

# XVIII SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

## DERECHO PENAL GENERAL Y DERECHO PENAL DE LA EMPRESA

Jueves 18- viernes 19/06/2015

ÁREA DE DERECHO PENAL UNIV. DE ALCALÁ / FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE CIENCIAS PENALES

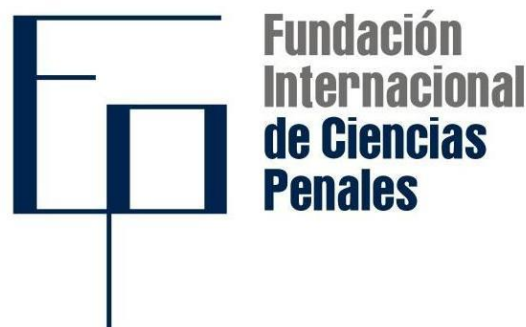
**RELACIÓN SOBRE EL DEBATE DE LA PONENCIA: : “PROBLEMAS DE  
TIPICIDAD EN EL DELITO PUBLICITARIO: ENFOQUE  
COMPARATIVO DE SU REGULACIÓN EN LAS LEGISLACIONES  
ESPAÑOLA Y NICARAGÜENSE”.**

Jueves 18 de junio de 2015, 16. 15- 17. 15 h.

**Ponente: Prof. Dr. D. José-Zamyr Vega Gutiérrez, Profesor e Investigador contratado  
de D. Penal. Univ. de Alcalá**

**Moderadora: Profa. Dra. Dña. Inés Olaizola Negales**

**Relatora: Profa. Dra. Dña. Paz Francés Lecumberri.**



---

**PROBLEMAS DE TIPICIDAD EN EL DELITO PUBLICITARIO: ENFOQUE  
COMPARATIVO DE SU REGULACIÓN EN LAS LEGISLACIONES ESPAÑOLA Y  
NICARAGÜENSE**

---

**Ponente: Prof. Dr. D. D. José-Zamyr Vega Gutiérrez, Profesor e Investigador  
contratado de D. Penal. Univ. de Alcalá**

**Moderador: Dra. Dña. Inés Olaizola Nogales. Catedrática de Derecho Penal.  
Universidad Pública de Navarra**

**Intervinientes en el debate:** Profs. Dres. Diego-Manuel Luzón Peña, Javier de Vicente,  
Luis Greco, Silvina Bacigalupo, Inés Olaizola Nogales y Lorenzo Morillas Cuevas.

**Relator: Profa. Dra. Dña. Paz Francés Lecumberri. Ayudante de Derecho Penal  
Universidad Pública de Navarra.**

Interviene en primer lugar el Prof. Luzón mencionando una cuestión que no es nuclear en la excelente ponencia del Prof. Vega pero que, sin embargo, le ha llamado la atención. Es la relativa a la afirmación de que parte de la doctrina menciona que si un delito es de resultado, aunque sea de peligro -pero que exige un resultado material- no es incompatible con la comisión por omisión.

Al hilo de esto le gustaría hacer una reflexión en voz alta. En primer lugar, que está totalmente a favor de la interpretación de que puede haber delitos de resultado pero que sin embargo no sean delitos de lesión del bien jurídico tutelado en el tipo penal, porque el tipo penal puede tener un resultado participado que es distinto del de la propia acción contenida en el tipo. Puede ser un resultado anterior, previo para la lesión del bien jurídico, o un resultado concomitante que no guarda una estrecha relación con el bien jurídico.

Siendo esto así si el delito publicitario se tipificara como un delito de resultado, que además es dudoso en el caso del CP español, claro que sería en ese caso susceptible de comisión por omisión por lo que establece el CP español en el art. 11.

Dicho esto, en primer lugar, cree que puede haber omisiones impropias que no se desprendan de la teoría general de la comisión por omisión del CP, pero puede haber omisiones impropias que se deriven de la interpretación del propio tipo legal, incluso, en el caso de que fuera un tipo de mera conducta. Por ejemplo, no está claro que el delito de allanamiento de morada masivo sea un delito de resultado, es más bien un

delio de mera actividad y sin embargo es evidente que es una forma tipificada de comisión por omisión.

Pues bien, en el delito publicitario, supongamos que en España es un delito de actividad. Si entendemos que aquí no se pide un resultado diferente que el de hacer la alegación falsa o manifestar la característica incierta estaríamos ante un tipo de actividad y sin embargo es susceptible de comisión por omisión: lo importante podría ser no tanto lo que se dice en un anuncio publicitario sino los datos relevantes que se omiten (dañosidad, inoperancia...)

Esto por una parte, pero por otro lado, siempre se puede interpretar que hacer una alegación falsa es un delito de resultado material, sin tener que ver con la lesión del bien jurídico, sino en el sentido de que el sujeto que hace la alegación consigue que con su actividad de hacer la alegación esté diciendo algo que sea totalmente falso, exactamente igual que en las falsedades. Aquí igual podría hacer una alegación que no fuera totalmente falsa pero se hace con voluntad falsaria. En este caso, el delito del art. 282 CP ¿acaso podría considerarse no un delito de mera conducta sino de falsedad?

La segunda cuestión que quisiera apuntar es sobre la afirmación que ha hecho reiteradamente el ponente de que cuando una conducta es manifiestamente exagerada, es decir, que es muy exagerada y las personas perciben que es falsa, dice que es una conducta socialmente adecuada. El está en desacuerdo con esa afirmación. Primero, una conducta falsaria exagerada no puede ser considerada como conducta socialmente correcta. Cotidiana, sí. Pero no socialmente adecuadas. Según la teoría de la adecuación social, una conducta es socialmente adecuada cuando la sociedad de manera unánime o abrumadoramente mayoritaria la valora como algo correcto, positivo. Yo considero que una conducta falsaria no es valorada como correcta. Hay dos formas de explicar la atipicidad, Prof. Vega, por un lado está la vía de la imputación objetiva, que a veces si es imputación objetiva de la acción, concretamente adecuación de la propia acción, puede conducir a la atipicidad. La otra es las causas de atipicidad distintas de la adecuación social. Sobre la posibilidad de imputación objetiva, me parece que es evidente, que las conductas tan exageradamente manifiestas, la gran mayoría de las personas –salvo aquellas muy crédulas o ignorantes- se dan cuenta de que son falsas, son conductas inidóneas, inadecuadas, no tienen la capacidad de la idoneidad. Y este es

el primer requisito de imputación objetiva no solo en los delitos de resultado sino también adecuación de la propia acción.

Pues bueno, los casos de exageraciones falsas, son conductas inidóneas, no tienen la condición de la idoneidad, y esto es la primera condición del juicio de la adecuación de la imputación objetiva. No hablaremos por tanto de adecuación de la propia acción sino más bien inadecuación manifiesta para engañar.

La segunda posibilidad que conduce a la misma solución serían las causas de exclusión de la tipicidad del injusto penal: conductas socialmente toleradas, o bagatelas. No son conductas adecuadas pero son socialmente toleradas. La exageración se tolera, y simultáneamente bagatelar, desde el punto de vista del ilícito. ¿Es un ilícito? Sí mercantil, pero no penal.

La Profa. Olaizola da la palabra al Prof. De Vicente.

En primer lugar le da la enhorabuena por la ponencia. Su observación va en la primera parte que ha apuntado el Prof. Luzón y también hacia los supuestos de omisión. Al principio de su ponencia se refirió a un ejemplo, al de las pastillas relajantes, de si pudiera tener efectos adictivos. Al ver esto lo primero que te fijas es en qué regula el tipo y se ve que la acción típica se observa que se excluía la acción omisiva –en comisión por omisión- porque el tipo viene redactado con la acción de hacer alegaciones falsas o manifestaciones. Pero dicho esto, efectivamente, la publicidad no es un tratado, en publicidad se reúnen unas ciertas características con vistas a dar salida a anunciar un producto, y ahí no hay que recoger todo, sino aquello que le interesa al comerciante para llamar la atención sobre el producto. Así que creo que las omisiones no podrían ser constitutivas de delito en la mayoría de los casos, siempre y cuando en esta mayoría de casos, fueran aquellos en que aquel producto que se está ofreciendo es un producto que está autorizado en el mercado y en el cual el sujeto no tiene por qué especificar todos los efectos que pueda tener ese producto. Pero eso no excluye que en otros casos no se pueda cometer el delito en comisión por omisión y fundamentalmente en aquellos casos en los que esa omisión, esa manifestación, pueda referirse a productos que no estén autorizados en el mercado.

Además puede haber casos donde se den manifestaciones activas –alegaciones o manifestación de características- que implicaran ya, una información que sin dejar de ser falsa diera lugar a que fueran consumidas por sujetos a las que no van dirigidas, por ejemplo un producto consumido por usuarios de determinadas características y sin

embargo en la publicidad se da a entender que es un producto que puede consumir cualquiera. Quería con esto reafirmar la idea de que existirán supuestos en los habrá comisión por omisión pero en la mayoría de los casos no.

La Profa. Olaizola da la palabra al Prof. Greco. Este considera que la publicidad es un mensaje pequeño, corto, no es una conversación, una negociación donde hay deberes, pero diría, aun así, que el caso más claro en este sector de comisión por omisión, es el caso en que una empresa, el productor de un determinado producto, deja que otro haga la publicidad y el no interviene, aunque sí es el garante.

Interviene el Prof. Morillas, quien felicita al Prof. Vega. Recuerda una publicidad de televisión de los años aproximadamente 2004-2005 de programas de televisión en el que se decía llama y gana dinero con preguntas muy fáciles, muy sencillas ej. de qué color era el caballo blanco de Santiago y la gente llamaba y decía respuestas estúpidas. Incluso a mí me daba ganas de llamar. Claro, lo que había detrás de esto era llamadas en espera de horas que recaudaban dinero, utilizar las llamadas en espera para llamar a otros países utilizando la señal etc. Yo quisiera saber su opinión acerca de si ¿esta conducta podría entrar aquí? ¿Esto es publicidad engañosa? ¿o esto es más bien una estafa? Y si no ¿qué relación habría entre los dos tipos?

La moderadora da la palabra a la Profa. Bacigalupo. Felicita al ponente y coincide con todas las observaciones que le han hecho anteriormente. Pero quisiera plantear algunas cuestiones generales que cree se han discutido poco y es sobre qué se está planteado cuando se habla de los delitos contra los consumidores. Es decir, ¿qué se protege? ¿qué es la libre competencia? ¿qué es la libre concurrencia? ¿qué es exactamente el correcto funcionamiento del mercado? ¿Qué es el mercado? Etc... En muchas ocasiones detrás de estos delitos parece que haya delitos de estafa o incluso elementos que pudieran afectar a la integridad física... Sobre esto no hemos reflexionado suficientemente, si fuésemos paso a paso por cada tipo penal y se ve la libre concurrencia de precios, por ejemplo, la pregunta que te viene realmente es, ¿en qué le afecta realmente esto al consumidor? Deberíamos hacer algunas reflexión más desde este punto de partida para darle un contexto interpretativo a las distintas figuras que nos encontramos en este capítulo y del tipo en concreto de la publicidad engañosa.

Interviene la Prof. Olaizola al hilo de la Profa. Bacigalupo. Cuando se habla de características inciertas o alegaciones falsas y cuando usted ha definido o tratado de definir, me ha recordado mucho a la estafa, a como se define el engaño en la estafa. La pregunta es ¿Se exige el mismo nivel de engaño que en la estafa? Porque si se exige el mismo nivel de engaño en el art. 282 y el perjuicio al que se refiere ese artículo es también patrimonial no se ve bien cuál es la diferencia entre los dos tipos.

Se cierran las palabras y el Prof. Zamyra advierte que seleccionará aquellas cuestiones que pueden tener más o menos claras y sobre otras apuntará algunas reflexiones concretas.

En primer lugar, sobre las cuestiones que ha apuntado el Prof. Luzón, decir que cuando me refería al tema de la adecuación social en este tema en concreto hacía referencia a la posición mayoritaria de la doctrina en este delito publicitario de cara a la aceptación social y al riesgo permitido. En todo caso el Prof. Luzón tiene razón cuando hace la distinción entre la adecuación social y aquellos otros de mera tolerancia social.

Cuando hablaba de la exageración publicitaria realmente me refería aquellos supuestos tan burdos que el consumidor sabe que no es real: “lava, lava, lava, que el jabón no se acaba”, por ejemplo. El consumidor sabe que el jabón se acabará en algún momento pero que es un jabón que dura mucho tiempo.

En este caso concreto de las causas de tipicidad relacionadas con este ámbito en particular es el que para mi resulta de mayor complicidad y seguiremos hablando al respecto.

Sobre las cuestiones que planteaba el Prof. Javier de Vicente sobre la posibilidad de aplicar comisión por omisión, la doctrina mayoritaria intenta diferenciar entre lo que es una omisión en sentido estricto de lo que son afirmaciones publicitarias incompletas, que no son omisiones en sentido estricto. Y como afirmaciones incompletas se suele recurrir al ejemplo del banco que ofrece unos determinados intereses por unos depósitos pero queda escondido que es así pero solo cuando el depósito supere una determinada cantidad. Esa declaración incompleta sí se puede convertir en una alegación falsa.

Se deberá ir al caso concreto.

Respecto a lo que le planteaba el Prof. Greco, el hecho de que el fabricante permita que el anunciante haga alegaciones falsas y engañosas de mi producto, que es mío, creo que se puede reconducir por una participación por omisión. Yo, que si no quiero que haga

esa alegación falsa el publicista no la hace, porque tengo el dominio del producto, la contribución podría ser una participación omisiva importante.

Sobre el caso planteado por el Prof. Morillas creo que en este caso concreto podría plantearse un concurso de delitos. Sí parece que el delito de estafa existe, pero que también concurre la publicidad engañosa. Se debería de introducir una cuestión importante sobre el delito de publicidad engañosa y es qué nivel de accesibilidad o de difusión tiene ese concurso a la hora de afectar a una pluralidad de personas y determinar la amplitud del público receptor puede ser un criterio para limitar el tipo de fraude publicitario. Pero sobre este caso concreto, creo que concurrirá antes un delito de estafa que uno de publicidad engañosa tratando de restringir el segundo a resultados de la amplitud del público afectado.

Por último, comparto la reflexión de la Prof. Bacigalupo y dice que también él ha observado que en algunos delitos se habla de libre competencia, en otros de competencia desleal. Esto denota que en la doctrina no existe una visión uniforme de cara a estos fenómenos y que deben entrarse a valorar.