

EL DELITO PUBLICITARIO

Luz María Puente Aba
Universidad de A Coruña

I. Introducción.

El aseguramiento de la veracidad publicitaria es sin duda una de las cuestiones que más interesa garantizar desde la perspectiva de la defensa de los intereses de los consumidores. La publicidad es hoy en día una herramienta básica de comunicación entre los oferentes de bienes y servicios en el mercado y los consumidores como potenciales adquirentes; no obstante, supera incluso esta tarea esencial de información y pretende ser un instrumento de persuasión, llegando a subordinar u olvidar su primordial faceta informativa.

Tradicionalmente, el ordenamiento jurídico ha contado con una regulación de la actividad publicitaria (fundamentalmente, la Ley 34/1988, general de publicidad, la Ley 3/1991, de competencia desleal, y la Ley 26/1984, general para la defensa de consumidores y usuarios); en este ámbito, se ha previsto un variado catálogo de infracciones, entre las cuales se encuentra, destacadamente, la emisión de publicidad engañosa. La intervención penal en este aspecto concreto no se produjo hasta la entrada en vigor del vigente Código penal de 1995, que introdujo por vez primera el denominado “delito publicitario” en el artículo 282, estableciendo lo siguiente: “Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos”.

Brevemente, puede afirmarse que la intervención penal en este ámbito se halla justificada porque existe un bien jurídico que se desea tutelar: el interés de los consumidores en el mantenimiento de la veracidad publicitaria, como concreción de los genéricos intereses económicos de los consumidores. Se trata de un bien jurídico de los denominados “supraindividuales”, ya que se refiere a los intereses de un determinado colectivo, y 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. Teniendo en cuenta el indelimitable radio de expansión de la publicidad, y consecuentemente la indeterminación del peligro para un amplio e incuantificable número de patrimonios, se construye este bien jurídico de tal modo que, castigando su lesión (la quiebra de la veracidad publicitaria), se sanciona simultáneamente la puesta en peligro de los bienes jurídicos individuales (el patrimonio) de todos los consumidores¹.

¹ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pp. 191 y ss; PUENTE ABA, L.M., *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, pp. 103 y ss; CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p. 154; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid 1999, pp. 67 y 71; vid. también las consideraciones de DEMETRIO CRESPO, E., “A propósito del bien jurídico en el delito publicitario tipificado en el artículo 282 del Código penal español”, en *Protección penal del consumidor en la Unión Europea* (García Rivas, coord.), Universidad de Castilla La Mancha 2005, pp. 157 y ss.

II. Los sujetos en el delito publicitario: los consumidores y los fabricantes o comerciantes

II.1. Los consumidores

El sujeto pasivo del delito publicitario está constituido por el colectivo genérico y difuso de los consumidores. El concepto básico de consumidor en nuestra legislación es el contenido en el art. 1 de la Ley 26/1984, general para la defensa de los consumidores y usuarios. Este precepto considera consumidores o usuarios a “las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como *destinatarios finales*, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones [...]” (apartado 2). La esencia de la noción de consumidor en esta ley básica está constituida, por lo tanto, por la condición de destinatario final del producto o servicio, de modo que sólo cabrá considerar consumidor a quien adquiere el bien o servicio para su uso personal, doméstico, no a quien lo recibe para integrarlo posteriormente en “procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros” (apartado 3).

Cierto es que el Texto punitivo no ofrece una definición específica de consumidor, pero ello no obliga a adoptar la existente en la Ley general de consumidores y usuarios². La configuración y la interpretación de los tipos penales gira siempre en torno al bien jurídico específicamente protegido, y así, en este caso, cabe defender una interpretación amplia del concepto de consumidor: el bien jurídico está constituido por el interés del colectivo de consumidores en la veracidad de la publicidad que se difunde en el mercado, como forma de anticipar las barreras de intervención penal sancionando conductas peligrosas para los intereses patrimoniales de un amplio e indeterminado colectivo de personas³. Consecuentemente, la protección del consumidor se vincula aquí al objetivo de garantizar una publicidad veraz, y en este sentido se pretende por lo tanto el mantenimiento de la veracidad de todos los mensajes publicitarios difundidos en el mercado, independientemente de a quién vayan dirigidos. Obviamente, como posteriormente se verá, no cualquier forma de publicidad inveraz va a ser constitutiva de delito, pero esto dependerá de la concreta delimitación de los restantes elementos típicos, no de una restricción a priori del colectivo de sujetos destinatarios de la publicidad.

II.2. Los fabricantes o comerciantes

El sujeto activo aparece expresamente delimitado en el artículo 282 del Código penal; nos encontramos ante un delito especial, que sólo podrá ser cometido por aquellos sujetos específicamente designados en la ley: los fabricantes y comerciantes. El objetivo del legislador seguramente consistió en identificar descriptivamente a quienes, por la propia naturaleza de su actividad en el mercado, son lógicamente los emisores de publicidad de bienes y servicios. No obstante, esta precisión podría llegar a plantear el problema de dejar fuera del ámbito típico determinados comportamientos de difusión de publicidad inveraz que sean efectuados por sujetos que no encajan en el perfil de sujetos activos.

² Efectivamente, si bien en ocasiones la significación de determinados conceptos que maneja el Código penal se toma de otras leyes no penales, en otros casos el propio Código ofrece una definición propia y particular: por ejemplo así ocurre con el concepto de funcionario (art. 24 CP).

³ Vid. PUENTE ABA, *Delitos*, pp. 287 y ss. Gran parte de la doctrina, no obstante, parte de la noción de consumidor como “destinatario final”, vid. SÁNCHEZ GARCÍA, I., “El nuevo delito publicitario (art. 282 del Código Penal)”, *Actualidad Penal*, 1997-1, m. 565; MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito de publicidad fraudulenta*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p. 59.

En primer lugar, de un examen de la legislación, jurisprudencia y doctrina mercantil se deduce que el término “comerciante” es ya arcaico y poco adaptado a la realidad actual, y se ha ido sustituyendo progresivamente por el término “empresario”; este término (empresario mercantil) abarca a todos aquellos que ejercen una actividad económica planificada, ya sea comercial, industrial o de servicios, con la finalidad de intermediar en el mercado⁴; precisamente esta actividad de ofrecimiento de productos determina la difusión de mensajes publicitarios con el objetivo de promocionar las propias ofertas.

Aun admitiendo la identidad entre el antiguo término de “comerciante” y su equivalente de “empresario mercantil”, surge la duda sobre la posibilidad de considerar “comerciante” a efectos penales a otro tipo de sujetos como los profesionales liberales, tradicionalmente excluidos del Derecho mercantil, o los empresarios civiles, esto es, sujetos que históricamente no han desempeñado típicas actividades de industria o comercio, como los agricultores, los ganaderos o los artesanos. Sin embargo, lo cierto es que el régimen jurídico de estos sujetos se viene aproximando al del empresario mercantil, puesto que cada vez es más frecuente su organización como empresa mercantil y su actuación profesional en el mercado de bienes y servicios; por este motivo, progresivamente se van acercando determinadas previsiones de su régimen jurídico⁵.

En vista de este confuso y cambiante panorama de las figuras de “comerciante” y “empresario” en Derecho mercantil, lo más adecuado será partir de un concepto específico a efectos penales que, tomando como base en cualquier caso el ordenamiento mercantil, permita incluir aquí cualquier sujeto que, de forma profesional, actúe en la intermediación de bienes y servicios en el mercado. Así, quedarían incluidos no sólo los empresarios mercantiles en sentido estricto, sino también los profesionales liberales (v.gr. abogados, médicos), o los agricultores y artesanos, desde el momento en que actúan en el mercado ofreciendo prestaciones relativas a las actividades que les son propias⁶.

Si se trata de designar a los sujetos que operan de forma estable y profesional en el mercado, no se integraría aquí, por lo tanto, a un particular que ocasionalmente ofrece algún bien o servicio en el mercado (v.gr. venta de bienes de segunda mano), y que por ello no se organiza como una empresa⁷. De entrada, la publicidad aparece generalmente conectada con la empresa, puesto que los mensajes publicitarios parten precisamente de quienes actúan en el mercado ofreciendo bienes y servicios; no obstante es posible pensar, por ejemplo, en un particular que ocasionalmente publicita un producto que desea vender. Sin embargo, si lo que fundamenta la intervención penal en este ámbito es el amplio radio de expansión de la publicidad y la existencia de ofertas masivas de bienes y servicios, lo cual crea un peligro para el patrimonio de múltiples consumidores, parece que en principio no se verificaría esta situación en los casos en que un particular publicita un bien que desea ofrecer en venta. Ni siquiera con medios de comunicación como Internet, que amplía enormemente el radio de expansión de las ofertas efectuadas

⁴ Vid. BROSETA PONT, M. / MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil*, Tecnos, Madrid 2007, pp. 88-89.

⁵ Vid. sobre todo esto BROSETA / MARTÍNEZ, *Manual*, pp. 89-91; MENÉNDEZ, A. (dir.), *Lecciones de Derecho mercantil*, Tecnos, Civitas 2006, pp. 44-45, 48 y 50; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho mercantil*, Aranzadi 2007, pp. 180-182.

⁶ Vid. sobre esto PUENTE ABA, *Delitos*, pp. 360-361. Por ello, no cabría excluir del ámbito del sujeto activo de este delito a un promotor de viviendas o a un constructor, tal y como parecen hacer el AAP Guadalajara 88/2002 y el AAP Castellón 311/2006.

⁷ Cfr. CARRASCO ANDRINO, M.M., *La publicidad engañosa y el Derecho penal (una aproximación al tipo del artículo 282 del CP)*, Ediciones Revista General del Derecho, Valencia 2000, p. 94.

por un particular, se verifica esta situación básica para la intervención del Derecho penal: como se verá más adelante con mayor precisión, el peligro para los patrimonios de los consumidores no depende simplemente de la amplia difusión del mensaje, sino también de un cierto carácter masivo de la oferta⁸.

El término “fabricante” ha de ser interpretado asimismo en un sentido amplio, abarcando a cualquier persona que produce o confecciona bienes o servicios; en suma, a todo aquel que figura como responsable de la elaboración de cualquier producto o servicio ofrecidos en el mercado⁹. Así, no sólo cabe incluir aquí al “fabricante” como “titular de una fábrica”, sino a quienes ofrecen bienes y servicios propios al colectivo de consumidores; tendrían así cabida en este concepto, aunque ya la tienen también en el término “empresario”, los agricultores, los constructores, los “productores aparentes” (oferentes de las denominadas “marcas blancas”), etc., siempre que efectúen el mencionado tipo de ofertas en el mercado¹⁰.

III. Objeto material, conducta típica y posibilidad de resultado en el delito publicitario

III.1. Objeto material

El objeto material del delito del artículo 282, sobre el que ha de versar la publicidad, se define genéricamente como “productos y servicios”. Simplemente basta con afirmar que, con carácter general, se trata de abarcar a cualquier bien o servicio susceptible de ser ofrecido en el mercado. Se ha criticado¹¹ la amplitud del objeto material de este delito, ya que de entrada permitiría integrar en el ámbito típico a cualquier información inveraz, independientemente de la clase de producto o servicio publicitados y de las concretas características que resulten falseadas. Si bien esto es cierto, debe tenerse presente que el Código penal no castiga simplemente la emisión de publicidad falsa, sino que se exige que tal publicidad pueda perjudicar gravemente a los consumidores; como se verá más adelante, es fácil deducir que no cualquier mensaje publicitario falso será idóneo para causar un daño grave, sino que tal aptitud sólo se podrá predicar de la publicidad relativa a ciertas características de determinados productos y servicios.

III. 2. Conducta típica

Antes de proceder al análisis de la conducta constitutiva de delito publicitario, debe puntualizarse que, según indica el propio Código penal, ha de verificarse en las “ofertas o publicidad” de productos o servicios. Por lo tanto, se parte de un amplio concepto de comunicación publicitaria, cuya esencia es la existencia de una promoción directa o indirecta a la contratación de bienes o servicios; de este modo, no sólo se abarcan los clásicos mensajes publicitarios difundidos a través de los medios de comunicación, sino también las comunicaciones que físicamente acompañan la presentación de un bien o servicio, e incluso el propio etiquetado de un producto¹². Cabe

⁸ Vid. CARRASCO ANDRINO, *La publicidad*, pp. 94-95; PUENTE ABA, *Delitos*, p. 362.

⁹ Cfr. PUENTE ABA, *Delitos*, p. 634; MAPELLI CAFFARENA, *El delito*, p. 58 .

¹⁰ A favor de esta interpretación amplia CARRASCO ANDRINO, *La publicidad*, p. 93; PUENTE ABA, *Delitos*, p. 365.

¹¹ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, p. 246.

recordar (puesto que ha sido objeto de alguna resolución judicial)¹³ que no cabe considerar publicidad a las comunicaciones efectuadas en el desarrollo de las relaciones contractuales entre las dos partes de un contrato; si existe engaño, cabrá apreciar un delito de estafa o una mera responsabilidad civil.

La conducta constitutiva de delito publicitario aparece definida en el Código penal con las expresiones “hacer alegaciones falsas” y “manifestar características inciertas”; en suma, se sancionan los mensajes falsos, inciertos, lo cual equivale a exigir una discordancia real y objetiva entre lo manifestado en la publicidad y la realidad del bien o servicio ofertados¹⁴.

Aquí tenemos una primera línea de distinción entre el delito publicitario y las infracciones no penales en materia de publicidad: sólo se integrará en el ámbito del delito la publicidad objetivamente falsa, quedando para su represión mediante las leyes civiles o mercantiles la denominada “publicidad engañosa”. Es frecuente, en el ámbito de las ofertas publicitarias, recurrir a determinado tipo de mensajes que, sin faltar objetivamente a la verdad, se expresan de tal modo que inducen a error al consumidor, quien finalmente obtiene una imagen del producto o servicio disconforme con la realidad. Si tal error no deriva de una falsedad objetiva del mensaje, sino de una expresión tergiversada que provoca esa confusión, estaremos ante la citada publicidad engañosa, que aparece sancionada en leyes no penales como las citadas Ley general para la defensa de consumidores y usuarios (art. 8), Ley general de publicidad (art. 4), y Ley de competencia desleal (art. 7).

Debe tenerse en cuenta que fuera del ámbito de la publicidad falsa se encuentran las exageraciones publicitarias, que por lo tanto nunca podrán integrar un delito

¹² Realmente, la noción de publicidad en el ámbito mercantil es asimismo amplia, según se desprende de la propia definición ofrecida por el art. 2 de la Ley general de publicidad. Vid. sobre esto PUENTE ABA, pp. 289 y ss, y bibliografía citada; vid. también PORTERO HENARES, M., *El delito publicitario en el Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, pp. 297 y ss; SIERRA LÓPEZ, M.V., *Análisis jurídico – penal de la publicidad engañosa en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pp. 146 y ss.

¹³ Vid. en esta línea el AAP Guadalajara 88/2002. Cabe citar la SAP Málaga 180/2000, que absuelve de un delito publicitario por considerar que la información suministrada era veraz; independientemente de la falta o no de veracidad, ya no cabría apreciar este delito porque realmente se trataba de una negociación entre las dos partes de un contrato. Habría que constatar, en todo caso, si al margen de las relaciones contractuales concretas existió algún tipo de publicidad al respecto. Un supuesto similar se encuentra en el AAP Burgos 20-4-1999 (vid. PUENTE ABA, “Comentario a las primeras sentencias que estudian la aplicación del delito de publicidad falsa (art. 282 del CP)”, *Revista de Derecho penal y criminología de la UNED*, nº 14, 2004, p. 329).

En este punto cabe citar la SAP Toledo 34/2000 (confirmada por la STS 1456/2002), en un caso de venta de piensos de calidad inferior a la afirmada por el suministrador: el Tribunal absuelve de un delito publicitario afirmando sin más que no aprecia la idoneidad del mensaje para perjudicar a los consumidores, y que por este motivo ya no entra a analizar si los mensajes contenidos en el etiquetado de los piensos eran o no veraces. No obstante, este último dato era sin duda relevante: si el etiquetado era correcto, ya no habría que entrar a analizar la posible comisión de un delito publicitario, sino que se trataría sólo de examinar la veracidad en las relaciones contractuales entre vendedor y comprador, lo cual sólo podría desembocar a lo sumo en un delito de estafa o en una responsabilidad contractual; si el etiquetado era inveraz, sí podría entrarse a debatir (a mayores de la posible responsabilidad por estafa o por dolo contractual) la posible comisión de un delito publicitario. Vid. sobre esto PUENTE ABA, “Comentario”, pp. 328-330.

¹⁴ Vid. PUENTE ABA, *Delitos*, p. 326; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, p. 249; SIERRA LÓPEZ, *Análisis*, pp. 156-157; CARRASCO ANDRINO, *La publicidad*, p. 103; MORENO Y BRAVO, E., *El delito de publicidad falsa*, Bosch, Barcelona 2001, p. 121; SÁNCHEZ GARCÍA, *El nuevo*, m. 567.

publicitario¹⁵. La doctrina mercantilista¹⁶, que ha tratado detenidamente este tema, considera que las exageraciones parten de un núcleo esencial verdadero, que se acompaña por unas declaraciones que exaltan las cualidades del producto de manera tal que no resultan creíbles en absoluto. El problema, sin duda, radica en determinar cuándo una alegación publicitaria constituye una exageración lícita, y cuándo pasa este límite llegando a constituir un mensaje publicitario falso. Obviamente, la admisibilidad de las exageraciones publicitarias no será igual en todos los ámbitos del mercado; por este motivo, se han ido configurando una serie de criterios que determinan la licitud de estas exageraciones¹⁷: básicamente, habrá que atender al concreto producto o servicio anunciados, a la forma de configuración del mensaje, a las características del anunciante, al círculo de consumidores destinatarios del mensaje, y al medio por el que se difunde la publicidad. Así, por ejemplo, será admisible la exageración en relación con determinados productos de hogar, pero no con respecto a ordenadores ni a productos bancarios; asimismo, tendrá mayor cabida una exageración en mensajes más generales o de tono predominantemente humorístico.

Al referirnos a la publicidad objetivamente falsa, nos estamos centrando en la emisión de mensajes inveraces; sin embargo, cabe plantearse también si es posible apreciar el delito publicitario cuando se ocultan determinadas características de un bien o servicio, es decir, qué relevancia tienen las omisiones en este ámbito. Con carácter general, los anunciantes no están obligados a aportar una determinada dosis de información cuando ofertan sus productos o servicios, sino que obviamente cada uno indicará, en su publicidad, aquellos datos que estime oportunos en relación con su oferta. Ciertamente es que, en algunos ámbitos, existe normativa específica que obliga a incluir ciertas menciones en la publicidad de determinados productos o servicios: así, por ejemplo, en relación con los medicamentos y con productos sanitarios¹⁸. Sin embargo, la omisión de tal deber implicará, en todo caso, el surgimiento de una responsabilidad de carácter administrativo, pero no equivale automáticamente a la comisión de un delito de publicidad falsa: el Código penal no exige sólo la falsedad del mensaje (que podría deducirse del silencio de unas menciones obligatorias), sino que se exige una posibilidad de grave perjuicio para los consumidores, y ello puede que no se derive de la citada omisión.

En vista de la anterior situación, apenas existirían supuestos en que el anunciante tuviera una posición de garante, cuya vulneración y consiguiente omisión de

¹⁵ Vid. CARRASCO ANDRINO, cit., p. 107; MUÑAGORRI LAGUÍA, I., *La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa*, Comares, Granada 1998, p. 99; GÓMEZ RIVERO, M.C., “Hacia una nueva interpretación del delito publicitario”, *La Ley*, 1997-4, p. 1233; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., “El delito publicitario”, *Actualidad Penal*, 1997-2, m. 1112.

¹⁶ Vid. sobre este tema LEMA DEVESA, C., *La publicidad de tono excluyente*, Fundación Pedro Barrié de la Maza, Madrid 1980, pp. 112-114; FERNÁNDEZ NOVOA, C., “La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad”, en *Estudios sobre Derecho de la publicidad* (Fernández Novoa, C.), Santiago de Compostela 1989, pp. 174 y ss.

¹⁷ Vid. aplicando estos parámetros ofrecidos por la doctrina mercantilista en el ámbito del art. 282 del Código penal, CARRASCO ANDRINO, cit., pp. 107-108; PUENTE ABA, *Delitos*, pp. 338 y ss.

¹⁸ La propia doctrina mercantilista niega la existencia de un deber general de información a cargo del anunciante; vid. LEMA DEVESA, C., “La publicidad engañosa en el moderno Derecho español”, *La Ley*, 1995-2, p. 874; FERNÁNDEZ NOVOA, C., “La regulación de la publicidad engañosa y desleal en la CEE”, en *Estudios de Derecho de la publicidad*, cit., p. 274; TATO PLAZA, A., “Primeras aproximaciones de la jurisprudencia española a la figura de la publicidad engañosa por omisión: el caso Barclays”, *Revista General del Derecho*, 1996, nº 625-626, p. 11753-11754. Adoptan la misma posición, en el ámbito penal, MAPELLI CAFFARENA, cit., p. 71; HERNÁNDEZ PLASENCIA, cit., m. 1114. Vid. por ejemplo el R.D. 1599/1997, sobre productos cosméticos, y el R.D. 414/1996, sobre productos sanitarios, como ejemplos de normas en las que se establece la obligatoriedad de algunas informaciones mínimas en relación con el etiquetado y la publicidad de determinados productos.

información pudiese considerarse equivalente a la comisión de un delito publicitario. De todas formas, esto no quiere decir que la omisión de determinados datos en la publicidad de un bien o servicio resulte absolutamente irrelevante: realmente, la veracidad o inveracidad ha de predicarse del mensaje globalmente considerado, y por lo tanto habrá que comprobar si la publicidad emitida, integrada por sus afirmaciones y sus silencios, ofrece una imagen objetivamente falsa del bien o servicio ofrecidos; en otras palabras, debe examinarse si los datos omitidos tienen tal relevancia que el bien o servicio presentados son objetivamente distintos de lo existente en la realidad¹⁹. Ciertamente será difícil concretar en qué casos la omisión de datos será tan significativa que haga el mensaje objetivamente falso. Todo dependerá del caso concreto, que habrá de valorarse fundamentalmente atendiendo a dos parámetros básicos: la esencialidad de las informaciones silenciadas, y la relación entre estos datos omitidos y los manifestados efectivamente, es decir, deberá examinarse si su mención era necesaria porque limitaban o matizaban significativamente las informaciones ofrecidas²⁰.

III. 3. Aptitud para causar un perjuicio grave y manifiesto

El Código penal no sanciona sin más la publicidad objetivamente falsa, sino que exige que tal publicidad pueda causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores. Estamos, por lo tanto, ante uno de los denominados delitos de aptitud o peligro hipotético: se exige la posibilidad de verificar un resultado de peligro, de tal modo que en cada caso habrá que demostrar que ha sido posible un contacto entre la publicidad falsa y el patrimonio o libertad de disposición económica de los consumidores²¹. Realmente no cabe hablar de tal aptitud para causar un daño si la falsedad objetiva no es capaz de engañar a los consumidores. Por consiguiente, no cualquier falsedad constituirá un delito publicitario; es evidente que si no resulta creíble, no incitará de forma efectiva al consumo y no supondrá un peligro para los intereses patrimoniales de los consumidores.

Esta obvia restricción en la aplicación del tipo penal tropieza con la evidente dificultad de valorar cuándo un mensaje objetivamente falso no resulta creíble a sus destinatarios. No quedará más remedio que efectuar una valoración en cada supuesto concreto, y en todo caso partiendo del “consumidor medio” en el específico sector al que va referido la publicidad. El término “consumidor medio” designa a aquella persona que capta el mensaje publicitario de forma más o menos despreocupada, sin reflexionar de forma excesiva sobre él; no se trata de proteger al consumidor absolutamente despreocupado, pero tampoco de exigirle una diligencia insuperable²². Obviamente, los perfiles del consumidor medio cambiarán en función del concreto bien o servicio al que se refiere la publicidad, y asimismo del círculo más o menos amplio al que vaya dirigida; así, por ejemplo, el consumidor medio será más atento e informado si se trata de productos o servicios técnicos propios de una actividad profesional, y será más irreflexivo si estamos ante productos de uso cotidiano o si los destinatarios de la publicidad son un colectivo especialmente vulnerable (v.gr. enfermos). Se trata de una valoración que en cada caso concreto deberán efectuar los Tribunales²³.

¹⁹ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, p. 250; PORTERO HENARES, cit., p. 342; SIERRA LÓPEZ, cit., p. 161; MORENO Y BRAVO, cit., p. 126; CARRASCO ANDRINO, cit., pp. 119-120; MAPELLI CAFFARENA, cit., p. 71; MUÑAGORRI LAGUÍA, cit., pp. 107-108; PUENTE ABA, *Delitos*, p. 345.

²⁰ Vid. PUENTE ABA, *Delitos*, p. 350.

²¹ Vid. PUENTE ABA, *Delitos*, pp. 350-351, y bibliografía citada.

²² Vid. PUENTE ABA, *Delitos*, p.p. 328 y ss, y bibliografía citada.

De este contacto posible entre los mensajes publicitarios y sus destinatarios debería poder derivarse un perjuicio económico de carácter grave y manifiesto. Se pretende castigar penalmente no cualquier publicidad falsa a la que puedan acceder los consumidores, sino sólo aquella que, si mueve a la adquisición del bien o servicio anunciados, puede provocar perjuicios patrimoniales de una considerable entidad.

Debemos recordar que el delito publicitario no exige la producción de ningún daño patrimonial, se incrimina sin más una conducta peligrosa para los intereses patrimoniales de los consumidores. Puede afirmarse que casi en la totalidad de los supuestos en que se analice la posible verificación de un delito publicitario, ya se habrán producido perjuicios patrimoniales para algún consumidor; sin embargo, de lo que se trata es de comprobar si la publicidad es capaz de producir perjuicios graves y manifiestos, en referencia al colectivo genérico de los consumidores. Por lo tanto, deberían tenerse en cuenta, entre otros posibles criterios, los siguientes: número de potenciales perjudicados a consecuencia de la publicidad, disponibilidad económica de los sujetos afectados, coste del producto o servicio ofrecido, grado de expansión del mensaje publicitario, e importancia del propio bien o servicio o de las características sobre las que versa la falsedad²⁴. De hecho, criterios como los apuntados son los que baraja alguna de las escasas sentencias condenatorias en este ámbito, como la SAP Ciudad Real 218/2002; y asimismo tales circunstancias se pueden identificar, si bien no figuran indicadas de forma explícita, en otras resoluciones de condena como la SAP Granada 383/2002²⁵.

En este ámbito cabría discutir, por último, si se puede apreciar la posibilidad de causar un perjuicio grave y manifiesto en aquellos casos en que, a pesar de existir un mensaje publicitario falso, siempre va a ser necesario un contacto entre consumidor y oferente antes de proceder a la definitiva adquisición del bien o servicio, de tal modo que en esa comunicación previa quedan aclaradas las características correctas de la oferta. Aun a pesar de la necesidad de esta toma de contacto, lo cierto es que subsiste la indeterminación de si el anunciante expondrá verazmente su oferta o seguirá manteniendo la falsedad publicitaria. Por lo tanto, habrá que analizar el caso concreto y solamente excluir la aptitud para perjudicar cuando resulte indubitado que, antes de cualquier adquisición del bien o servicio ofrecidos, se aclaran las menciones falsas contenidas en la publicidad. Este sería el caso, por ejemplo, de la SAP Barcelona 828/2001, en el que ya no se entró a valorar la aplicación del delito publicitario por no estar vigente en el momento de los hechos. Se trataba de una empresa de venta de vehículos que en su publicidad prometía, a los adquirentes potenciales de sus automóviles, unos importantes beneficios trabajando como transportistas. Cuando algún interesado acudía a la sede de la empresa, ya constataba que allí simplemente se vendían vehículos, y que los vendedores únicamente ponían en contacto a los compradores con

²³ Cfr. CARRASCO ANDRINO, cit., p. 109; SÁNCHEZ GARCÍA, cit., m. 569; SIERRA LÓPEZ, cit., pp. 174-175; PORTERO HENARES, cit., pp. 330 y ss; PUENTE ABA, *Delitos*, p. 352.

²⁴ Vid. PUENTE ABA, *Delitos*, pp. 354 y ss, y bibliografía citada.

²⁵ Vid. PUENTE ABA, "Comentario", pp. 316-319, 327. En cambio, en otros supuestos en que sí se verifican algunos de los parámetros expuestos, el Tribunal decreta la absolución por delito publicitario. Así lo hace, por ejemplo, la SAP Granada 228/2000 (confirmada por STS 774/2002), en un caso de venta de mezclas de licores que eran embotellados como licores puros de superior calidad: absuelve por este delito al considerar que no se ve afectada la generalidad de los consumidores, a pesar de que se constata la amplia difusión del producto con el etiquetado falso, la importancia de la característica falseada (composición y calidad), y la posible afectación a la salud derivada del consumo de este producto (op. cit., pp. 325-327). Por el contrario, puede considerarse correcta la absolución por delito publicitario efectuada por la SAP Burgos 15/2005, ya que en este supuesto el mensaje sólo iba dirigido a los miembros de una cofradía, que además podían haber conocido por otras vías los datos correctos.

empresas para las que sí podían trabajar como transportistas²⁶. Caso contrario sería el enjuiciado por la SAP Barcelona 21-7-2004, también en relación con una empresa de venta de vehículos que falsamente anunciaba que asimismo era una empresa de transporte: en este caso, cuando los interesados acudían a la sede de la empresa, sus titulares ofrecían al comprador del vehículo un contrato como transportista, ocultando que sólo podían ofrecer contactos con auténticas empresas de transporte. En este caso el Tribunal condenó por la comisión de un delito de estafa, y asimismo habría podido condenar por delito publicitario, puesto que aquí se constata la aptitud del mensaje falso para perjudicar de forma grave y manifiesta a los consumidores.

IV. Tipo subjetivo

El Código penal castiga la comisión del delito publicitario de forma dolosa, no incriminando la versión imprudente de esta figura delictiva²⁷.

V. Consumación y tentativa

En este ámbito, el delito publicitario no presenta ninguna particularidad especial, de modo que estará consumado cuando se verifiquen todos sus elementos típicos: la emisión del mensaje objetivamente falso, y la constatación de la posibilidad de un perjuicio grave y manifiesto para los patrimonios de los consumidores.

No serán muy frecuentes los casos de tentativa, y se limitarán destacadamente a aquellos supuestos en que la publicidad, por causas ajenas a su autor, no ha llegado a ser emitida al público. No obstante, también sería imaginable una tentativa en la hipótesis de que la publicidad falsa fuese difundida, pero aún no se ha verificado ese posible peligro para el patrimonio de los consumidores: así ocurriría, por ejemplo, si la publicidad sólo ha sido accesible a un reducido número de sujetos, sin que se pueda verificar todavía la posibilidad de causar un daño grave y manifiesto: este fue precisamente el argumento utilizado por la SAP La Rioja 17/2003 para condenar por un delito publicitario en grado de tentativa²⁸.

VI. Autoría y participación

VI. 1. La responsabilidad de las agencias publicitarias

Si bien el Código penal señala como sujeto activo del delito a los fabricantes o comerciantes, lo cierto es que frecuentemente ellos mismos no elaboran la publicidad de sus productos o servicios, sino que encargan esta tarea a agencias de publicidad.

²⁶ Vid. PUENTE ABA, “Comentario”, pp. 319-320. Esta sentencia también absolvió a los acusados del delito de estafa; como se deduce de los hechos expuestos, los perjuicios sufridos por algunos de los clientes no fueron debidos al engaño publicitario, sino a la mala fortuna en el ejercicio de su profesión como transportista (op. cit., pp. 308-310).

²⁷ Vid. sobre cuestiones relativas al tipo subjetivo, por ejemplo a la prueba del dolo del autor, a la admisibilidad del dolo eventual, y a los casos de error en el autor del delito, PUENTE ABA, *Delitos*, pp. 366 y ss; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, p. 254

²⁸ Vid. al respecto MAPELLI CAFFARENA, cit., pp. 87-88; MORENO Y BRAVO, cit., pp. 131-132; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, pp. 254-255; CARRASCO ANDRINO, cit., p. 119; PUENTE ABA, *Delitos*, pp. 376 y ss. Vid. sobre la sentencia citada PUENTE ABA, “Comentario”, p. 323-325.

Obviamente, cuando las agencias elaboren la publicidad con base en los datos falsos proporcionados por el anunciante, desconociendo tal situación, serán meros instrumentos en manos del fabricante o comerciante, quien será el único autor del delito publicitario²⁹. El problema se plantea cuando son las propias agencias quienes conscientemente desarrollan esta actividad publicitaria de carácter delictivo, lo cual ocurrirá generalmente en connivencia con el propio anunciante, siendo difícilmente imaginable la ejecución de este comportamiento por la agencia con absoluto desconocimiento de quien encarga la publicidad. La solución viene dada por el artículo 31 del Código penal, que establece que quien actúe “en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”. Este precepto está configurado precisamente para, en el ámbito de los delitos especiales, transmitir la responsabilidad penal al individuo que realiza la conducta típica, sin poseer las especiales cualidades requeridas al sujeto activo, pero asumiendo exactamente las específicas funciones de este sujeto cualificado.

Se regula así el denominado “actuar en lugar de otro”, que fundamenta la atribución de responsabilidad a quien realiza una actividad en nombre o en representación de otro; así, si la actuación del representante es materialmente idéntica a la del representado, no habrá obstáculo para atribuir al primero la misma responsabilidad (penal) que al segundo. Habrá que identificar el fundamento material de la restricción del sujeto activo en los delitos especiales, y posteriormente comprobar si está presente en la actuación desarrollada por quien se encuentra en su lugar³⁰.

En este caso, dado que la actividad publicitaria estará vinculada a quienes ofrecen bienes o productos en el mercado, el legislador ha restringido el círculo de sujetos activos a los fabricantes o comerciantes: son ellos, realmente, quienes están en posición de afectar a los intereses patrimoniales de los consumidores en el desarrollo de la actividad publicitaria. No obstante, con base en el artículo 31 será posible atribuir responsabilidad penal a las agencias publicitarias, ya que realizan materialmente la misma actividad que los fabricantes o comerciantes, que es anunciar un bien o servicio en el mercado, y por consiguiente se sitúan en la misma posición que permite la afectación al bien jurídico protegido, los intereses económicos de los consumidores³¹.

²⁹ Cfr. PUENTE ABA, *Delitos*, pp. 382-385; CUGAT MAURI, M., “La protección de intereses colectivos: el caso del delito publicitario”, en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz* (Quintero Olivares / Morales Prats, coord.), Aranzadi 2001, p. 1187.

³⁰ Vid. sobre esta institución del “actuar en lugar de otro” y sobre el artículo 31 del Código penal, GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, Zaragoza 1986, pp. 305 y 357; SILVA SÁNCHEZ, J.M., “El actuar en lugar de otro (artículo 31) en el nuevo Código penal”, en *Estudios de Derecho penal* (Silva Sánchez, J.M.), Grijley, Lima 2000, pp. 137-138; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte general*, pp. 516 y ss.

³¹ Cuando las agencias publicitarias ejecutan este comportamiento, generalmente nos encontraremos con una cooperación entre los anunciantes y las agencias, es decir, un acuerdo conjunto de elaborar y difundir el mensaje falso. Como se ha visto, en virtud del artículo 31 del Código penal será posible considerar a las agencias como autoras del delito publicitario, conjuntamente con los propios anunciantes: si ambos determinan conjuntamente el desarrollo del hecho delictivo, serán considerados coautores. No obstante, quizás lo más frecuente será que la idea rectora de la actividad delictiva provenga del fabricante o comerciante, y que facilite a la agencia los datos precisos y las instrucciones sobre cómo elaborar la publicidad delictiva: en tal caso, será el empresario el único autor del delito, y la agencia publicitaria, también en virtud del artículo 31, podrá ser considerada partícipe en este delito especial. Vid. PUENTE ABA, *Delitos*, pp. 385 y ss, y bibliografía citada.

VI. 2. La responsabilidad penal cuando el autor es una persona jurídica

Hasta el momento, se ha hablado con carácter genérico de los fabricantes o comerciantes como autores del delito publicitario; hay que tener en cuenta que lo habitual será que estemos ante personas jurídicas, y por lo tanto será necesario determinar a cuál de sus integrantes se le atribuye responsabilidad por la comisión de este delito.

Al margen de las distintas modalidades de configuración de una persona jurídica, puede afirmarse que en todas ellas existirá una persona u órgano director que la representa y dirige su actividad, siendo el máximo responsable en la toma de decisiones. Cuanto mayores dimensiones posea, más común será la división de funciones entre sus integrantes, y ello implicará asimismo la aparición del fenómeno de delegación de competencias. La delimitación de responsabilidades en estos casos se puede reconducir a dos grandes opciones: los casos en que la persona u órgano rector es quien toma las decisiones relativas a la promoción publicitaria; y los supuestos en que existe una sección o departamento encargado específicamente de esta actividad.

En los casos en que una única persona u órgano colegiado adopta todas las decisiones finales, sólo a ella se le podrá atribuir responsabilidad penal, en el seno de la persona jurídica, por la comisión del delito publicitario³².

No obstante, ciertamente lo más frecuente es que en el mercado operen personas jurídicas de una envergadura considerable, y por ello necesariamente cuentan con departamentos dotados de una cierta autonomía decisoria, por ejemplo en relación con la elaboración de la publicidad. En estos supuestos, será fundamental determinar si la dirección de la persona jurídica debe dar el “visto bueno” al trabajo del departamento de publicidad y, consecuentemente, tomar la decisión final en torno a la emisión de la publicidad elaborada por sus subordinados. Siendo así, será esta persona u órgano directivo la verdadera autora del delito publicitario, pues es quien realmente determina la verificación del hecho delictivo, quien tiene el dominio sobre él; de todas formas, si los responsables del departamento de publicidad colaboran consciente y voluntariamente con el órgano directivo, podrán ser considerados cooperadores necesarios en el delito³³.

Podría ser posible, en el ejercicio de la libertad de configuración de la persona jurídica, que la persona o departamento encargado de elaborar la publicidad estuviese dotado de una autonomía tal que le correspondiese un absoluto poder de decisión sobre la elaboración y la difusión de los mensajes publicitarios. En este caso, de entrada, esta/s persona/s con este concreto ámbito de responsabilidad serían responsables a título de autoría de la comisión del delito publicitario³⁴.

De todas formas, aun en estos supuestos en los que existe esta total autonomía y no está prevista la subordinación a la decisión del órgano directivo, cabe preguntarse si este último no va a tener cierto grado de responsabilidad por el hecho de que una persona o departamento integrados en la persona jurídica que dirige están cometiendo un hecho delictivo. Es decir, en estos casos de delegación de competencias, en los que la dirección de la persona jurídica crea distintos niveles de toma de decisiones autónomas en el marco de la organización de la entidad, cabría afirmar que subsite una posición de garantía inicial de la persona u órgano director que ha efectuado las delegaciones: por el

³² Vid. PUENTE ABA, *Delitos*, pp. 397-398.

³³ Ninguna responsabilidad tendrán los empleados que materialmente elaboran la publicidad siguiendo las órdenes de los responsables del departamento o de los directivos de la persona jurídica, ya que no tienen ningún poder de decisión sobre el hecho y simplemente constituyen meros instrumentos fungibles en el plan delictivo ejecutado por sus superiores.

³⁴ Cfr. PUENTE ABA, *Delitos*, p. 398.

hecho de haber creado una organización para la producción y/o distribución de bienes o servicios en el mercado, quien la dirige será responsable de controlar que no se produzcan hechos lesivos en el desarrollo de esta actividad. Ello no implica el deber de tomar todas las decisiones, ni la prohibición de delegar competencias, sino que exige al menos el mantenimiento de un cierto control o vigilancia sobre el curso general de la actividad desarrollada: en primer lugar, la adecuada distribución de competencias (destacadamente, seleccionado a delegados idóneos) y, en segundo lugar, una comunicación y vigilancia elementales en relación con todos sus delegados, lo cual se manifestará, por ejemplo, mediante un correcto suministro de información a sus subordinados, o con un control periódico sobre el trabajo que desempeñan³⁵. Nos hallamos aquí ante una auténtica posición de garante del directivo, de tal modo que si la infracción de los deberes a ella inherentes provoca la comisión del delito publicitario por un subordinado, cabrá hablar de responsabilidad del directivo a título de participación omisiva, siempre que su actuación hubiera servido para impedir la verificación de este hecho delictivo³⁶.

VII. Concursos de delitos: relación del delito publicitario con otras figuras delictivas

VII. 1. Delito publicitario y estafa

Puede afirmarse que, en la gran mayoría de los casos en que se detecte la comisión de un delito publicitario, se habrán producido ya uno o varios delitos de estafa; es decir, más de un destinatario de la publicidad habrá sido víctima del engaño publicitario y habrá ya pagado por un bien o servicio que no posee las características ofertadas o que, incluso, ni siquiera le es entregado. Surge entonces el siguiente interrogante: si se verifican todos los elementos de la estafa, ¿se aplica solamente el tipo penal de estafa (una o varias estafas, en función de los sujetos afectados), o cabe apreciar un concurso entre la/s estafa/s verificada/s y el delito publicitario?

La solución correcta implica apreciar un concurso de delitos entre ambas figuras delictivas, ya que en esta situación hay dos bienes jurídicos afectados: el interés del colectivo global de consumidores en el mantenimiento de la veracidad publicitaria (como precisión de los intereses económicos genéricos de los consumidores) y el patrimonio individual de los concretos sujetos afectados; así, sólo con la aplicación de ambos delitos se sancionaría correctamente la vulneración de estos dos bienes jurídicos. Si sólo se aplica el delito de estafa, castigando de este modo las lesiones patrimoniales individualizadas a cada consumidor concreto, no se recoge todo el desvalor del hecho: el mensaje publicitario falso, además de haber causado esos daños económicos concretos, supone asimismo un peligro para los patrimonios de todos los demás integrantes del colectivo de consumidores³⁷.

³⁵ Vid. sobre todo esto PUENTE ABA, *Delitos*, pp. 399 y ss, y bibliografía citada, destacadamente SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas”, en *Empresa y delito en el nuevo Código penal*, CGPJ, Madrid 1997, pp. 14-15.

³⁶ Vid. PUENTE ABA, *Delitos*, cit., pp. 402-403, y bibliografía citada.

³⁷ Vid. sobre la admisibilidad de esta situación concursal, generalmente reconocida en la doctrina, PUENTE ABA, *Delitos*, pp. 419 y ss, y bibliografía citada; vid. también GALLEGO SOLER, J.I., “Algunas cuestiones político – criminales sobre la eficacia de la protección penal de los consumidores”, en *La política criminal en Europa* (Mir Puig / Corcoy Bidasolo, dir.), Atelier, Barcelona 2004, p. 233, nota 44; PORTERO HENARES, cit., pp. 413-414; SIERRA LÓPEZ, cit., p. 206. Por los motivos expuestos, no puede entenderse que el delito de estafa absorba al de publicidad falsa, tal y como considera la SAP Barcelona 21-7-2004.

No obstante, debe tenerse presente que ambas figuras delictivas no tienen por qué concurrir de forma conjunta en todos los casos; habrá que comprobar cuidadosamente si se verifican todos sus elementos típicos. Este sería el caso enjuiciado en la SAP Granada 383/2002, en el que se condenó a los acusados por delito publicitario y se les absolvió de un delito de estafa, en un caso de promoción publicitaria de una escuela de turismo, que ofrecía falsamente un título homologado por una Universidad británica. El Tribunal entendió que se verificaba aquí un delito publicitario porque había datos falsos en la publicidad (la escuela de turismo no tenía firmado ningún convenio con ninguna Universidad), y este mensaje se juzgó idóneo para causar un grave perjuicio a los consumidores. En cambio, se entendió que las posibles responsabilidades de cara a los alumnos matriculados en la escuela sólo eran de carácter civil, puesto que el “engaño bastante” propio de la estafa, que presupone la existencia de unas maniobras engañosas de especial significación, no se consideró acreditado principalmente con base en la escasa credibilidad de los alumnos afectados, que manifestaban no saber o recordar nada sobre el controvertido proceso de homologación. Analizando con profundidad este supuesto, puede afirmarse que no cabía apreciar el delito de estafa porque el resultado de daño patrimonial no podía imputarse objetivamente a la conducta de falsedad: al emitir la publicidad falsa no era objetivamente previsible que de ella desembocara un daño económico, puesto que (según se indica en los hechos probados) en ese momento nada hacía sospechar la frustración repentina del proceso de homologación. Ello no es óbice para la apreciación del delito publicitario, ya que puede imputarse su ejecución a título de dolo eventual: sus autores eran conscientes de la peligrosidad de su conducta (en el momento en que anunciaban su oferta sabían que su mensaje no se adecuaba a la realidad), si bien debido al desconocimiento de una circunstancia futura (la frustración del proceso de homologación), no eran plenamente conscientes de la posibilidad del peligro para los intereses de los consumidores³⁸.

Una solución semejante recibió un supuesto de hecho que, si bien presentaba algunas similitudes con el anterior, asimismo contaba con ciertas particularidades que lo hacían merecedor de una respuesta distinta (STS 113/2004). Se trataba de un caso de publicidad de una academia, que al ofertar un curso de formación jurídica para la Oficina de Armonización del Mercado Interior lo hacía afirmando expresamente “oposiciones para la Unión Europea” o “trabaja para la Unión Europea”. Los mismos argumentos que en el caso anterior sirven para afirmar la existencia del delito publicitario; de hecho, la STS 113/2004 así lo consideraba, si bien no pudo condenar por esta infracción debido a cuestiones procesales. En cambio, la diferencia con el caso anterior se halla en la posibilidad de apreciar el delito de estafa. El TS absuelve al condenado en la sentencia de instancia por este delito, entendiendo que los anunciantes sólo reconocían la futura convocatoria de oposiciones para la Unión Europea, cuestión que por otra parte podría haber sido fácilmente comprobable por quienes se matriculaban en la academia. Sin embargo, la lectura de los hechos probados no concuerda con la primera de las argumentaciones del Tribunal: cierto es que la publicidad afirmaba que la convocatoria sería en el futuro, pero se partía de la existencia de tales oposiciones, afirmación esta que sin duda es falsa, sobre todo si tenemos en cuenta que también se declara como probado que la citada Oficina de Armonización del Mercado Interior nunca había convocado oposiciones para proveerse de personal. Cuestión distinta es la posibilidad de negar la concurrencia del delito de estafa con base

³⁸ Vid. sobre esta sentencia PUENTE ABA, “Comentario”, pp. 300 y ss. Vid. sobre la admisibilidad del dolo eventual en este delito PUENTE ABA, *Delitos*, pp. 373-374; vid. en general sobre el dolo eventual en los delitos económicos; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte general*, p. 383.

en la ausencia de los mínimos deberes de autoprotección de la víctima³⁹; en cualquier caso, sería discutible en este supuesto la exigencia de esta especial diligencia, ya que tampoco cabe considerar negligente la confianza en una academia de preparación de oposiciones.

VII. 2. Delito publicitario y delitos contra la propiedad industrial

En este supuesto, quizás resulta más clara la diversidad de bienes jurídicos protegidos: los intereses económicos de los consumidores en el primer supuesto, y los derechos de propiedad industrial en el segundo. Será posible verificar conjuntamente la comisión de estos delitos⁴⁰, tal y como hace, por ejemplo, la SAP La Rioja 17/2003, en un caso de ofrecimiento al público de botellas de vino designadas con una denominación de origen que no les correspondía⁴¹.

VII. 3. Delito publicitario y delitos contra la salud pública

Cuando la inveracidad publicitaria afecta a aspectos relativos a la salud de los consumidores, es evidente que se vulneran dos intereses propios de este colectivo: los intereses económicos y la salud. El artículo 282 del Código penal sólo pretende sancionar los atentados contra los intereses económicos de los consumidores, sin abarcar los posibles riesgos para la salud derivados de algunas inveracidades publicitarias. Por lo tanto, cuando se verifique este peligro para la salud, habrá que recurrir a los denominados delitos contra la salud pública, regulados en los artículos 359 y siguientes del Código penal, que sancionan con carácter general determinadas conductas relacionadas con la oferta y distribución de medicamentos y sustancias alimenticias en el mercado, que supongan un peligro para la salud de los potenciales adquirentes.

Al examinar estas últimas figuras delictivas, vemos que prevén una pena notablemente superior a la establecida en el artículo 282 del Código penal; por consiguiente, cuando la inveracidad publicitaria recaiga exactamente sobre los productos que constituyen el objeto material propio de los delitos contra la salud pública, bastará con aplicar estos últimos tipos penales, sin necesidad de apreciar un concurso de delitos entre alguno de ellos y el delito publicitario. Lógicamente, el peligro para la salud derivado de la publicidad u ofrecimiento en el mercado de productos dañinos, conlleva implícitamente el peligro para los intereses económicos de los

³⁹ Así lo pone de relieve PASTOR MUÑOZ, N., *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons 2004, p. 282.

⁴⁰ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte especial*, p. 257; CARRASCO ANDRINO, cit., p. 132; MORENO Y BRAVO, cit., p. 133; PORTERO HENARES, cit., p. 410; SIERRA LÓPEZ, cit., p. 207; PUENTE ABA, *Delitos*, pp. 436-438.

⁴¹ Esta sentencia fue posteriormente revocada por la STS 357/2004, que anula la condena por delito publicitario; no obstante, tal decisión no fue motivada por la imposibilidad de apreciar un concurso entre el delito contra la propiedad industrial y el delito publicitario, sino porque el TS consideraba que este último ya quedaba absorbido por la estafa concurrente en los hechos. Dada la diversidad de bienes jurídicos protegidos en el delito publicitario y en los delitos contra la propiedad industrial, hubiera sido posible apreciar esta situación concursal en el caso enjuiciado por la sentencia del Juzgado de lo penal nº 23 de Madrid 19/2001, en el que un individuo ofrecía sus servicios de intermediación financiera a través de una página web en la que mencionaba una marca de un conocido grupo empresarial del mismo ramo (el Tribunal entendió que la condena por delito contra la propiedad industrial ya abarcaba completamente el desvalor del hecho); vid. PUENTE ABA, “Comentario”, pp. 321-323.

potenciales adquirentes: se está ofertando en el mercado, a cambio de un precio, un bien nocivo para la salud⁴².

Puede ocurrir, no obstante, que además de mentir sobre los concretos aspectos relacionados con la salud a los que explícitamente se refieren los delitos contra la salud pública, la publicidad contenga otros datos falsos relativos a otras cuestiones, o incluso relativos a cuestiones que afectan a la salud pero que no aparecen previstas en la descripción típica de los artículos 359 y siguientes. En tales supuestos, la aplicación única del correspondiente delito contra la salud pública no abarcaría todo el desvalor del hecho, y por consiguiente debería apreciarse un concurso de delitos: se aplicará el delito contra la salud pública y, cumulativamente, el delito publicitario, que abarcará la afectación de los intereses económicos de los consumidores derivados de la falsedad relativa a aspectos no recogidos en el tipo contra la salud pública⁴³.

⁴² Vid. PUENTE ABA, *Delitos*, p. 429.

⁴³ Vid. PUENTE ABA, *Delitos*, pp. 430 y ss.