CP. En este caso, de conformidad con el artículo 288 del CP, las personas jurídicas son responsables del delito de publicidad fraudulenta. El artículo prosigue estableciendo las penas que pueden ser impuestas a las personas jurídicas por la comisión del delito del artículo 282.

III.F).2 Sujeto pasivo del delito

El sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico protegido, lesionado o puesto en peligro.

Debemos entender, por tanto, que los consumidores son los sujetos pasivos del delito entendido como una colectividad. Para ello, la TRLGDCU⁶¹, en su artículo : *“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.*

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.”.

Según se configura la definición, no parece razonable que únicamente sean sujetos pasivos de los delitos los consumidores finales. De conformidad con Puente Aba⁶², que argumenta que, en el delito de publicidad engañosa deben estar incluidos los comerciantes individuales o pequeños empresarios, porque lo importante es la situación de los receptores del mensaje en cuanto a la formación especializada de aquellos. En conclusión, según la autora, el sujeto pasivo sería: *“Aquellos que se hallen en una auténtica situación de inferioridad frente a los emisores de los mensajes falsos”.*

III.H) La penalidad

En la figura delictiva del delito de publicidad falsa, se observa que los autores serán castigados: *“Con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses”.* Se aplica por tanto la regla de la alternatividad, dos penas menos graves en atención al artículo 33.3 del CP. En cualquier caso, como crítica personal, creemos que la pena de multa en delitos socioeconómicos tiene un escaso efecto preventivo. Por tanto, la acumulación de la pena

⁶¹ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias.

⁶² PUENTE ABA, L.M., *Los delitos contra los consumidores (arts. 281 a 283 del Código Penal)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. Pág 19.

de multa y la pena de prisión en estos delitos cubriría, de mejor manera, la sanción de las conductas en los delitos de “de guante blanco o cuello blanco” tan dañinos en nuestra sociedad en la actualidad y que atentan contra bienes jurídicos de muchos sujetos pasivos.

Como menciona el profesor Portero Henares⁶³: *“La tradicional polémica sobre la opción o la acumulación de la pena corta privativa de libertad y las penas pecuniarias se concita en el delito publicitario al establecer alternativamente una pena privativa de libertad de entre seis meses y un año y una pena de multa de seis a dieciocho meses.*

Desde aquí se propugna que la eficacia de la pena privativa de libertad y el principio de proporcionalidad se verían mejorados elevando la duración hasta los dos años.”.

A tenor de la mencionada LO 5/2010 de 22 de junio, de reforma del Código Penal, elimina el principio *societas delinquere non potest* por el que las personas jurídicas no podían cometer delitos. El artículo 288 del CP, efectivamente, prevé la comisión del delito por una parte de personas jurídicas estableciendo una serie de penas de multa para aquellos supuestos, de conformidad con los artículos 31 bis y siguientes del CP.

⁶³ PORTERO HENARES, M., “Protección Penal del Consumidor”, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/2manuel-portero-proteccion-penal-del-consumidor.pdf>. 2003. (consulta realizada el 13 de julio de 2019, 16.03 horas)

IV. EL PRINCIPIO “NON BIS IN IDEM”

Atendiendo al principio *Non bis in idem*, como hemos mencionado anteriormente, se prohíbe sancionar más de una vez una conducta con identidad de hechos, sujetos y fundamento. Desde esta perspectiva vamos a analizar las vías de protección que existen en nuestro Ordenamiento Jurídico para tutelar a los posibles perjudicados por actos de publicidad falsa.

Este Capítulo final, con la perspectiva de la regulación que hemos ido exponiendo a lo largo del cuerpo del presente trabajo, trata de analizar los límites entre el Derecho Penal y las demás vías de protección frente a la eventual publicidad falsa. En particular, analizaremos, por una parte, la unidad y pluralidad de delitos y la problemática de los posibles concursos (real, ideal, medial y de leyes) en relación con el previsto en el artículo 282 del CP, y por otro lado, la tutela frente a los actos de publicidad falsa que realiza el Derecho Administrativo.

IV.A) Unidad y pluralidad de delitos

Para comenzar el desarrollo del presente epígrafe, nos apoyándonos en el trabajo realizado por Sanz Morán⁶⁴ que manifiesta: “(...) *constatábamos la importancia que tuvo la generalización de la idea de que por cada delito cometido debía imponerse la correspondiente pena (quot delicta, tot poenae). Surge la necesidad de oponer excepciones a esa regla, construyendo una serie de categorías apoyadas fundamentalmente en tres pilares: el origen de las diversas infracciones (...), el carácter homogéneo o heterogéneo de dichas lesiones legales y el fin del agente*”.

Desde esta premisa que, rompe con la tradicional teoría del concurso de delitos, comenzamos con el subepígrafe del delito continuado y delito masa.

IV.A).1 Delito continuado y delito masa

En este subepígrafe, vamos a analizar la posibilidad de apreciar el delito continuado y el delito masa en relación con el delito de publicidad fraudulenta.

⁶⁴ SANZ MORÁN, A.J., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Ed. Universidad de Valladolid. Secretariado de Publicaciones, Valladolid, 1986. Pag 243-244.

A la hora de delimitar las diferencias entre ambas figuras, hacemos nuestras las afirmaciones del autor Sanz Morán: *“Ambas son concebidas como realidades naturales y sustantivas con base en culpabilidad del autor y caracterizadas por la existencia de una serie de elementos paralelos. La única diferencia entre ellas es la limitación del ámbito de juego del delito masa a los fraudes patrimoniales y el carácter indeterminado de los posibles sujetos pasivos”*

En primer lugar, el artículo 74.1 del CP regula el delito continuado⁶⁵. Para apreciar la figura del delito continuado, es preciso que se cumplan unos requisitos de carácter objetivo como son: la homogeneidad del bien jurídico lesionado, homogeneidad de los modos de comisión del delito y la existencia de una conexión entre ambas lesiones. Por otro lado, en la vertiente subjetiva, debe existir un plan preconcebido o un aprovechamiento de idéntica situación.

Desde nuestro punto de vista, no existe ningún problema en que se pueda apreciar la comisión del delito del artículo 282 del CP de manera continuada. Siguiendo a Puente Aba⁶⁶, cuando cita el ejemplo de: *“ Aquel sujeto que emite periódicamente publicidad falsa, dentro de un mismo ámbito espacial, pudiendo en cada ocasión referirse a la misma oferta o a un bien o servicio diferente”*.

En este sentido, sí se reúnen los caracteres del artículo 74.1 del CP especificados anteriormente, aunque las acciones no sean totalmente semejantes, consideramos que la conducta puede ser constitutiva de un delito continuado, es decir, que si el sujeto activo del delito, publicita a través de distintos medios (radio, prensa, redes sociales, ofertas orales) el bien o servicio que pretende ofrecer al público, no se trataría de un delito por cada medio empleado, más bien se encuadraría dentro de la conducta del delito continuado.

En cambio, a tenor de la unidad típica de acción, se entiende que sólo habría un delito si la estrecha conexión temporal y espacial de las acciones, se pueden enjuiciar como una única infracción penal. Según Macías Espejo⁶⁷ son necesarios los siguientes requisitos:

⁶⁵ *“El que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.”*

⁶⁶ PUENTE ABA, L.M., *Los delitos contra los consumidores (arts. 281 a 283 del Código Penal)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. Pág 85.

⁶⁷ MACÍAS ESPEJO, B., *El delito de publicidad engañosa*. Ed. Dykinson. Granada, 2016. Pág 188 y 189.

“Conexión espacial y temporal entre las distintas acciones, intensificación del injusto típico, que en caso de bienes jurídicos personalísimos supone, además, unidad de sujeto pasivo y la culpabilidad unitaria.”

De este modo, la separación entre delito unitario y continuado radica en el número de campañas publicitarias, en la conexión espacio temporal de las acciones y en el modo de operar del sujeto activo; si se diera en una misma campaña publicitaria, aún a través de varias acciones, en un tiempo limitado se trataría de un único delito. Si, por el contrario, se perpetra en varias campañas publicitarias, en un ámbito temporal más amplio se trataría de un delito continuado.

Para mayor fundamentación, nos apoyamos en la STS 760/2003⁶⁸, que declara lo siguiente: *"se plantea si estamos ante varias acciones o ante una sola. Un sector doctrinal acude a la concepción natural de la vida para afirmar que estaremos ante una sola acción cuando se produzcan una serie de acontecimientos de significado unitario según el punto de vista social, siendo trascendente a estos efectos que estén engarzados por un único propósito y presenten una conexión espacio-temporal. Se apreciarán varias acciones, cuando el propósito se manifieste en momentos temporales separados. Para otro sector, debe acudir a las características del tipo penal en juego, siguiendo así un criterio jurídico para apreciar la unidad. La descripción típica es el marco que define el hecho o la acción, que, por tanto, queda configurada en atención a su relevancia para el derecho.”* En este ámbito, el Fundamento Jurídico de la STS 407/2013⁶⁹ establece que será delito continuado si se cumplen una serie de requisitos:

- “1. Pluralidad de hechos diferenciables entre sí que se enjuician en un mismo proceso.*
- 2. Un único dolo que implica una única intención y por tanto unidad de resolución y de propósito en la doble modalidad de trama preparada con carácter previo que se ejecuta fraccionadamente -dolo conjunto-, o que surja siempre que se dé la ocasión propia de llevarlo a cabo -dolo continuado-, ambas previstas legalmente en las expresiones «plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión».*
- 3. Unidad de precepto penal violado, o al menos que sean preceptos semejantes, lo que exterioriza una unidad o semejanza de bien jurídico atacado.*
- 4. Homogeneidad en el «modus operandi».*
- 5. Identidad en el sujeto infractor.”*

A modo de ejemplo, podemos citar como delito continuado el cometido por una empresa de automóviles que a lo largo de varios años publicita sus vehículos como vehículos con bajo índice de contaminación, cuando lo que contienen es un software para

⁶⁸ Sentencia 760/2003, de 3 de Mayo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

⁶⁹ Sentencia 407/2013, de 23 de abril de 2013 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

que las pruebas de emisiones no detecten el índice real. En este caso si habitualmente se publicitan como vehículos con estas características cometerán un delito continuado de publicidad falsa. En cambio si solamente lo realizan en una campaña, como por ejemplo la campaña de Navidad de un determinado año, estarían cometiendo un único delito.

De otra parte, el artículo 74.2 del CP⁷⁰ prevé la figura del delito masa entendido como aquel que afecta a los intereses de una generalidad de individuos.

Desde nuestra opinión, siguiendo el criterio de Puente Aba⁷¹ y Macías Espejo⁷², no resulta posible cometer el delito de publicidad falsa como un delito masa. La razón fundamental radica en que es un delito de peligro hipotético por lo que no es necesaria verificar un daño efectivo en el patrimonio de varias personas. En segundo lugar, a tenor de lo anterior, el sujeto pasivo es el colectivo de consumidores, por lo que sería imposible cuantificar el perjuicio total causado. En último lugar, el delito previsto en el 282 del CP no tutela en exclusiva el patrimonio individual, es un bien jurídico supraindividual por lo que resulta objetivamente imposible su realización.

Desde esta perspectiva aceptamos la comisión del delito de publicidad fraudulenta en la modalidad de delito continuado, en cambio, negamos su comisión en la modalidad de delito masa por la verdadera imposibilidad material de perpetrarlo.

IV.A).2 Concurso de delitos

En este subepígrafe vamos a analizar brevemente la posibilidad del concurso, ya sea real, medial o ideal del delito publicitario con los tipos delictivos que más posibilidades existe de concurrir conjuntamente.

A continuación se referirán los posibles concursos de delitos, sin analizar la Teoría General del Delito, únicamente mencionamos la diferencia entre el concurso real e ideal

⁷⁰ *“Infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.”*

⁷¹ PUENTE ABA, L.M., *Los delitos contra los consumidores (arts. 281 a 283 del Código Penal)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. Pág 87.

⁷² MACÍAS ESPEJO, B., *El delito de publicidad engañosa*. Ed. Dykinson. Granada, 2016. Pág 188 y 189.

citando al autor Sanz Morán⁷³: “Dentro del campo del concurso de delitos en sentido propio, si que se puede destacar el carácter relevante que adquiere el concepto de <unidad de acción>, pues va a servir para delimitar las dos grandes categorías (...): el concurso ideal y real”.

No es óbice comenzar haciendo una crítica a la regulación del concurso medial e ideal antes de proceder a mencionar los posibles concursos entre el delito de publicidad falsa y otras figuras delictivas. Citamos, de nuevo, al autor Sanz Morán, que plasma una idea apoyada por la Doctrina mayoritaria: “Nuestro Código venía asimilando, en su artículo 77, el tratamiento del concurso ideal (un hecho que da lugar a dos o más delitos) y el denominado «concurso instrumental» o «medial» (cuando un delito es medio necesario para la comisión de otro), la reforma que nos ocupa ha roto con esa equiparación, entendiendo que esta última modalidad merece mayor sanción, por tratarse en realidad de un supuesto de concurso real. Pues bien, la torpeza con que se ha redactado el nuevo apartado 3 del artículo 77, provoca que el pretendido endurecimiento de la respuesta se torne, por el contrario, en privilegio.”⁷⁴

Teniendo presente esta crítica, acudimos a la regulación de estas figuras en los artículos 8 y en los artículos del 73 al 77 del CP, para estudiar la posibilidad de comisión del delito publicitario con el delito de estafa. La estafa está regulada en el artículo 248 del CP⁷⁵.

De una parte podría considerarse la existencia de un concurso de leyes a resolver a favor del delito de estafa en virtud del artículo 8.3 del CP, puesto que la lesión en el patrimonio absorbería al delito publicitario. En nuestra opinión resultaría un concurso real de delitos porque la lesión en el patrimonio de un sujeto pasivo no debería absorber el

⁷³ SANZ MORÁN, A.J., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Ed. Universidad de Valladolid. Secretariado de Publicaciones, Valladolid, 1986.

⁷⁴ SANZ MORÁN, A.J., “Un creciente embrollo: últimas aportaciones legislativas y jurisprudenciales en materia de concursos de delitos”, *Revista de derecho y proceso penal* N.º 44, ISSN 1575-4011, 2016. Págs 15-18.

⁷⁵ “Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

2. También se consideran reos de estafa:

a) Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro.

b) Los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.

c) Los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.”.

riesgo que el delito publicitario crea en la pluralidad del colectivo, por el principio *Non bis in idem*. A tenor del principio mencionado, no sería constitutivo del mismo hecho la efectiva lesión en el patrimonio de los sujetos pasivos de la estafa, con el riesgo creado por los actos de publicidad ilícita en el patrimonio de la pluralidad de los consumidores. Por consiguiente, sería distinto hecho y distinto fundamento, aunque los sujetos pasivos del delito de estafa sean un grupo de consumidores determinados.

Podría calificarse como concurso medial, si el delito publicitario se cometiera como medio necesario para realizar la estafa en el patrimonio un determinado sujeto pasivo, sería posible la concurrencia de este concurso, a tenor de la SAP de Madrid 619/2015⁷⁶, en su Fundamento Jurídico 11: *“Tiene que tenerse en cuenta que este delito , no obstante, es posible admitirlo en concurso con un delito de estafa, cuando el consumidor concreto, además del perjuicio en abstracto o peligro, sufre un perjuicio patrimonial efectivo, lo que supone que estando más restringido el bien jurídico a proteger en el delito de estafa, por estar constituido por el patrimonio concreto del consumidor, es posible admitir un concurso entre ambos tipos de infracciones penales, en muchos casos medial cuando el publicitario sirva de medio para perjudicar materialmente a algunos consumidores, individualmente determinados”. ”*

En segundo lugar, procede determinar el concurso con los delitos contra la propiedad industrial de los artículos 274.1 del CP⁷⁷, 274.2 del CP⁷⁸ y 275 del CP.⁷⁹

⁷⁶ Sentencia 619/2015, de 22 de junio, de la Audiencia Provincial de Madrid.

⁷⁷ *“Con las penas de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento del registro,*

a) fabrique, produzca o importe productos que incorporen un signo distintivo idéntico o confundible con aquel, u

b) ofrezca, distribuya, o comercialice al por mayor productos que incorporen un signo distintivo idéntico o confundible con aquel, o los almacene con esa finalidad, cuando se trate de los mismos o similares productos, servicios o actividades para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado.”

⁷⁸ *“ Será castigado con las penas de seis meses a tres años de prisión el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento del registro, ofrezca, distribuya o comercialice al por menor, o preste servicios o desarrolle actividades, que incorporen un signo distintivo idéntico o confundible con aquél, cuando se trate de los mismos o similares productos, servicios o actividades para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado.*

La misma pena se impondrá a quien reproduzca o imite un signo distintivo idéntico o confundible con aquél para su utilización para la comisión de las conductas sancionadas en este artículo.”

En nuestra opinión cabría un concurso real de delitos por el mero hecho de que se infringen dos preceptos penales distintos a través de varios hechos. Por un lado, se infringe el derecho exclusivo del titular de la propiedad industrial y por otro, el interés patrimonial de los consumidores y usuarios. En virtud del principio *Non bis in ídem*, el desvalor de del hecho de la conducta que atenta contra la propiedad intelectual no puede abarcar el del delito de publicidad falsa, porque se trata de distintos hechos y distinta fundamentación. Para mayor fundamentación la SAP de la Rioja 17/2003⁸⁰ condena a los acusados por sendos delitos, uno de publicidad fraudulenta y otro de utilización ilegítima de denominación de origen por tratarse de una lesión a dos bienes jurídicos distintos.

En tercer lugar, se prevé la existencia de un concurso entre el delito de publicidad fraudulenta del artículo 282 CP y el de facturación ilícita previsto en el 283 del CP.⁸¹

Entendemos que, sólo en el supuesto de que facturación ilícita va precedido de una campaña publicitaria, podría castigarse como un concurso real de delitos puesto que son hechos distintos que infringen artículos del CP distintos, aunque se proteja el mismo bien jurídico.

En cuarto lugar, entre el delito de publicidad falsa y el delito societario de falsedad de documentos del artículo 290 del CP⁸², entendemos que podría haber dos delitos

⁷⁹ “Las mismas penas previstas en el artículo anterior se impondrán a quien intencionadamente y sin estar autorizado para ello, utilice en el tráfico económico una denominación de origen o una indicación geográfica representativa de una calidad determinada legalmente protegidas para distinguir los productos amparados por ellas, con conocimiento de esta protección.”

⁸⁰ Sentencia 17/2003 de 12 de febrero, de la Audiencia Provincial de La Rioja.

⁸¹ “Se impondrán las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a dieciocho meses a los que, en perjuicio del consumidor, facturen cantidades superiores por productos o servicios cuyo costo o precio se mida por aparatos automáticos, mediante la alteración o manipulación de éstos.”

⁸² “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”.

diferentes en concurso real, pero el artículo 282 bis⁸³, castiga una conducta semejante y, si se da en relación con el delito de publicidad fraudulenta, procede penarlo por esta vía del 282 bis puesto que guarda mayor relación con la figura de la publicidad. Esta afirmación radica en que el supuesto de hecho es prácticamente idéntico pero, si se trata en el ámbito de la publicidad falaz, el sujeto pasivo del delito previsto en el 282 bis es la colectividad de los destinatarios de la información y en el 290 el sujeto pasivo es la empresa, los inversores, los socios o un tercer, pero no un colectivo amplio como en el 282.

De esta manera habría un concurso de leyes entre en artículo 290 del CP y el 282 bis del CP donde, por imperativo del artículo 8.1, principio de especialidad, se castigaría por el delito previsto en el artículo 290 del CP.

En último lugar, cabría plantearnos la existencia de un concurso entre el artículo 282 y los delitos contra la salud pública de los artículos 359 a 365 del CP. Por resultar un conjunto de preceptos no vamos a proceder a citar la regulación exacta de los delitos. Conviene señalar que lógicamente el bien jurídico protegido es la salud pública derivada del artículo 43 de la CE que reconoce el derecho general a la salud.

En este sentido entendemos que puede existir concurso real en el caso de que a través de la publicidad fraudulenta, unos determinados individuos adquieran unos productos de los determinados en los preceptos mencionados y mediante su consumo se les genere un riesgo para la salud o la vida. Se tutelan bienes jurídicos distintos, regulados en distintos preceptos penales e infringidos por distintas conductas.

Consideramos que, en el caso de elaborar una publicidad fraudulenta omitiendo características y cometiendo un delito contra la salud pública, existiría una unidad de hecho y afectaría a un mismo sujeto pasivo que es la colectividad de los consumidores. Podríamos citar como ejemplo el productor de un determinado medicamento que a través de una

⁸³ “Los que, como administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, falsearan la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros, con el propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 308 de este Código.

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

omisión en su publicidad de los efectos negativos de su producto, lo de comercialice poniendo en riesgo la salud de los consumidores. En este caso existiría un concurso ideal de delitos puesto que una misma conducta (la omisión de los efectos de un medicamento puesto a la venta) genera varias infracciones previstas en el CP.

IV.B) Protección de los consumidores frente a los actos de publicidad ilícita que constituyen una infracción penal y una infracción administrativa.

Atendiendo al principio de legalidad y su garantía criminal, penal, de ejecución y jurisdiccional, previstas en el CP, ante la comisión de un delito tipificado previamente en la legislación penal, se impondrá una sanción derivada de la sustentación de un proceso justo y con las garantías previstas para su ejecución de conformidad con la ley.

Con el único objeto de no resultar reiterativos, no vamos a analizar nuevamente el delito previsto en el artículo 282 del CP puesto que se especifica en el epígrafe: “Desarrollo del delito”.

La dificultad de separar la distinción entre el delito y la sanción administrativa hace dificultosa la tarea de delimitar el campo de protección. Se procede a tratar las notas características que dividen la protección realizada por ambos órdenes para evitar caer en una duplicidad de sanciones prohibida por nuestro Ordenamiento Jurídico.

Entendemos que el límite entre el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal radica, en primer lugar, en el “*perjuicio manifiesto y grave*” a los consumidores.

De un lado, el artículo 282 del CP afirma que el perjuicio de la publicidad ilícita debe ser manifiesto y grave para ser considerado constitutivo de delito. Entendemos, en consecuencia, que todo aquello que no esté incluido en esta previsión no puede ser considerado delito.

Para ello citamos nuevamente a Puente Aba⁸⁴ que, muy acertadamente, expone los criterios para considerar que los consumidores son objeto de un perjuicio manifiesto y grave en publicidad:

⁸⁴ PUENTE ABA, L.M., *Los delitos contra los consumidores (arts. 281 a 283 del Código Penal)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. Pág 43 y ss.

1. El número de potenciales perjudicados por el mensaje publicitario o grado de expansión del mensaje publicitario. Cuanto mayor sea el número de potenciales destinatarios más fácil podrá probarse la aptitud del sujeto activo para perjudicar al colectivo de consumidores.
2. El coste del producto o del bien anunciado. A mayor precio del objeto que se publicita mayor peligro para el patrimonio de los consumidores como bien jurídico protegido.
3. La disponibilidad económica de los destinatarios, los consumidores. Cuanto menor sea la capacidad adquisitiva de los sujetos pasivos mayor posibilidad de perjuicio patrimonial a los mismos.
4. La cantidad e importancia de datos inveraces publicitados. Cuantas más diferencias esenciales existan entre los publicitados y la realidad mayor daño a los consumidores. Deben ser datos con entidad suficiente para confundir al consumidor.
5. La determinación de las fuentes informativas del consumidor final. Es fundamental que el consumidor pueda contrastar la publicidad del bien o servicio, si éste no cuenta con más medios que el contacto con el oferente mayor será la idoneidad del mensaje para causar un perjuicio manifiesto y grave.
6. No son objeto de publicidad falsa las exageraciones burdas o detectables por los consumidores como las ya citadas campaña de la marca Red Bull cuando afirman que su bebida energética: “Te da alas ”, o el de la campaña de la marca de zapatillas Tigre: “Agarra con garra”.
7. En último lugar debe ser analizado desde la perspectiva de un consumidor medio, sin conocimientos específicos sobre la materia.

El análisis de estos elementos o aquellos análogos debe ser elaborado por el juez competente para clarificar si se trata de un hecho protegido desde la esfera del Derecho Penal o, por el contrario, si se debe proteger mediante el Derecho Administrativo.

Finalmente, otro criterio de distinción entre el ámbito de protección penal y el administrativo reside, como se indicó en el inicio del desarrollo del trabajo, en que el artículo 282 del CP menciona la necesidad de realización de los hechos con conciencia y voluntad de realizar los elementos del tipo, es decir, con dolo; y, como se explica en el mismo epígrafe, aceptamos no sólo el dolo directo de primer grado, también la posible comisión mediante dolo eventual.

Pero, a tenor del artículo 10 del CP, son delitos las acciones y omisiones dolosas penadas por ley, pero también las imprudentes. En lo relativo a las imprudentes el artículo 12 del CP prevé que sólo serán castigadas cuando expresamente se disponga en la ley.

Pues bien, cualquier acción u omisión imprudente en relación al delito de publicidad falsa, no sería objeto de sanción por el Derecho Penal, pero, a tenor de la redacción del artículo 49.D) TRLGDCU no parece requisito necesario que el autor actúe dolosamente: *“La alteración, adulteración o fraude en bienes y servicios susceptibles de consumo por adición o sustracción de cualquier sustancia o elemento, alteración de su composición o calidad, incumplimiento de las condiciones que correspondan a su naturaleza o la garantía, arreglo o reparación de productos de naturaleza duradera y en general cualquier situación que induzca a engaño o confusión o que impida reconocer la verdadera naturaleza del bien o servicio”*. Especialmente se puede afirmar por la previsión *“en general cualquier situación que induzca a engaño o confusión o que impida reconocer la verdadera naturaleza del bien o servicio”*.

Por lo tanto, parece que el legislador ha reservado la comisión imprudente de las acciones de publicidad ilícita al ámbito del Derecho Administrativo sancionador. Como apoyo de nuestro razonamiento principal de que en el Derecho Administrativo sancionador no es necesaria la comisión dolosa, citamos la SAN 4240/2017 en su Fundamento Jurídico tercero⁸⁵: *“La existencia de un error reconocido por la actora y su rápida subsanación, no puede constituir un elemento exculpatorio, como reiteradamente ha sido señalado por esta Sala. Citamos, por todas, sentencia de 12 de noviembre de 2010 (recurso 761/2009), en la que indicábamos lo siguiente:*

⁸⁵ Sentencia 4240/2017, de 30 de octubre de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional.

Es cierto que la utilización incorrecta de estos datos probablemente fue culposa, a la vista de las circunstancias concurrentes. Y también se aprecia que la compañía rectificó el error cometido, en cuanto tuvo conocimiento de ello, sin que el recibo llegara a cobrarse. Pero, como reiteradamente hemos venido afirmando en esta materia, las sanciones no requieren intencionalidad o dolo sino que basta el mero descuido o falta de diligencia; en palabras de este Tribunal "basta la simple negligencia o incumplimiento de los deberes que la Ley impone a las personas responsables de ficheros o del tratamiento de datos de extremar la diligencia...", y ello aunque no obtuviese provecho económico alguno."

V. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Desde el Tratado Constitutivo de la Unión Europea de 1957, donde aparecen las primeras referencias sobre política de consumo, pasando por La Carta de los Derechos Fundamentales del 2000 que garantiza un alto nivel de protección a los consumidores y hasta el Programa Plurianual de Consumidores de la UE de 2014-2020 que trata de asegurar una mayor cooperación entre países para el asesoramiento en esta materia, se han producido numerosos avances en la regulación comunitaria de la publicidad con el fin de afrontar las nuevas formas incipientes basadas en “social media” y los avances de la tecnología.

SEGUNDA.- Nuestro Derecho interno, en previsión de la regulación comunitaria, ha protegido constitucionalmente la defensa de los consumidores y usuarios en el artículo 51 de la CE, en el marco de un Estado Social de Derecho (art 1.1 de la CE) y basado en un sistema de economía de mercado (art 38 de la CE).

En este sentido, la regulación extrapenal, primordialmente la Ley General de Publicidad que regula el ámbito de la publicidad ilícita, la Ley de Competencia desleal que trata de analizar las prácticas engañosas contra los consumidores y las acciones para impedir que continúe una eventual violación de las normas de publicidad y el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que ha tratado de transponer las Directivas comunitarias en esta materia y, además regular un régimen administrativo sancionador para dar mayor protección a los consumidores y usuarios.

TERCERA.- En el ámbito penal, el grueso fundamental de nuestro trabajo, el delito de publicidad falsa se regula dentro del Libro II, en el título XIII: “De los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, capítulo XI: “Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”, concretamente en el reiterado artículo 282 del CP. Ya hemos tratado en varias ocasiones a lo largo de la exposición que es un delito nacido en nuestro país en el presente Código Penal.

Es un delito que requiere ser cometido mediante dolo, es decir, con conocimiento y voluntad de realizar el hecho típico protegido por el Derecho Penal. Como hemos

analizado, no requiere ser cometido con dolo directo de primer grado, puesto que el legislador, en la redacción del artículo, no ha introducido esa previsión. Por ello, admitimos su realización incluso por dolo eventual como argumenta el citado Auto de la AP de granada 356/2008. De ninguna manera cabe su comisión por imprudencia, puesto que el artículo 12 del CP prevé que para que un delito pueda cometerse de forma imprudente, debe estar expresamente previsto en la regulación y no es el caso.

El bien jurídico protegido por el delito es el interés económico/patrimonial de los consumidores. Se ha analizado como parte de la doctrina cree que protege otros intereses como la salud o el mercado, pero tras analizar la Jurisprudencia y Doctrina mayoritaria parece tener mayor fuerza la idea de que el artículo 282 del CP pretende proteger el interés patrimonial de los consumidores y usuarios siendo un bien jurídico supraindividual.

Del modo de ejecución: *“Hacer alegaciones falsas o manifestar características inciertas”*, cabe destacar que puede ser cometido principalmente mediante una acción, aunque admitimos la posible omisión pura únicamente cuando no se especifica una característica de forma positiva mediante una afirmación no veraz. De esta manera rechazamos la posible comisión por omisión puesto que es un delito de mera actividad y no requiere causar ningún resultado.

El objeto de protección serían la: *“Oferta o publicidad de productos o servicios”* entendiendo por tales las previstas en la regulación extrapenal que hemos mencionado. Es importante señalar que lo relevante es la información proporcionada a un colectivo de consumidores sobre bienes y servicios objeto de intercambio desde el punto de vista de un consumidor medio sin conocimiento específicos sobre la materia.

Aún teniendo claro que es un delito de peligro abstracto y de mera actividad, el resultado hipotético sería *“causar un perjuicio manifiesto y grave”* a los consumidores. Esta es una características que analizamos con profundidad en el subepígrafe de los límites entre el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal.

En el análisis de los elementos del tipo, destacamos que el sujeto activo tiene que ser fabricantes o comerciantes. Se trata de un delito especial propio puesto que únicamente

puede ser cometido por estos agentes económicas entendidas a tenor de lo previsto en el Código de Comercio.

Es importante destacar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en base a la Ley Orgánica 5/2010, con las salvedades previstas en los artículos 31 bis y siguientes del CP.

El sujeto pasivo sería el colectivo de los consumidores y usuarios entendidos no sólo como consumidores finales del producto. Creemos que es necesario proteger a cualquiera que se encuentre en clara desventaja frente al empresario que publicita sus bienes o servicios.

En cuanto a la penalidad de este delito semipúblico (art 287 del CP), rige el criterio de la alternatividad entre la pena de seis meses de prisión hasta un año y la pena de multa de doce a veinticuatro meses. Desde nuestro punto de vista y aún sin querer entrar a valorar al legislador, en atención al perjuicio que puede causar, nos parece que es una pena con escaso efecto preventivo.

CUARTA.- En el penúltimo capítulo del trabajo: el principio *Non bis in ídem*, analizamos la unidad y pluralidad de delitos desde la perspectiva de que puede ser cometido de manera continuada si se cumplen con los requisitos del artículo 74.1 del CP pero rechazamos frontalmente la el delito masa puesto que se trata de un delito de peligro hipotético que no requiere causar un perjuicio patrimonial en un sujeto concreto.

Posteriormente especificamos los posibles concursos que pueden existir con otros delitos:

- Con el delito de estafa, donde entendemos que puede existir un concurso de leyes, en virtud del artículo 8.3 del CP, donde el daño patrimonial absorbería al delito publicitario o bien, por un concurso medial siempre que el delito publicitario sea el medio necesario para cometer la estafa.
- Con el delito contra la propiedad intelectual habría un concurso real puesto que se cometerían varios hechos que infringen varios preceptos penales.

- Con el delito de facturación ilícita consideramos que el artículo 282 bis del CP sería más específico y por lo tanto se penaría por éste.
- Con el delito contra la salud pública habría un concurso real puesto que se protegen bienes jurídicos diferentes y serían varias acciones que infringen varios preceptos.

En último lugar, pretendemos dar una especial resolución a los problemas derivados de la protección administrativa sancionadora frente a la penal. Tenemos en cuenta el principio de intervención mínima del Derecho Penal y la necesidad de que ante una investigación penal, el Orden Administrativo debe suspender su procedimiento puesto que la competencia para juzgar delitos es exclusiva del Orden Penal.

La sanción por vulnerar la infracción administrativa de propiedad ilícita puede llegar hasta los 601.012,10 euros además del cierre temporal de hasta 5 años de los establecimientos que se vean involucrados o el decomiso de los bienes e instrumentos. Desde esta perspectiva, concretamos los dos límites más importantes entre el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal debido a que no se puede admitir una duplicidad de sanciones por el mismo hecho cometido cuando hay identidad de partes.

Estos elementos delimitativos de lo ilícito administrativo y penal son, por un lado la necesidad de que el delito sea cometido por dolo mientras que la infracción administrativa puede ser cometida por imprudencia en base a la Sentencia de la Audiencia Nacional 4240/2017.

Y por otro lado, en el “*Perjuicio manifiesto y grave*” necesario para ser considerado delito. En cualquier otro caso se consideraría infracción administrativa. Para delimitar si se causa un perjuicio manifiesto y grave citamos el criterio de Puente Aba que considera que se debe analizar: El número de potenciales perjudicados por el mensaje publicitario o grado de expansión del mensaje publicitario, el coste del producto o del bien anunciado, la disponibilidad económica de los destinatarios, la cantidad e importancia de datos inveraces publicitados, la determinación de las fuentes informativas del consumidor final y todo ello, desde la perspectiva de un consumidor medio, sin conocimientos específicos sobre la materia.

CONCLUSIÓN FINAL: Haciendo eco de la cita que introduce el trabajo: *“La claridad supera a la persuasión”* de Flint McGlaughlin, fundador del Instituto MECLABS, nos parece fundamental que los empresarios que ofertan sus productos y servicios, se preocupen más por la claridad de la información que ofrecen, puesto que es una de las características más importantes tanto para atraer y generar confianza en el consumidor, como para crear una verdadera imagen de marca.

Tras el análisis de la Doctrina y la Jurisprudencia en esta materia, consideramos necesario aumentar el nivel de protección de los consumidores y usuarios que se encuentran en clara desventaja frente a aquellos fabricantes o comerciantes que realizan las ofertas publicitarias mediante sanciones más firmes, teniendo en cuenta que el perjuicio que pueden causar es muy grave y, parece que una pena de multa, en algunos casos es incluso “rentable” para un empresario.

En cualquier caso, es una materia que debe estar en constante transformación porque la sociedad en la que vivimos está en continuo avance fruto de la globalización y el sistema de economía de mercado. En el ámbito de un Estado Social y Democrático de Derecho, debemos tener en cuenta que nacerán nuevas formas de marketing y publicidad en el futuro y, la protección de los consumidores, en el ámbito de los actos de publicidad falsa, es lo verdaderamente importante.

RELACIÓN BIBLIOGRÁFICA

LEGISLACIÓN EUROPEA

Acta Única Europea de 1986.

Carta de los Derechos Fundamentales de la UE de Niza el 7 de diciembre del 2000.

Reglamento (CE) nº 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) nº 339/93.

Directiva 90/619/CEE del Consejo de 8 de noviembre de 1990, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida.

Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios.

Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas con los consumidores en el mercado interior.

Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una Política de Protección e Información a los Consumidores (Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975).

Programa de Acción Comunitaria en el ámbito de la política de consumidores de 2007 a 2013 (Decisión N° 1926/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2006).

Programa Plurianual de Consumidores de la UE 2014-2020 Reglamento UE N° 254/2014 del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014.

Resolución del Consejo de 9 de noviembre de 1989 sobre futuras prioridades para el relanzamiento de la política de protección del consumidor.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Roma, 25 de marzo de 1957).

Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992

Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997.

Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Constitución Española de 1978.

Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de Publicidad.

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

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

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa.

Ley 29/2009, de 30 de diciembre por el que se actualiza el sistema de competencia desleal y de la protección de los consumidores y usuarios.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y sus proyectos precedentes.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de noviembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

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

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias.

MANUALES Y ARTÍCULOS DOCTRINALES

CARRASCO ANDINO, M.M., “La publicidad engañosa y el Derecho Penal (una aproximación al tipo del artículo 282 del CP)”, *Ed. Revista General de Derecho*, Valencia 2000.

CARTAGENA PASTOR, F., “Publicidad ilícita y delito de publicidad engañosa”, *Curso de formación de la Fiscalía General del Estado: novedad del Código Penal en materia de delitos contra la propiedad*. Ed. Estudios sobre el Consumo, Núm. 45, abril 1998.

CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “El delito publicitario en el nuevo Código Penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Año VI, N°256.1996 .

DELMATO CELSO, *Delitos de concurrencia desleal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973.

GARCÍA ABURRUZ, M.P., “Prácticas comerciales desleales : ¿una sólida protección al consumidor?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm 6/2009, Pamplona, 2009.

LORA- TAMAYO VALLVÉ, M., “La Política de consumidores”, *Políticas de la Unión Europea*, LINDE PANIAFUA (Coor.), Madrid, 2007.

MACÍAS ESPEJO, B., *El delito de publicidad engañosa*. Ed. Dykinson. Granada, 2016.

MARTÍNEZ PÉREZ, C., “El delito de publicidad engañosa en el Anteproyecto de Código Penal Español de 1992”, *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*, Jornadas en honor al Profesor KLAUS TIEDEMANN. Ed. Boe, Madrid, 1995.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A., “El principio non bis in ídem, y la subordinación de la potestad sancionadora administrativa al orden jurisdiccional penal”, *Noticias Jurídicas*. Enero de 2011 <<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4617-el-principio-non-bis-in-idem-y-la-subordinacion-de-la-potestad-sancionadora-administrativa-al-orden-jurisdiccional-penal/>> (consultado el 19 de diciembre de 2018 a las 12 horas).

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

PEÑA LÓPEZ, F., “Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, Real Decreto Legislativo 1/2007”, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Ed. Aranzadi*, Navarra, 2015.

PEREZ PORTO, J., Y GARDEY, A., *Definición de Slogan*, 2010 (revisado en 2013). <<https://definicion.de/slogan/>> (consulta realizada el 20 de diciembre de 2018, 12:31 horas).

PORTERO HENARES, M., “Protección Penal del Consumidor”, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/2manuel-portero-proteccion-penal-del-consumidor.pdf>. 2003.

PUENTE ABA, L.M. *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2002.

PUENTE ABA, L.M., *Los delitos contra los consumidores (arts. 281 a 283 del Código Penal)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

SANZ MORÁN, A.J., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Ed. Universidad de Valladolid. Secretariado de Publicaciones, Valladolid, 1986.

SANZ MORÁN, A.J., “Un creciente embrollo: últimas aportaciones legislativas y jurisprudenciales en materia de concursos de delitos”, *Revista de derecho y proceso penal* N.º 44, ISSN 1575-4011, 2016. Págs 15-18.

SIERRA LÓPEZ, M.V., *Análisis jurídico penal de la publicidad engañosa en Internet*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

TAPIA BALLESTEROS, P., “Consumidores y Derecho Penal: el polémico caso de la carne de caballo”. *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción. Doctrina y análisis de casos*. Directora: PUENTE ABA, L.M., Ed. Bosch, Barcelona, 2015.

TORÍO LÓPEZ, A., *Acción y resultado típico en la estafa procesal*, Salamanca, 1982.

VILAJOANA ALEJANDRE, S., “Límites jurídicos de la publicidad en España. Marco normativo, análisis jurisprudencial y gestión profesional”, Director: ROM RODRÍGUEZ, JA, Ed. Blanquerna, Universitat Ramon Llul. Tesis doctoral, Barcelona 2015.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia 71/1982, de 30 de noviembre, del Pleno del Tribunal Constitucional.

Sentencia 146/1996, de 19 de septiembre, del Pleno del Tribunal Constitucional.

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1044/1999, de 7 de diciembre, de la Sala Civil del Tribunal Supremo.

Sentencia 760/2003, de 3 de mayo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Sentencia 357/2004, de 19 de marzo, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Sentencia 27/2009, de 26 de enero, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Sentencia 407/2013, de 23 de abril de 2013 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

AUDIENCIA NACIONAL

Sentencia 4240/2017, de 30 de octubre de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Sentencia 17/2003 de 12 de febrero, de la Audiencia Provincial de La Rioja.

Auto 356/2008, de 13 de Junio, de la Audiencia Provincial de Granada.

Sentencia 619/2015, de 22 de junio, de la Audiencia Provincial de Madrid.

JUZGADOS DE LO PENAL

Sentencia 268/2014 de 4 de julio, del Juzgado de lo Penal N°18 de Madrid.

