

REFLEXIONES SOBRE EL DELITO DE PUBLICIDAD FALSA DEL ART 282 DEL CP.

D. Rafael López Guarnido
Abogado. Director Departamento Penal de HispaColem.

1.-Introducción:

En nuestro ordenamiento jurídico, la relación autónoma entre el Derecho Penal y el mundo de la publicidad nace el 24 de Mayo de 1996, momento en que entró en vigor el actual Código Penal, cuyo artículo 282 establece que el fabricante o comerciante que en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, haga alegaciones falsas o manifieste características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a dieciocho meses¹. Hasta entonces, la publicidad privada sólo había tenido relevancia penal, aunque en pocas ocasiones, cuando era utilizada para obtener, con engaño, una disposición patrimonial de sus destinatarios, constituyendo un delito de

estafa del artículo 528² del Código Penal de 1973. Se producían así condenas penales en las que si bien se entendía que *“la publicidad comercial e incluso la que no lo es, conlleva casi siempre un mensaje que no responde íntegramente a la verdad y que la exageración suele ser nota dominante”*³, cuando ese nivel de tolerancia se excedía, mediante manifestaciones falsas determinantes del engaño en el destinatario del mensaje publicitario, que le llevaba a hacer una disposición patrimonial, esa publicidad engañosa se constituía en el vehículo de realización de la defraudación, dándose forma a un delito de estafa⁴.

¹.- El Vigente Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de Noviembre (BOE núm 281, de 24 de Noviembre), contiene en su Título XIII (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico); Cap. XI (De los delitos relativos a la propiedad Intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores); Sección 3ª (De los delitos relativos al mercado y a los consumidores), art 282, el denominado “Delito Publicitario”, o “Delito de Publicidad Falsa”. Art 282 C.P: *“Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a dieciocho meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos”*. Actualmente, y tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de Noviembre, producida el día 1 de Octubre de 2004, se ha modificado el citado artículo, aumentando la pena de multa que queda de *“12 a 24 meses”*.

².- Artículo 528 del Código Penal de 1973: *“Cometen estafa los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero.”*

³.- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de Octubre de 1988.

⁴.- En este sentido, podemos citar la Sentencia del T.S. (Sala de lo Penal), de 19 de Junio de 1991, en la que se manifiesta *“El ánimo de lucro determinó a través del engaño, y en perfecta relación causal, el grave perjuicio económico sufrido. El engaño fue el adecuado y proporcionado a la cultura y a la credibilidad de los defraudados, precisamente porque la suscripción anunciada, con evidente apariencia de realidad, de certeza y de verosimilitud supuso el cebo o señuelo de lo que no era más que una superchería, falacia o mendacidad. Viene aquí planteada la problemática que se deriva de la denominada publicidad engañosa. La veracidad en la publicidad, que directamente protege los intereses legales de los consumidores y usuarios, y el principio de legalidad, obligan a respetar las normas básicas e imprescindibles de la convivencia social por cuanto*

La principal novedad del artículo 282 del Código Penal, se encontraba en anticipar el reproche penal, conformando una conducta autónoma que no exige para su realización la producción de un efectivo perjuicio patrimonial; se dotaba así de individualidad y relevancia penal al mensaje publicitario falso cuando éste era susceptible de causar un perjuicio grave a los consumidores, a los que se protege en su derecho a la libre disposición patrimonial a través de una información veraz. Sin embargo, esto no suponía en absoluto una voluntad legislativa de eliminar, con la amenaza de la represión penal, el componente de exageración y sugestión que es consustancial al mensaje publicitario; ni tampoco significaba que se optara por la sanción penal de toda publicidad que no se adecuara exactamente a la realidad, vaciando de contenido los preceptos administrativos que hasta entonces la regulaban. Por un lado, al crearse la figura penal del delito publicitario, se partía de la existencia de un riesgo permitido, conformado por la denominada “*adecuación social*” de las conductas, en cuya virtud, y sobre la base de ese carácter persuasivo de la publicidad, determinados mensajes publicitarios, como alabanzas genéricas al producto, juicios de valor o exageraciones sobre las verdaderas cualidades del producto, en cuanto no pueden ser sometidos a un estricto juicio de veracidad, y en tal medida no condicionan la decisión del consumidor, que las conoce como prácticas habituales, aun pudiendo ser en un principio

que su quebranto puede incidir en el ámbito de la jurisdicción penal. Dentro de la órbita del Tribunal de Defensa de la Competencia por lo que respecta a la competencia ilícita o desleal, el artículo 3 de la reciente Ley de la Publicidad, de 11 de noviembre de 1988 (RCL 1988/2279) define la publicidad engañosa como la que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios. La publicidad por falsa, desproporcionada o desleal puede conculcar preceptos concretos del Código Penal. Como aquí acontece, prescindiendo de otros ámbitos jurisdiccionales, naturalmente cabe que la publicidad constituya el medio idóneo para con el engaño originar el fraude económico, por el cauce de la estafa ahora contemplada, ya que el delito publicitario en sí no deja de ser sino una utopía sólo recogida en el artículo 342 del Anteproyecto de 1980 o en el 279 del Proyecto de 1983.”

típicas, son consideradas correctas por la sociedad en su conjunto o en su mayoría, de forma que no dan lugar a responsabilidad penal⁵. Por otro lado, el principio de “*ultima ratio*” penal, imponía al delito publicitario la necesidad de constituirse en la última reacción punitiva a las infracciones en el mundo de la publicidad, prevista sólo para los supuestos más graves, y manteniéndose dentro del ámbito sancionador del derecho administrativo, aquellas conductas de publicidad falsa que tuvieran una menor lesividad para el bien jurídico protegido.

Sin embargo, como la mayoría de los delitos complejos -entendiendo por tales aquellos que regulan una realidad social pluridisciplinar, que requiere la ayuda de numerosa normativa extrapenal, que contiene elementos valorativos sobre la gravedad del perjuicio y que son producto de una determinada voluntad legislativa cuestionada desde su inicio-, el enunciado de la conducta definida como delito de publicidad falsa sugiere más interrogantes que soluciones. Así, de la lectura del delito contemplado en el artículo 282 del Código Penal, surgen preguntas tales como: ¿qué entiende el legislador penal por fabricante o comerciante a efectos del delito de publicidad falsa?; ¿engloban estos conceptos a cualquiera que fabrique o comercialice un producto o servicio, o exige una habitualidad en dicha actividad?; ¿pueden cometer el delito las agencias de publicidad que elaboran y difunden ésta contratados por el fabricante o comerciante?; ¿qué concreta actividad se define como publicidad?; ¿se incluye en ella la realizada entre fabricantes dentro de un mismo proceso de producción, o por el contrario sólo sanciona la dirigida al consumidor final?; ¿se incluye cualquier mensaje destinado a provocar la adquisición de un bien o servicio, o sólo aquellos mensajes publicitarios que adopten

⁵.- Sobre la adecuación social en los delitos contra los consumidores, y particularmente en el delito de publicidad, es interesante ver el detallado estudio realizada por Patricia Faraldo Cabana. “Consentimiento y Adecuación Social en los delitos contra los consumidores”. Incluido en “Sistema Penal de Protección del mercado y de los consumidores”. Tirant lo Blanch. Valencia 2002.pg 158-186.

una determinada forma o sean difundidos de una determinada manera?; ¿a qué se refiere el legislador cuando prohíbe las alegaciones falsas y las manifestaciones inciertas?; ¿a toda valoración sobre el objeto de la publicidad, incluidas las exageraciones, o sólo a los datos objetivamente evaluables?; ¿cuál es el perjuicio potencial que se exige, se refiere a cualquier perjuicio, a aquellos de naturaleza patrimonial, a los concernientes a la salud?.

Desde mi posición de abogado, en el presente trabajo no pretendo aportar una visión doctrinal del delito de publicidad falsa, sobre el que existen numerosos y brillantes estudios, sino únicamente recorrer sus elementos y exponer algunas reflexiones sobre los interrogantes generados y las soluciones aportadas por algunas de las escasas Sentencias que hasta la fecha lo han abordado, deteniéndonos también en cuestiones de gran relevancia práctica como su penalidad y concurrencia junto a otras figuras penales. Hay que tener en cuenta, a la hora de su interpretación, que la complejidad surgida de la redacción del delito de publicidad, se ve incrementada por tres factores: en primer lugar, su mínima incidencia en la práctica judicial, lo que no nos permite contar, tras nueve años de vigencia, con una base de resoluciones judiciales que guíen la correcta interpretación del tipo; en segundo lugar, la muy abundante casuística generada por la complejidad del fenómeno publicitario, que hace que surjan infinidad de opciones o supuestos necesitados de una respuesta interpretativa del tipo penal; y por último, la pena menos grave con la que se sanciona el delito publicitario, lo que provoca su difícil acceso a la casación penal, con lo que el Tribunal Supremo, máxime interprete de la legalidad ordinaria, no tiene la oportunidad -al menos inicialmente y a salvo de la concurrencia del delito de publicidad falsa en unión de otros de pena mayor que sí franqueen el acceso a la Casación Penal-, de pronunciarse sobre la concreta integración de los elementos del tipo penal, quedando así abierta la posibilidad a pronunciamientos contradictorios de las distintas Audiencias Provinciales.

Obviamente, la violenta reacción legislativa que supone la creación de un nuevo

delito, es tributaria de un momento histórico-social y legislativo concreto, sin el cual es inexplicable su existencia, y en el caso del delito de publicidad falsa, el mismo se muestra como el último escalón de una pausada evolución legislativa pluridisciplinar de protección de los consumidores, nacida de la Constitución, conducida de la mano de la normativa comunitaria y a remolque de la realidad social y económica que supone el mundo de la publicidad, su evidente dinamismo y su tremenda repercusión en las relaciones económicas y sociales, cuya última muestra la ha supuesto la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, utilizando aquí el legislador la publicidad como herramienta para la concienciación social, y prohibiendo en la misma la utilización de cualquier contenido susceptible de generar directa o indirectamente una imagen de desigualdad entre el hombre y la mujer⁶.

Como hemos dicho, el artículo 282 del Código Penal. anticipa el reproche penal al momento de puesta en peligro de los intereses de los consumidores, desligándolo así del delito de estafa, y configurando un delito autónomo que ha sido denominado doctrinal y jurisprudencialmente como “delito publicitario”, “delito de publicidad fraudulenta”, “delito de publicidad engañosa” o, más correctamente, como “delito de publicidad falsa”⁷. Partiendo

⁶.- Tal y como recoge la exposición de motivos de la citada Ley Orgánica 1/2004 de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, “*En el campo de la publicidad, ésta habrá de respetar la dignidad de las mujeres y su derecho a una imagen no estereotipada, ni discriminatoria, tanto si se exhibe en los medios públicos como privados. De otro lado se modifica la acción de cesación o rectificación de la publicidad legitimando a las instituciones y asociaciones que trabajan a favor de la igualdad entre hombre y mujeres para su ejercicio*”.

⁷.- Aunque en algunos pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales se usa la expresión “publicidad engañosa”, considero más apropiado el término “publicidad falsa”, precisamente por oposición a la considerada engañosa, pues esta última supone una concepción subjetiva de la publicidad que no es la recogida en el tipo penal.

de que el artículo 282 del Código Penal ha sido cuestionado desde un primer momento sobre la oportunidad de su existencia, y de que su redacción le hace acreedor del auxilio de la regulación extrapenal de la publicidad para su efectiva comprensión y aplicación, la mejor manera de afrontar su análisis es, probablemente, recopilar esta realidad normativa extrapenal de la publicidad.

2.- Normativa reguladora de la publicidad y antecedentes del delito.

El primer antecedente directo del art. 282 C.P, y por lo tanto, el primer intento legislativo de otorgar protección penal a los consumidores frente a la publicidad falsa, se encuentra en el Proyecto de Código Penal de 1980⁸, y representaba un atrevido avance

⁸.- El artículo 342 del Proyecto de Código Penal de 1980, que se presenta como antecedente primero del vigente artículo 282, exponía: *“El que intencionadamente hiciere en la actividad publicitaria falsas alegaciones sobre la naturaleza, composición, origen o cualidades sustanciales de los productos o servicios anunciados, capaces por sí mismas de inducir a grave error al consumidor, será castigado con la pena de multa de tres a veinticuatro meses. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando se tratase de publicidad de sustancias alimenticias, medicamentos, viviendas y otros objetos de primera necesidad.”*. Con posterioridad, la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, establecía la tipificación de estas conductas en su artículo 279, el cual carecía de variaciones sustanciales sobre su antecesor. Será el Proyecto de Código Penal de 1992, seguido por los del 1994 y 1995, con pequeñas modificaciones, el que introduzca las variaciones del citado tipo penal, formulando una regulación casi idéntica a la recogida en el actual artículo 282. En concreto, el artículo 287 del Proyecto de 1992, establecía: *“Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a dieciocho meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hicieren alegaciones falsas o manifestaran características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan perjudicar notoriamente a los consumidores o a los demás concurrentes en el mercado, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos.”*

dado que en aquel entonces, este intento legislativo sólo aparecía acompañando por el hoy derogado Estatuto de la Publicidad, siendo precisamente en la década de los años ochenta cuando se produce la formulación de los principales textos normativos en la materia, hasta crear una abundante normativa de derecho público y privado, que articulaba una serie de vías para la resolución de conflictos surgidos en torno a la publicidad ilícita y desleal. Como primer antecedente normativo, al que ya nos hemos referido, se encontraba el Estatuto de la Publicidad, aprobado por la Ley 61/1964 de 11 de Junio, el cual afrontaba la publicidad desde la perspectiva de la defensa de la competencia sin apenas atención a los derechos de los consumidores. Posteriormente, la entrada en vigor de la Constitución de 1978, da un cambio radical a los conceptos sobre publicidad ilícita afrontados en dicho Estatuto. En el citado texto constitucional, la denominada Constitución Económica, da un papel prioritario a la satisfacción de los intereses generales (artículos 38, 128 y 138 CE), así como, en su artículo 51, de gran importancia en la evolución normativa posterior del fenómeno de la publicidad ilícita, da un mandato expreso a los poderes públicos de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Como primer desarrollo de dicho mandato legal, se promulga la Ley 26/1984 de 19 de Junio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Paralelamente, y dentro del ámbito europeo, surge la Directiva del Consejo 84/450/CEE, de 10 de Septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa. Dos años después, y con origen en el mandato constitucional y en la anterior Directiva, se produce la derogación del Estatuto de Publicidad y la promulgación de la Ley 34/1988 de 11 de Noviembre, General de Publicidad.

La Ley General de Publicidad, tras definir la Publicidad de forma amplia en su artículo 2, establece en el título II un catálogo

sobre los que se considera “*Publicidad Ilícita*”. Así en su artículo 3, considera “*Ilícita*”: “a) la *publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer*”; b) la *Publicidad engañosa*; c) la *Publicidad desleal*; d) La *publicidad subliminal*; e) la que *infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios*.”. A continuación, artículo 4, define como “*publicidad engañosa*”, “*la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a errores a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a un error de los destinatarios*.”. Esta regulación de las distintas formas de publicidad ilícita, contempla la publicidad falsa como la forma más grave de la publicidad engañosa, con la que sin embargo no se identifica totalmente, dado que la publicidad engañosa regulada en la L.G.P. incide en la capacidad de inducir a error en sus destinatario, mientras que la publicidad falsa recogida en el tipo penal, se sustenta en la falsedad objetiva de sus manifestaciones, criterio éste último que, como veremos al analizar la conducta típica del delito de publicidad falsa, es el que cualifica y dota de mayor relevancia a la conducta que se sanciona penalmente.

Como mecanismo de reacción ante esa publicidad ilícita, y por tanto también a la publicidad engañosa, la Ley General de Publicidad prevé, en sus artículos 25 y siguientes, un proceso especial para el ejercicio de cesación y rectificación de la publicidad, acciones que por expresa disposición del artículo 32, son compatibles con el ejercicio de acciones civiles, penales, y administrativas en materia de publicidad. En lo que respecta al ámbito del Derecho Público, el Ordenamiento Jurídico Español, contiene múltiples respuestas a la publicidad ilícita, como la ya citada Ley General para la Defensa

de los Consumidores y Usuarios o la Ley de Defensa de la Competencia.⁹

Por último, y en el ámbito de la resolución de conflictos derivados de la publicidad, debemos citar la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, creada el 13 de junio de 1995 bajo la denominación de Asociación de Autocontrol de la Publicidad y a cuya revista se dirige la presente comunicación .

En definitiva, puede afirmarse que de forma previa a la entrada en vigor del texto penal de 1995, existían ya una serie de mecanismos de reacción de derecho privado y público que otorgaban una protección suficiente, al menos teóricamente, a los consumidores. Se contaba así, dentro de este catálogo normativo de respuestas legales a los conflictos surgidos del ámbito publicitario, con las acciones de cesación y rectificación fijadas en la Ley General de Publicidad, unidas, en su caso, al resarcimiento de daños y perjuicios irrogados por la misma y determinado por la responsabilidad civil extra contractual; igualmente de naturaleza privada, existían las acciones derivadas de la integración publicitaria del contrato, teoría consistente en considerar añadidas al contenido del contrato las cláusulas o condiciones que estableciera la publicidad que motivó su perfección; en lo que respecta al Derecho Administrativo sancionador, pueden señalarse las contempladas en la Ley de Defensa de la

⁹.- La Ley 26/1984 de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, dentro del capítulo III, recoge en su art. 8, que la publicidad falsa o engañosa será perseguida y sancionada administrativamente como fraude, a la vez que se otorga al contenido del mensaje publicitario el valor de cláusula contractual. Con ello el engaño publicitario puede constituir un ilícito administrativo.

Por su parte, la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, establece, en su artículo 7, los supuestos de falseamiento de la libre competencia mediante actos desleales, siendo así posible que los actos de publicidad desleal y de publicidad engañosa que resulten por ello desleales, en tanto prácticas restrictivas de la competencia pueden ser conocidos por el Tribunal de Defensa de la Competencia, Autoridad Administrativa independiente creada por la propia Ley.

competencia, para los casos de publicidad engañosa y desleal a un tiempo, y las establecidas por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, todo ello sin olvidar las sanciones administrativas establecidas por las diversas normativas autonómicas de protección de los consumidores y las consecuencias de la sujeción al sistema de autorregulación que hemos mencionado.

Esta existencia previa de una normativa abundante que regulaba distintas formas de prevención y reproche de conductas publicitarias ilícitas, y que otorgaba ya un importante nivel de protección a los consumidores, hace necesario interrogarse sobre la oportunidad de este nuevo tipo penal. Fijando la mirada en los países de nuestro entorno internacional, de obligado referente en cualquier novedad legislativa, puede comprobarse que en los mismos existe una tradicional represión del delito publicitario, si bien mediante la opción de ubicar el mismo en una ley especial fuera del Código Penal, tal y como ocurre en la legislación Alemana, Francesa, Austriaca, Suiza y Portuguesa¹⁰, lo que obviamente aporta un punto de vista favorable a su creación. Sin embargo, si se percibe el delito penal como una consecuencia directa de la inadecuación del resto del ordenamiento jurídico para la prohibición y sanción de determinadas actividades, su necesidad no deja de ser un reflejo de la inoperancia del resto del sistema jurídico, y en estos supuestos, su valoración, aunque igualmente nos lleve a su necesidad, es negativa, entre otras cosas porque el motivo de la insuficiencia del resto del ordenamiento radica no en la inexistencia de normativa, sino en la incorrecta utilización de la misma¹¹. No

¹⁰ .- Un detallado estudio de la legislación de estos países sobre la publicidad y el delito publicitario puede encontrarse en “El nuevo delito publicitario (art 282 del Código Penal)”. Isabel Sánchez García. Actualidad Penal, nº 25/ 16-22 de Junio.

¹¹ .- Según Muñoz Conde, este nuevo tipo penal es innecesario, pues “*en realidad, en el art. 282 se tipifica una tentativa de estafa o, por lo menos, un acto preparatorio de la misma que incluso debería quedar fuera del ámbito de intervención del Derecho Penal, siendo suficiente para su castigo con las sanciones administrativas que, por lo*

obstante, como afirma Hernández Plasencia, hoy domina la opinión doctrinal de que la intervención del Derecho Penal en el ámbito socio-económico y concretamente en relación con la publicidad engañosa, no sólo resulta justificada sino necesaria.¹².

3º.- Elementos del delito:

Del estudio de la Jurisprudencia del T.S. sólo nos consta la existencia de una Sentencia que afronte el delito de publicidad del artículo 282 C.P. (Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, 357/2004 de 19 de Marzo)¹³. En la citada resolución, de una

demás ya existen”, criticando esta opción penal pues considera que en estos casos “*el derecho penal pasa a ocupar un papel preventivo más afín al derecho administrativo, con el que puede confundirse, cuando no utilizarse como pretexto para ocultar los déficits de funcionamiento de los sistemas de control administrativo, mucho más eficaces cuando se emplean correctamente y a tiempo.*” “Derecho Penal. Parte Especial.” Undécima Edición. Editorial Tiran Lo Blanch. Valencia 1996. pg 443.

¹² .- “El delito Publicitario”, J. U. Luis Hernández Plasencia, Actualidad Penal n º48/ 29 Diciembre 1997-4 Enero de 1998.

¹³ .- El que el Tribunal Supremo sólo se haya pronunciado en una ocasión sobre el delito de publicidad falsa, se debe, aparte de a la mayor o menor incidencia de este delito en la realidad social, al hecho de que al no ser la pena prevista para el mismo superior a cinco años, su enjuiciamiento recae en los Juzgados Penales (artículo 14.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y la revisión de sus sentencias a través del Recurso de Apelación, será conocido por las Audiencias Provinciales (artículo 790.1 l.e.crim.), contra cuyas resoluciones no cabrá recurso alguno, salvo en los supuestos extraordinarios de revisión y de Sentencias dictadas en ausencia del acusado (artículo 792.3. l.e.crim.); por lo tanto, en principio está vedado el acceso de este delito al Tribunal Supremo a través del Recurso de Casación. De esta forma, y tal como ocurrió en el caso citado, el Tribunal Supremo sólo podrá pronunciarse sobre este delito cuando el mismo se encuentre relacionado con otro cuya pena sea superior a cinco años y provoque así el enjuiciamiento en primera instancia por la Audiencia Provincial, accediendo

gran complejidad, el Tribunal Supremo abordaba los Recursos de Casación interpuestos por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular contra la Sentencia de instancia dictada por la Sección Única de la Audiencia Provincial de La Rioja (Sentencia nº 17/2003 de 12 de Febrero), la cual, pese a que las acusaciones perseguían un delito de estafa, condenaba a los acusados como autores de un delito de publicidad falsa del artículo 282 del Código Penal, en grado de tentativa; y estimando los citados recursos, el Tribunal Supremo revoca la Sentencia y estima la existencia de un delito de estafa en lugar de un delito de publicidad falsa. Simplificando los hechos, a efectos de su mejor comprensión, y adelantando que del estudio conjunto de ambas resoluciones pueden sacarse los mejores y casi únicos argumentos jurisprudenciales en torno a la interpretación del delito de publicidad falsa, se trataba de un supuesto de embotellamiento de vino con etiquetas y precintos falsos de la denominación de origen de la Rioja, vino que en tal medida era de menor calidad al que aparentaba con las etiquetas y precintos, parte del cual fue exportado y vendido en Alemania, y otra parte fue intervenido en las instalaciones de la empresa de los acusados. Como decimos, el Tribunal que juzgó los hechos en primera instancia, fue la Audiencia Provincial de la Rioja, dado que el delito perseguido era una estafa agravada cuya pena en abstracto determinaba esta competencia objetiva y daba así acceso a la posterior casación. Este Tribunal, consideró que los hechos constituían un delito de publicidad falsa en grado de tentativa y un delito de utilización fraudulenta de denominación de origen del art. 275 del Código Penal, ambos en relación de concurso de delitos de carácter medial, por lo que impuso la pena de veinticuatro arrestos de fin de semana por el primer delito, y seis meses de prisión por el segundo. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera, en esencia, que la acción principal, al haberse realizado la efectiva adquisición de los productos en Alemania y, en tal medida, haberse producido un perjuicio real por la publicidad falsa, al ser la falsedad y la publicidad las únicas vías de engaño, constituye un delito de Estafa, y en tal

su revisión a la casación penal por vía de los artículos 847 y ss. L.e.crim.

medida, y al entender que existen igualmente los delitos de utilización ilegítima de denominación de origen y falsedad de certificados, en concurso ideal entre sí, y además en concurso ideal medial con la estafa, condena a la pena de tres años de prisión.

Aunque en la citada Sentencia, el Tribunal Supremo no aborda las principales cuestiones surgidas en la interpretación de este tipo penal, sí realiza una enumeración de sus elementos, por lo que vamos a servirnos de esta enumeración a modo de hilo conductor para el análisis de la conducta penal.

3.a.-Sujeto activo del delito: “*El sujeto activo ha de ser un fabricante o comerciante*”.

El Tribunal Supremo, al resolver el supuesto concreto, no ahonda en la problemática surgida por esa delimitación subjetiva (ni tampoco lo hace la Audiencia Provincial en la Sentencia de Instancia), más allá de señalar la obviedad jurídico doctrinal de que se trata de “*un delito especial propio*”; sin embargo, como ya hemos anticipado, los primeros problemas que plantea la correcta interpretación de este tipo penal surgen, precisamente, de la exacta delimitación de las personas que pueden cometer el delito.

Dado que el legislador define la cualidad para ser sujeto activo con los conceptos de “*fabricante*” o “*comerciante*”, sólo podrán cometer el delito aquellas personas que reúnan esta condición, para lo cual, deberá delimitarse exactamente su contenido, atendiendo a la integración de estos conceptos por la normativa extrapenal.¹⁴

¹⁴ Sobre la corrección de estos términos para definir al sujeto activo del delito publicitario, es interesante la propuesta de Manuel Portero Henares, que considera que la introducción del término “*fabricante*” era innecesaria al quedar cubierta por el de “*comerciante*”, si bien considera más adecuado haber sustituido ambos conceptos por el de “*empresario*,” más acorde el derecho del mercado actual. “El delito publicitario en el Código Penal Español”. Manuel Portero Henares. Tiran-Monografías 319. Tiran lo Blanch, Valencia 2004.

Según María Del Mar Carrasco Andrino¹⁵, por “fabricante”, debemos entender “al productor o elaborador de cualquier clase de bienes (muebles o inmuebles, productos manufacturados a naturales), abarcando en consecuencia al sujeto que produce materias primas, al agricultor, al constructor, etc.” y “comerciante”, según la misma autora, y sirviéndose de la definición legal del artículo 1 del Código de Comercio, serían “los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente”. Esta autora considera que la voluntad del legislador, al incluir ambos conceptos es referirse a distintas formas de intervención en el mercado, lo que permitiría incluir a los profesionales liberales, artesanos y agricultores, que no entran dentro del concepto legal de comerciante ofrecido por el Código de Comercio, por lo que de no haberse incluido el término “fabricante” dentro del tipo penal quedarían fuera de su ámbito subjetivo de comisión, sirviéndose así de este argumento para abundar en la incriminación de la publicidad realizada por el fabricante y destinada al comerciante del producto, supuesto que como veremos al analizar los sujetos pasivos, es igualmente fruto de discrepancias doctrinales. Sin embargo, otros autores consideran que el legislador, al diferenciar entre fabricantes o comerciantes, está duplicando innecesariamente la cualidad del sujeto activo del delito, al entender que el fabricante no sería más que una clase de comerciante. Con independencia de lo anterior, la duplicación de términos lleva a concluir que es sujeto activo aquel que interviene en el mercado en las fases de elaboración, producción, o comercialización, pero siempre desde una óptica de habitualidad o profesionalidad, pues a pesar de que no se explicita, es la profesionalidad en el desarrollo de la citada actividad lo que la caracteriza, de forma que puede afirmarse que no sería típica la conducta de quien ocasionalmente anuncia o da una cierta publicidad a algún objeto de su propiedad. Pensemos así en el particular que ofrece en un medio de difusión de compraventa de

segunda mano un bien de su propiedad sobre el que realiza alegaciones o manifestaciones falsas. Obviamente, ese simple hecho no le convierte en comerciante o fabricante a efectos del tipo penal, amén de que principios como el de intervención mínima del Derecho Penal, lesividad y proporcionalidad, hacen impensable sancionar como delito dicha conducta.

Sin embargo, el mayor problema sobre la determinación del sujeto activo del delito publicitario, lo encontramos en establecer si es posible que los responsables de las agencias de publicidad y los medios de comunicación pueden ser autores o partícipes del delito, un debate dotado de gran repercusión pues es difícil concebir la realidad de la actividad publicitaria sin la interacción del anunciante con la agencia de publicidad que elabora o ejecuta la promoción de la publicidad, y con el medio de difusión donde ésta se realiza. Esta cuestión, no resuelta por la Jurisprudencia, tampoco es unívoca en la doctrina. Mientras algunos autores entienden que no hay obstáculo alguno para considerar a los responsables de la agencia publicitaria o los medios de difusión como sujetos activos del delito, por entender que los mismos tienen cabida dentro del concepto económico de comerciante utilizado en el tipo penal, y que esto no contradice el principio de legalidad pues, como dice Juan María Terradillos Basoco, el delito alude a “sus ofertas o publicidad de productos o servicios, no a ofertas o publicidad de sus productos o servicios”¹⁶; otros consideran que sólo podrán

¹⁵ - “La publicidad engañosa y el derecho penal (una aproximación al tipo del artículo 282 del C.P.)”. María del Mar Carrasco Andrino. Ediciones Revista General del Derecho. Valencia 2000.

¹⁶ Juan M^a Terradillos Basoco considera que no existe razón alguna que avale que se destipifique a título de autoría la publicidad que proviene de los profesionales de la publicidad, aportando que “esta deficiencia podría superarse entendiendo que, en sentido amplio, el término fabricante-que abarca la empresa fabricante-debe incluir el departamento de publicidad de la propia empresa y que el término comerciante engloba también a los publicitarios que al fin y al cabo, comercian con la información publicitaria.”. Con esta interpretación, como continúa exponiendo el citado autor, no se afectaría al principio de legalidad dado que las ofertas o publicidad pueden serlo de productos o servicios propios o ajenos. “El delito de publicidad engañosa”. Incluido en “Sistema Penal de

tener responsabilidad penal como inductores, cooperadores necesarios o cómplices. Sin embargo, surge entonces el problema planteado sobre si es de aplicación al delito del artículo 282 del Código Penal, lo previsto en el artículo 30 del mismo texto penal, que regula los delitos cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánica, pues de ser así, y tal y como manifiesta Hernández Plasencia¹⁷, el delito publicitario carecería de operatividad práctica, al contemplar el citado artículo 30 la exclusión de la complicidad y de los que hubieran favorecido personal o realmente el delito y establecer un sistema de responsabilidad penal escalonada y excluyente que elimina la posibilidad de incluir en el mismo, salvo por vía de la inducción, a los sujetos activos del delito, comerciantes y fabricantes. Esto ha provocado que se haya tratado de dar una interpretación del artículo 30 del Código Penal que no permita incluir en él al delito de publicidad falsa del artículo 282, al considerar que es la única vía de encontrar un ámbito de vigencia real a dicho delito.¹⁸

3.-b.- Sujeto pasivo y bien jurídico protegido: “El sujeto pasivo tiene carácter colectivo, los consumidores, según el propio texto del precepto. La conducta delictiva ha de dirigirse a una pluralidad de personas en esa perspectiva propia del delito de peligro que no exige para la consumación del delito perjuicio concreto.”

Al referirse a los sujetos pasivos como sujeto colectivo, “los consumidores”, el T.S. está definiendo a los titulares del bien jurídico protegido. Sin embargo, tampoco se pronuncia sobre el concreto bien que en relación a los consumidores se protege. Esta cuestión posee

Protección del mercado y de los consumidores”. Tirant lo Blanch. Valencia 2002.pg 77.

¹⁷ .- En este sentido, Hernández Plasencia, J.U, Actualidad Penal n °48/ 29 Diciembre 1997-4 Enero de 1998.

¹⁸ .- En este sentido, ver “La Publicidad engañosa y el Derecho Penal (una aproximación al tipo del art 282 del C.P.)”. María del Mar Carrasco Andriño. Ediciones Revista General del Derecho. Valencia 2000.

una gran relevancia práctica, pues a la hora de determinar si una conducta consistente en falsear un dato en la publicidad que afecta a la salud de los consumidores, puede integrar el delito del art 282 C.P., es esencial haber adoptado antes una postura sobre el bien jurídico protegido, pues si solo es el interés económico de los consumidores, esta conducta quedara extramuros del citado delito. Aunque en términos excesivamente amplios, la Audiencia Provincial de la Rioja, en la Sentencia que venimos comentando¹⁹, sí aporta un mayor detalle y concreta el bien jurídico protegido como el patrimonio de los consumidores o más concretamente, su libertad de disposición. Tampoco existe una clara dirección doctrinal a la hora de definir el bien jurídico protegido, pues si bien toda la doctrina coincide en su carácter de bien jurídico supraindividual y colectivo, difieren en el concreto objeto de esa protección. Así, aunque con ciertas discrepancias, la mayoría de la doctrina se inclina por entender que los bienes jurídicos afectados, una vez producida la vulneración del derecho a la información veraz en la publicidad, son de naturaleza patrimonial, con lo que la salud pública quedaría fuera de su protección.²⁰

Por su parte, algunas sentencias de las Audiencias Provinciales han afrontado una aproximación al bien jurídico protegido, acudiendo en su mayoría al concepto amplio y

¹⁹ .- Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja, nº 17/2003, de 12 de Febrero, Fundamento de Derecho Sexto: “el bien jurídico genérico está constituido por el patrimonio o, incluso, la libertad de disposición económica, como bien jurídico individual, que se pone en peligro, cuyo contenido concreto, puesto en peligro con el comportamiento descrito en el art. 282, constituye el bien jurídico protegido específico, identificado con el interés difuso del grupo colectivo de consumidores, concebido como un aspecto particular del orden global del mercado, a preservan en tanto en cuanto van ineludiblemente referidos a genuinos bienes jurídicos individuales o individualizables, como son el patrimonio o la libertad de disposición de las personas”

²⁰ .- “El delito de publicidad engañosa”. Incluido en “Sistema Penal de Protección del Mercado y los Consumidores”. Juan María Terradillos Basoco. Tirant Lo Blanch. Valencia 2002.

excesivamente vago de la defensa de los consumidores. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo núm. 34/2000 (Sección 1ª) de 15 de Diciembre, afronta la cuestión en su Fundamento de Derecho Tercero: *“Es esencial. A la hora de llevar a término cualquier interpretación del precepto legal no olvidar la perspectiva de los intereses socio-económicos colectivos de los consumidores cuya protección se pretende, configurada dicha conducta como un tipo de defraudación en el ejercicio de una actividad comercial relacionada especialmente con la publicidad al ofertar sus productos faltando mendazmente a la verdad, induciendo a engaño en los consumidores.”*; o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 828/2001 (Sección 7ª) de 8 de Noviembre, que en su fundamento de derecho primero, señala: *“el delito de publicidad engañosa, por primera vez introducido en nuestro ordenamiento jurídico a través del art 282 del C.P. de 1995; una modalidad delictiva que con el fin de tutelar el derecho a una información veraz en los consumidores, adelanta la barrera de protección al momento anterior a la producción del daño patrimonial individual, tutelando las legítimas expectativas del conjunto de los consumidores considerados con carácter general, y ello sin perjuicio de que operen las correspondientes normas concursales, caso de que el daño económico se haya efectivamente producido”*; o, por último, la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja, num. 17/2003 (Sección Unica), de 12 de Febrero, cuyo fundamento de derecho número sexto, establece: *“en este tipo de delito, en el que se intenta proteger los intereses de los consumidores.”*

Otra cuestión importante que surge en referencia a los sujetos pasivos del delito, es determinar a qué clase de consumidor se está refiriendo el legislador penal, es únicamente el consumidor final del bien o servicio, o por el contrario, se refiere a cualquier destinatario de la publicidad, y por tanto abarca también a aquellos que adquieren los bienes o servicios no para consumirlos directamente, sino para utilizarlos en la producción de otros. En relación a este problema, el T.S. en la Sentencia nº 357/2004 de 19 de Marzo que venimos comentando, aunque no se pronuncia directamente sobre el tema, sí parece admitir la posibilidad de que el delito se dé entre

fabricante como sujeto activo e importador como destinatario de la publicidad, pues aunque condena finalmente por un delito de estafa, tal y como ya hemos expuesto, parece admitir la anterior posibilidad al asumir la hipotética concurrencia de los elementos del delito de publicidad falsa, ratificando así esa posibilidad expresamente admitida por la Sentencia de Instancia que había dictado la Audiencia Provincial de la Rioja. En relación a la doctrina, tampoco existe unanimidad en este extremo. Aunque la mayor parte de los autores entienden que el sujeto pasivo sólo lo componen los consumidores finales del producto, comparto la opinión contraria y los argumentos expuestos al respecto por María Del Mar Carrasco Andriño, según los cuales, los destinatarios intermedios de los productos o servicios pueden ser sujetos pasivos del delito, por cuanto como destinatarios de una publicidad especializada, pueden sufrir un importante perjuicio por una publicidad falsa; porque la finalidad de protección de la norma penal, obliga a pensar que merece igual protección estos sectores intermedios, en los que la publicidad falsa puede afectar a la libre competencia; y por último, también abunda en esta opción interpretativa el hecho de que la introducción del término fabricante por el legislador, sería innecesaria sino se admitiera esta posibilidad.²¹.

3.c.- Conducta típica.- “la conducta delictiva exige la concurrencia de los requisitos siguientes: a) Que con relación a productos o servicios haya una publicidad o una oferta; b) Que esa publicidad u oferta se haga con falsedad: alegaciones falsas o manifestación de características inciertas sobre tales productos o servicios, nos dice el art 282. Este es el elemento central del delito, el que determina la antijuricidad del hecho.”

En este tercer elemento, el T.S. enuncia la conducta típica del delito, diseccionando la misma en torno a tres componentes o requisitos. En primer lugar, se exige que la acción se realice a través de una *“publicidad u oferta”*, lo que se constituye en

²¹ .- “La publicidad engañosa y el derecho penal (una aproximación al tipo del artículo 282 del C.P.)”. María del Mar Carrasco Andriño. Ediciones Revista General del Derecho. Valencia 2000.

presupuesto de realización de la conducta típica; en segundo lugar, y como objeto material de dicha publicidad u oferta, que la misma recaiga sobre “*bienes o servicios*”; y por último, que en dicha publicidad u oferta, se produzcan “*alegaciones falsas o manifestaciones de características inciertas*”.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja interpreta la acción típica como: “*todo tipo de comunicación o de exposición de características: textos orales, escritos, comunicaciones gráficas, sonidos, etc, siempre que dicha exposición pueda inducir a error a los destinatarios, es decir a los consumidores por tratarse de alegaciones o manifestaciones inciertas sobre las características del producto, entendidas como discrepancia fundamental con la realidad. (...) se engloba a todo tipo de comunicación de comunicación u oferta falsas, es decir, una oferta o comunicación falaz, y no una simple exageración comercial*”.

En la conducta típica el legislador ha incluido dos elementos normativos jurídicos de carácter extrapenal, como son los conceptos de “*publicidad*” y “*oferta*”²². Obviamente la inclusión de estos elementos normativos de carácter extrapenal en el tipo genera una inseguridad absoluta contraria al principio de legalidad y tipicidad (art 25.1 CE), que exigen certeza sobre el contenido de la Ley Penal, pues el mundo de la publicidad y la oferta mercantil posee un dinamismo y una pluralidad y variedad casuística de tal entidad, que la multitud y disparidad de posible supuestos a valorar genera una gran inseguridad jurídica.

La necesidad de delimitar el contenido penal de ambos conceptos nos lleva, de manera obligada al tratarse de un elemento normativo extra penal, a acudir al resto del ordenamiento para encontrar su contenido

²² .- La duplicidad de las vías o presupuestos de la conducta típica ha sido criticada por numerosos autores, que entienden que la solución recogida en los primeros antecedentes legislativos de este tipo penal (art 342 del Proyecto de 1980 y artículo 279 de la Propuesta de Anteproyecto de 1983), que aludía a la “*actividad publicitaria*” englobaba mejor las opciones de la actividad publicitaria y excluía los problemas generados con la duplicidad que supone diferenciar la oferta de la publicidad.

exacto, pero insistiendo que dicha técnica de remisión normativa no vincula sin embargo la exacta determinación del elemento de la norma penal, que sólo podrá ser definitivamente llenado por la Jurisprudencia, existiendo un amplio debate doctrinal sobre si el concepto jurídico-penal que requiere el delito del art 282, debe adecuarse de manera absoluta a la definición legal de publicidad contenida en la LGP, o por el contrario, debe elaborarse partiendo de esta definición pero redefiniendo algunos elementos de la misma.²³

Considero que, tal y como expone Manuel Portero Henares²⁴, el concepto jurídico de publicidad, al objeto de la remisión efectuada por el artículo 282 C.P, debe determinarse por la normativa extrapenal que define la publicidad, que estaría compuesta “*por sus fundamentos constitucionales; en segundo lugar por la definición explícita ofrecida por la Directiva 84/450 y de la que es tributaria, en tercer lugar, la definición de publicidad que realiza el artículo 2 de la Ley General de Publicidad*”. En concreto, el citado artículo de la L.G.P., define la publicidad como: “*Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o*

²³ .- Como expone J.U Hernández Plasencia, al aludir a las posturas de la doctrina sobre el contenido jurídico-penal del concepto de publicidad, “*se ha señalado que la configuración jurídica de la publicidad en normas extrapenales ha de constituir la base, pero no el concepto jurídico-penal de publicidad. Algunos autores, sin embargo, acogen prácticamente sin reservas el concepto de actividad publicitaria que establece la LGP para transplantarlo directamente al tipo penal del art 282; y otros finalmente operan, al menos aparentemente, con un concepto de publicidad obtenido al margen del establecido por la LGP.*”, si bien el citado autor, considera que “*en definitiva el concepto de publicidad que debe utilizarse en la interpretación del tipo penal no coincide formalmente con el de la LGP, al erradicar fuera del tipo la publicidad perjudicial para el competidor y la publicidad por omisión*”. “El delito publicitario”, Actualidad Penal, nº 48/29 Diciembre 1997-4 Enero 1998.-

²⁴ .- “El delito publicitario en el C.P. español”. Manuel Portero Hernández. Tirant Lo Blanch. Monografías.349.Valencia 2004. pg 296.

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”, y ésta es la definición de la que debe partir el tipo penal. Este concepto normativo de publicidad, caracterizado por su carácter comercial, comunicativo y persuasivo, si bien permite satisfacer inicialmente las necesidades delimitadoras del tipo, sin embargo no soluciona totalmente numerosos problemas puntuales de conductas publicitarias, como la denominada publicidad institucional, la publicidad política o propaganda, la campaña publicitaria, la telepromoción, la publicidad realizada en los puntos de venta, o el etiquetado y presentación de productos²⁵. Entre estos supuestos es de destacar, por la relevancia que ha tenido hasta la fecha, el etiquetado y presentación de productos como acto de publicidad susceptible de encuadrarse en dicho concepto jurídico y, en tal medida, integrar el presupuesto de la conducta típica del delito publicitario. Aunque identificado por algún sector doctrinal con el concepto de oferta, al que más adelante aludiremos, y dado la opinión de que el citado término duplica al más amplio de publicidad, entendemos que el etiquetado o presentación de productos posee las características que se han definido del acto publicitario, es decir, es un acto de comunicación, que se desarrolla en el ámbito comercial y que tiene una evidente finalidad de provocar la contratación del producto, y en tal medida es publicidad a los efectos penales que venimos comentando. En este sentido, podemos volver a auxiliarnos de la Sentencia de la Sección Única de la Audiencia Provincial de la Rioja, nº 17/2003, de 12 de Febrero, la cual entiende que el etiquetado de los productos es una vía más de las contempladas por el tipo penal para realizar el acto de publicidad y oferta de producto y, en definitiva, es un acto de comunicación, condenando por un delito de publicidad fraudulenta del art 282, al considerar que la información falaz contenida en el etiquetado de unas botellas de

vino colma las exigencias del tipo penal a estos efectos. Del mismo modo, la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Granada, nº 228/2000, de 3 de Abril, aunque absuelve del delito de publicidad fraudulenta, en un supuesto de rellenado y adulteración del contenido de botellas de conocidas marcas de bebidas alcohólicas, por entender que no se da el requisito de la posibilidad de causar un peligro grave y manifiesto a los consumidores, dada la entidad de la concreta acción examinada, sí contempla la posibilidad teórica de que dicha conducta colmara el resto de elementos del tipo, considerando en tal medida hábil como vehículo de realización de la oferta o publicidad fraudulenta el etiquetado de las botellas. Y por último, y en igual sentido, podemos citar la Sentencia de la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, núm 218/2002, de 11 de Noviembre, la cual, al resolver el Recurso de Apelación planteado, ratifica la Sentencia de Instancia, que condenaba como delito del artículo 282 del C.P. un supuesto en el que el etiquetado de unas botellas de aceite no coincidía con las características esenciales de lo envasado, exponiendo, con tremenda rotundidad: *“el carácter de la etiqueta como medio e instrumento destacado del hecho publicitario”*.

En relación al concepto de oferta, en realidad puede decirse que el legislador ha duplicado innecesariamente el concepto de publicidad, no aportando nada nuevo su inclusión en el tipo penal.

Como hemos dicho, el contenido de la oferta o publicidad, deben de ser *“bienes o servicios”*. Dicha precisión terminológica realizada por el legislador carece de relevancia porque, obviamente, el carácter comercial enunciado como definidor de la publicidad, hace que ésta deba versar sobre productos o servicios, entendidos estos en su concepción amplia.

Más problemas surgen con el núcleo de la conducta típica, lo que podríamos llamar la acción en sentido estricto, definida en la dicción legal del tipo como la realización de alegaciones falsas o la manifestación de características inciertas. En realidad, el legislador duplica, por una mera exigencia de estilo, los adjetivos *“falsas”* e *“inciertas”*,

²⁵ .- Sobre la forma de afrontar estas practicas publicitarias, desde el punto de vista de la interpretación legal del término publicidad, “El delito publicitario en el C.P. español”. Manuel Portero Hernández. Tirant Lo Blanch. Monografias.349.Valencia 2004. pg 303 y ss.

obligado por la opción de duplicar la conducta mediante la fórmula de definir el mensaje publicitario a través de la distinción entre alegaciones y manifestación de características, distinción que carece igualmente de relevancia pues en realidad lo que hace es duplicar artificialmente y extender un concepto que quedaría perfectamente delimitado con la expresión “manifestaciones”²⁶. Donde sí puede apreciarse una opción legislativa tributaria del principio de ultima ratio que preside el derecho penal, es en los términos falso e incierto, los cuales, por contraprestación al término engañoso, permiten concluir que la acción debe suponer una falsedad en sentido objetivo, es decir, comprobable con datos objetivos extraídos de la realidad, por oposición a la normativa extra penal, que prevé como publicidad ilícita, desde una óptica subjetiva, tanto la publicidad falsa como la meramente “engañosa”. Así, en la Ley General de Publicidad, la publicidad engañosa se define como la capacidad de inducción a engaño al destinatario de la misma; y en la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su artículo 8 se establece la prohibición de realizar publicidad falsa y engañosa. Se produce así una primera criba sobre la relevancia penal de la conducta, quedando la sanción penal únicamente para la protección de aquellos comportamientos más lacerantes o más violentamente atentatorios al bien jurídico protegido, es decir, a la publicidad objetivamente falsa, con independencia del nivel de inducción a engaño que la misma pueda generar, y a salvo siempre del segundo escalón impuesto a la conducta para alcanzar el reproche penal, su susceptibilidad para causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores.

²⁶.- En los textos legislativos primigenios de 1980 y 83, la conducta venía definida únicamente con el término “alegaciones”, lo que provocó un arduo debate doctrinal sobre si tal expresión, en su acepción estricta, se refería únicamente a la comunicación hablada o escrita, dejando por tanto al margen de la represión penal las importantes manifestaciones publicitarias de naturaleza gráfica o sonora, cuestión que ha quedado resuelta con la inclusión por el legislador de 1995 del término “manifestaciones”.

3.d.-Necesidad de un perjuicio grave y manifiesto para los consumidores: “Este artículo 282 exige la posibilidad de un resultado. Aparece definido como un delito de mera actividad y de peligro. Ha de entenderse, por las características del hecho, que de este comportamiento pueda derivarse un perjuicio grave y manifiesto para el citado sujeto pasivo; los consumidores, con lo cual quedan excluidos de esta clase de delito aquellos casos que por su menor entidad no merezcan la actuación del derecho penal. Perjuicio grave o manifiesto para los consumidores quiere decir aptitud para producir graves daños o perjuicios. Una limitación cuantitativa difícil de precisar, pero que en todo caso excluye las infracciones de poca importancia. Muchos pueden ser los criterios que cabe utilizar para medir y precisar este elemento cuantitativo: la clase de producto que se quiere vender o del servicio que se pretende prestar, pues no es lo mismo la publicidad de una promoción de viviendas que la de unos zapatos; el precio que se quiere obtener a cambio; el número de personas al que se quiere llegar con la publicidad; el medio de propaganda utilizado; la cualidad de los destinatarios del mensaje, particularmente su situación económica, etc.”

A pesar de que al enunciar este elemento, el T.S. llega a hacer una aproximación a los criterios a utilizar para determinar cuándo debe entenderse que la acción puede producir un perjuicio grave y manifiesto, sin embargo, tampoco afronta los problemas esenciales de interpretación que suscita la redacción del tipo penal. En concreto, el primer interrogante surge sobre la naturaleza del perjuicio. ¿Cubre la protección penal a los supuestos en el que el perjuicio grave y manifiesto fuera para la salud de los consumidores, o se limita a que se trate siempre de un perjuicio meramente patrimonial?. Como ya anticipamos al analizar el bien jurídico protegido por el delito de publicidad falsa, la solución a lo anterior vendrá dada por la opción asumida al definir el concreto bien jurídico cuya protección se regula. Así, entendiendo que el bien jurídico protegido son los intereses económicos de los consumidores, la posibilidad de un perjuicio

grave y manifiesto que recoge el tipo penal debe siempre versar sobre dicho interés económico y, en tal medida, tener naturaleza patrimonial. Se podrá objetar a esta solución el dejar fuera del amparo penal los ataques a un bien jurídico superior al interés económico de los consumidores, como es la protección de la vida o de la salud, pero en realidad, ya se otorga la suficiente protección penal a dichos bienes en los delitos relativos a la salud pública de los artículos 362 y 363 del C.P.

En lo referente a la condición de “grave y manifiesto” del perjuicio, lo primero que debe decirse es que se trata de un valor indeterminado, suficientemente genérico para hacer aparecer el fantasma de la apreciación subjetiva, enemigo frontal del sistema penal con el que sin embargo debe convivir, al ser la verdadera conclusión de todo enjuiciamiento penal una decisión personal, individual o colegiada, de un órgano judicial. La única herramienta con la que contamos para combatir estos elementos de inseguridad jurídica, es, de nuevo, la jurisprudencia creada en interpretación y desarrollo de este tipo de opciones legislativas. Así, en la Sentencia que estamos usando a modo de cicerone en el recorrido por el delito publicitario, el T.S. sí esboza los ámbitos de valoración para fijar esa gravedad que exige el tipo penal, pero dejando claro que estos criterios no son determinantes de manera individual o abstracta sino que deben valorarse en su conjunto y dependiendo siempre del caso concreto, sin que puedan hacerse valoraciones absolutas y apriorísticas al margen de cada situación concreta; es decir, que no se excluye en principio ningún bien o servicio, pues dependerá de la apreciación conjunta de varios criterios el que se aprecie o no esa potencial gravedad del perjuicio. El T.S elabora un listado de criterios que pueden sistematizarse en tres grupos: los que se refieren al objeto de la publicidad (tipo de bien o servicio y valoración económica del mismo); los que hacen alusión al medio de difusión y número de consumidores receptores del mensaje publicitario; y por último, los que conciernen al análisis del tipo de consumidor y su situación, no siendo igual la publicidad dirigida a adultos sobre juguetes infantiles, que la publicidad dirigida a niños sobre juguetes que ellos mismos puedan adquirir. Surge aquí la polémica del “consumidor medio”, que deberá valorarse en cada ámbito publicitario

para interpretar ese potencial perjuicio, entendiéndose que no será sino la resolución del caso concreto, conforme a criterios de experiencia, principio valorativo penal, la que ira desgranando en cada caso y conforme a cada grupo de consumidores esa valoración media que junto al objeto de la publicidad, y al medio de difusión, deberá determinar si existe o no la potencial gravedad del perjuicio y en tal medida, la incursión del derecho penal en la conducta publicitaria.

A modo de ejemplo sobre la valoración del citado perjuicio, podemos citar algunas conductas enjuiciadas por las Audiencias Provinciales. En concreto, y como supuesto en el cual se consideró que no concurría esa posibilidad de un perjuicio grave y manifiesto, podemos citar a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Granada, en su Sentencia núm. 228/2000 de 3 abril, en la que se consideraba que un supuesto en el que los acusados adulteraban el contenido original de determinadas bebidas alcohólicas, dada la pequeña entidad de la acción, si bien se colmaban el resto de elementos del tipo, no concurría la gravedad exigida por el tipo penal, absolviendo en tal medida del delito del artículo 282 .C.P.; por su parte, y en el mismo sentido, la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos, núm. 15/2005, de 11 de Abril, al afrontar el enjuiciamiento de un supuesto delito de publicidad fraudulenta por el hecho de que una compañía funeraria mantuviera en el escaparate exterior de sus oficinas el nombre de una cofradía, cuando ésta había cesado ya en el concierto que tenía con la funeraria, no puede constituir el supuesto típico del artículo 282 del Código Penal, porque aparte de otras consideraciones, “*el mero hecho de que el nombre de la Cofradía acusadora se encuentre en el escaparate de la parte acusada, no puede constituir un delito de publicidad engañosa con un perjuicio grave o manifiesto, pues el perjuicio, de existir, no es grave o manifiesto para los consumidores.*”; por otro lado, y como ejemplo de supuestos en los que sí se apreció ese potencial perjuicio, podemos citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real núm. 218/2002 (Sección 2ª), de 11 de Noviembre, que al confirmar la Sentencia condenatoria de instancia, manifiesta, en un supuesto en el que el contenido de las botellas de aceite no era el

reflejado en las etiquetas, que “con independencia de la ausencia de acreditación exacta de la proporción de la mezcla de los aceites, es lo cierto que el etiquetado no coincidía con las características esenciales de lo envasado, conducta recayente sobre un producto de primera necesidad y en una magnitud cuantitativa elevada (85.265 litros), que necesariamente tenía suficiente potencialidad para poder causar un grave y manifiesto perjuicio a los consumidores.”; y en el mismo sentido, la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Granada, núm. 383/2002 de 28 de Junio, en la que se desestimaban los recursos planteados y en tal medida se confirmaba la condena de instancia que sancionaba, como delito de publicidad falsa, un supuesto en el que se publicitan unos estudios con el reclamo inveraz de su homologación por una universidad extranjera.

Debemos insistir en la terrible inseguridad que este elemento genera, al depender de una apreciación valorativa sobre el posible perjuicio a los consumidores, pudiendo provocar interpretaciones contrapuestas sobre un mismo caso, tal y como efectivamente ha ocurrido en relación al supuesto de rellenado de botellas de vino con uno de menor calidad al que se especificaba en la etiqueta, al que ya nos hemos referido en el presente trabajo, y que si bien, y según la sentencia de instancia dictada Audiencia Provincial de La Rioja 17/2003 de 12 de Febrero, suponía la existencia de ese posible perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, por el Tribunal Supremo, al resolver el Recurso de Casación interpuesto, se niega expresamente la existencia de ese potencial perjuicio.

3.e.-Elemento subjetivo del tipo penal: “Por último, es necesario que concurra el dolo, como elementos constitutivo del tipo (o de la culpabilidad) en todos los delitos dolosos, que consiste en una actuación realizada con conocimiento de la concurrencia de esos otros elementos que acabamos de enumerar. Quien actúa con ese conocimiento actúa con dolo, siendo suficiente el dolo eventual.”

Desde un punto de vista subjetivo, sólo está incriminada, en la conducta regulada en el artículo 282 del Código Penal, su

comisión dolosa, pues al no preverse expresamente la posible comisión imprudente, ésta sería impune según el artículo 12²⁷ del Código Penal. A efectos del presente trabajo, podemos definir el dolo penal, como la “conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo del delito”²⁸, es decir, al actuar dolosamente el sujeto conoce que realiza todos los elementos de la conducta delictiva, su antijuricidad y la falsedad de lo alegado o manifestado, así como el carácter trascendente o relevante para el bien jurídico protegido; sobre esto último, puede diferenciarse cuando el fabricante o comerciante que realiza la publicidad, persigue directamente ocasionar el potencial y grave perjuicio a los consumidores (Dolo directo), o bien, se presenta éste como probable resultado de la acción, y aun así accede a su realización (Dolo eventual), que como hemos visto es expresamente reconocido por el Tribunal Supremo.²⁹

4.- Penalidad:

²⁷ .-Art.12 .P.-“Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”.

²⁸ .-Muñoz Conde. “Derecho Penal. Parte General.” Editorial Tirant lo blanch . 2 Edición. Valencia 1996. pg 284.

²⁹ .- Aunque simplificando la cuestión a efectos del presente artículo, podemos citar la Sentencia del T.S. 474/2005 de 17 de marzo en la que se definen el dolo directo y el dolo eventual en los siguientes términos: “Por otro lado junto al dolo directo, cuando de manera consciente y querida, la voluntad del sujeto se dirige directamente al resultado propuesto, incluidas las consecuencias necesarias del acto que se asumen, existe el dolo eventual que ha sido examinado con reiteración por la jurisprudencia de esta Sala, y en su propósito de acomodarse a los casos concretos, ha llegado a una situación ecléctica y próxima a las últimas posiciones de la dogmática, considerando que el dolo eventual exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado y que, además, se conforme con tal producción y decida ejecutar la acción asumiendo la eventualidad de que aquel resultado se produzca.”

Terminado este recorrido por los elementos del delito de publicidad falsa, y a pesar del mantenimiento de numerosos interrogantes que como venimos diciendo serán de difícil solución por las especialidades mostradas por este tipo penal, podemos tener una idea de quiénes y cómo pueden cometer el delito, por lo que se hace necesario entonces, determinar la pena que puede imponerse a los autores de la conducta. El Código establecía, en su redacción primigenia de 1995, una pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, y actualmente, tras la entrada en vigor el día 1 de Octubre de 2004 de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de Noviembre, se ha incrementado la pena de multa que queda de doce a veinticuatro meses.

Se ha adoptado por el legislador la opción de imponer una pena alternativa, es decir, en cada caso, el órgano sentenciador debe decidir si aplicar la pena de prisión o la pena de multa, decisión que en principio deberá estar expresa y suficientemente motivada, y responder a criterios concretos de mayor gravedad de la conducta. Obviamente la pena privativa de libertad, que no era contemplada en los primeros antecedentes legislativos de este tipo penal³⁰, cumple con respecto al posible delincuente económico, por sus especiales circunstancias, una función de prevención general mucho mayor que la pena de multa, y probablemente ésta es la motivación principal de su inclusión como pena alternativa en el artículo 282 del Código Penal; sin embargo, la realidad judicial de aplicación de este tipo de penas alternativas, nos lleva a considerar que será mucho más habitual la imposición de una pena de multa dado las especiales circunstancias que normalmente rodearán a los autores de este delito, así como al carácter eminentemente patrimonial del mismo. En este sentido, la aplicación efectiva del delito desde su entrada en vigor, pese a la poca incidencia práctica del

mismo, nos lleva a corroborar este extremo, al haberse optado por la pena de multa en la mayoría de las pocas sentencias condenatorias dictadas o ratificadas por las Audiencias Provinciales. No obstante, la realidad de la pena de prisión existe, pues ha sido contemplada por el legislador. Sin embargo, podemos preguntarnos si esa posibilidad de imponer una pena de prisión de seis meses a un año, supone realmente el efectivo ingreso en prisión de los condenados por este delito. En realidad, aún en el caso de que el órgano sentenciador optara justificadamente por imponer una pena de prisión, el sistema penal ofrece mecanismos de suspensión de su cumplimiento que en los delitos de carácter económico como el de publicidad falsa, adquieren un protagonismo esencial. Así, el límite máximo de un año, como pena privativa de libertad, posibilita la aplicación del beneficio de suspensión de la condena regulado en los artículos 80 y siguientes del Código Penal, según los cuales, los Jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas no privativas de libertad no superiores a dos años (art. 80 C.P.), siempre que se cumplan los requisitos señalados en el artículo 81 del Código, es decir, que el condenado haya delinquirido por primera vez, que la pena o penas impuestas o su suma no sea superior a dos años, y que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieran originado, salvo que se aprecie la imposibilidad de que el condenado haga frente a las mismas. De esta forma, en los supuestos del delito del artículo 282 del C.P., individualmente considerados, podemos decir que es prácticamente impensable que una condena a una pena de prisión ocasione el efectivo cumplimiento de la misma, pues los requisitos dos y tres se cumplen de antemano, dado que la pena es inferior a dos años, y que al tratarse de un delito de peligro y mera actividad no lleva aparejado un perjuicio efectivo, y en tal medida no deberá suponer en un principio, y a salvo de los problemas doctrinales que tal consideración suscitan, la imposición de responsabilidad civil exdelito, por lo que únicamente quedará como requisito a determinar para la concesión de este beneficio, el carácter primario de la condena. Concedida la suspensión de la pena, ésta se supedita a un periodo de cautelar de dos a cinco años (art. 80.2 del C.P.), periodo en el

³⁰ .-Los artículos 342 y 279, que recogían esta figura penal en el Proyecto de 1980 y en el Anteproyecto de 1983 respectivamente, solo preveían la pena de multa, no siendo hasta el proyecto de 1992, cuando se recoge, en su artículo 287, y ya de forma alternativa, la pena de prisión junto a la de multa.

que si el penado volviera a delinquir se revocaría la suspensión y se ejecutaría su ingreso en prisión, y si por el contrario no se produce una nueva conducta delictiva, debe provocar la remisión definitiva de la pena.

En relación a la pena de prisión, debe también decirse que su inclusión lleva aparejada como pena accesoria la imposición de alguna de las penas privativas de derechos que señala el artículo 56 C.P., entre las que adquiere una especial relevancia la *“inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, si estos hubieran tenido relación directa con el delito cometido”*.

Junto a la pena de prisión, y como hemos dicho de forma alternativa, se recoge por el legislador la pena de multa de doce a veinticuatro meses. Esta pena, mediante el sistema de días multa, está regulada en los artículos 50 y siguientes del C.P., y se estructura en torno a dos variables: duración (número de días), y cuantía (cantidad impuesta por día). En relación al primer elemento, para determinar los días multa, sobre una base de doce a veinticuatro meses, habrá de atenderse, conforme al concreto supuesto enjuiciado y a la gravedad de los hechos, a las reglas de aplicación de las penas y a la concurrencia de atenuantes o agravantes conforme a lo dispuesto en el capítulo II del Título III sobre aplicación de las penas, artículos 60 y siguientes; con relación a la cuantía, y sobre unos límites genéricos fijados por el legislador entre dos euros como mínimo, y cuatrocientos euros como máximo (art.50.4º C.P.), el Código establece un sistema personal de responsabilidad que depende de las circunstancias del condenado, tal y como establece el artículo 50.5, según el cual, se fijará en la Sentencia el importe de las cuotas, teniendo en cuenta para el mismo, exclusivamente, la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo. De esta forma, en caso de acudir a la pena de multa, el máximo a imponer sería de veinticuatro meses con una cuota diaria de cuatrocientos euros, es decir, 288.000 Euros, una cantidad que sin embargo está por debajo de las posibilidades sancionadoras del orden administrativo.

Junto a las anteriores penas principales, se encuentra recogida de manera genérica, para los delitos relativos al mercado y los consumidores, la publicación de la Sentencia en los periódicos oficiales y, en caso de ser solicitado por el perjudicado, la posibilidad de incluirla total o parcialmente en cualquier otro medio informativo, y todo ello a costa del condenado (art. 288. C.P.). Esta opción, aparte de constituirse en un medio eficaz para coadyuvar junto a las penas principales, a la obtención del efecto preventivo general perseguido por la norma, al suponer la publicidad de la condena una obvia deshonra para la imagen del comerciante condenado, supone también una medida de reparación del potencial perjuicio ocasionado mediante la difusión del carácter falso de la publicidad que haya sido objeto de condena.

Del mismo modo, el citado artículo 288 del Código Penal establece la posibilidad de imponer las medidas previstas en el artículo 129 del Código para las personas jurídicas, el cual establece un catálogo de medidas destinadas, como contempla el propio precepto penal, a *“prevenir la continuidad de la acción delictiva y los efectos de la misma”* y que son: a) la clausura de la empresa, sus locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo, y limitada en caso de que sea temporal a cinco años; b) disolución de la sociedad, asociación o fundación; c) suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo no superior a cinco años; d) prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, igualmente con carácter definitivo o temporal, y en este último caso con el máximo de cinco años; e) la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores el tiempo necesario y sin exceder de cinco años.

5.- Aparición del delito publicitario en unión de otras figuras delictivas:

El delito de publicidad falsa puede aparecer en compañía de otra conducta delictiva, como pueden ser las lesiones o la estafa, surgiendo entonces el problema de determinar si nos encontramos ante un

supuesto de concurso de delitos o normas, con las importantes diferencias penológicas que esto supone. En principio, esto podría haberse resuelto por el propio legislador, al contemplarse en el artículo 282 del Código Penal que las penas del delito publicitario se impondrán sin perjuicio de *“la pena que corresponda aplicarle por la comisión de otros delitos”*. En referencia al delito de estafa, con el que el delito de publicidad presenta mayores problemas de distinción, hasta el punto de llegarse a decir que el delito de publicidad falsa es en realidad un supuesto de tentativa de estafa, podemos decir que para la mayoría de los autores, el último inciso del artículo 282 supone que el posible resultado lesivo contra la salud o el patrimonio no absorbe el desvalor propio del delito publicitario. Así, Manuel Portero Henares³¹, entiende que estaríamos ante un concurso de delitos y no de leyes pues los bienes jurídicos no tienen que verse afectados en un mismo momento. En concreto, el autor citado entiende que la lesión del patrimonio individual manifestado en la estafa no absorbe todo el desvalor de la conducta de la falsedad publicitaria, puesto que ya han sido afectados con anterioridad los intereses económicos de los consumidores, y por lo tanto, la secuencia en la que se producen los acontecimientos, con una afectación progresiva de los bienes jurídicos respectivos, determinara una situación de concurso ideal entre ambos delitos; en un sentido parecido María del Mar Carrasco Andrino, la cual cita a numerosos autores partidarios de esta apreciación del concurso de delitos.³²

Sin embargo, y en relación al delito de estafa, el T.S. en la sentencia a la que venimos haciendo referencia (STS 357/2004 de 19 de Marzo), parece contradecir este sentir mayoritario de la doctrina, al entender que *“el delito de publicidad falsa (art 282) cuando ya la estafa se ha iniciado en su ejecución (tentativa o consumación) y el*

engaño radica solo en tal publicidad falsa, queda absorbido en ésta (la estafa), porque pasa a integrarse en el engaño, elemento central de esta última infracción”. El Tribunal Supremo, en definitiva, considera que al haberse producido el perjuicio concreto, constituido por el que se ha ocasionado al importador de las botellas de vino cuyas etiquetas contenían la publicidad falsa, y haber sido esta publicidad falsa el elemento determinante y único del engaño, aún en el caso de darse todos los elementos del tipo penal de publicidad falsa –que según el T.S. no concurren al faltar el posible perjuicio grave a los consumidores-, y darse también los elementos del delito de estafa, deberá sancionarse sólo por éste en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.3º del C.P, que para estos casos prevé que *“el delito más amplio y complejo absorberá a los que castiguen la infracción consumidas en aquel”*, pues en caso contrario, como también afirma el T.S., *“se lesionaría el principio non bis in idem, si tal publicidad engañosa fuera tenida en cuenta para condenar por estafa y también por este otro delito del art 282.”* Parece que a pesar de la posibilidad contemplada en el propio artículo 282 del C.P., según el cual la pena se impondrá sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos, el T.S. no contempla esta posibilidad cuando la publicidad ha sido el único medio del engaño determinante de la estafa, opción que en cuanto contradice la más autorizada doctrina, resulta novedosa, debiéndose no obstante de esperar a un segundo pronunciamiento que lo confirme a efectos de su vinculación como jurisprudencia.

6.- Perseguibilidad.

El delito del artículo 282 del C.P., está supeditado, en virtud de lo previsto en el artículo 287, a la denuncia del agraviado, pero contempla una excepción cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de persona. De esta forma, en realidad, dado que el artículo 282 debe incluir siempre la posibilidad de un perjuicio manifiesto y grave a los consumidores, parece que la excepción se transforma en regla, y aunque se habilite el inicio del procedimiento mediante denuncia o querrela del perjudicado, podrá instarse de oficio en casi todos los supuestos.

³¹ - “El delito publicitario en el C.P. español”. Manuel Portero Henares. Tirant Lo Blanch. Monografías.349.Valencia 2004. pg 411-414.

³² - “La Publicidad engañosa y el Derecho Penal (una aproximación al tipo del art 282 del C.P.)”. María del Mar Carrasco Andino. Ediciones Revista General del Derecho. Valencia 2000. pg 129-130.

7.- Conclusiones:

En realidad, y con la terrible inseguridad jurídica que esto supone, podemos afirmar que tras nueve años de vigencia, el delito de publicidad falsa sigue manteniendo todos los interrogantes surgidos con su inclusión como figura penal, pues no existe una base jurisprudencial que lo haya desarrollado, contando sólo con algunas sentencias en el ámbito de las Audiencias Provinciales, y con un único pronunciamiento por el Tribunal Supremo que no permite hablar de jurisprudencia, y que además no ha resuelto las cuestiones esenciales suscitadas por el tipo penal. Esta orfandad jurisprudencial es reflejo de su poca incidencia en el práctica judicial, pues han existido hasta la fecha pocos procedimientos judiciales que aborden el delito de publicidad falsa, lo que podemos achacar, aparte de la mayor o menor incidencia de estas acciones en la realidad social, a dos causas. La primera se refiere a los propios perjudicados por el delito, los cuales, en numerosas ocasiones, preferirán recurrir a otros foros jurisdiccionales ante la propia dificultad e incertidumbre generada por el tipo penal, que hace difícil determinar a priori y de forma cierta si una conducta es susceptible de encuadrarse en el mismo; la segunda, residiría en la actitud mostrada por los Juzgados de Instrucción, los cuales, precisamente por las mismas razones, dificultad de interpretación del tipo penal, y existencia de otros mecanismos extrapenales de resolución, unido a la propia oportunidad de su criminalización, rechazan en numerosas ocasiones la relevancia de conductas complejas que tienen cabida en otros órdenes judiciales.

Sin embargo, lo anterior no es excusa para no demandar de las Audiencias Provinciales, como principales interpretes de este tipo penal, dado su natural papel de segunda instancia penal en estos delitos, y por supuesto, al Tribunal Supremo, cuando la coexistencia del delito de publicidad falsa con otro de mayor pena, permita el acceso a la Casación Penal, un mayor desarrollo interpretativo de sus elementos que despeje las numerosas incógnitas que el delito plantea, debiéndose esperar hasta entonces para considerar resueltos, al menos en orden a su aplicación judicial, los numerosos problemas planteados por el delito de publicidad falsa.