

*Revista del
Foro Canario*

Revista del Foro Canario

89

Las Palmas de Gran Canaria, 1994



Portada: Foto cortesía de El Museo Canario

IMPRIME: IMPRENTA PÉREZ GALDÓS, S.L.
PROFESOR LOZANO, 25 - EL CEBADAL
35008 LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

DEPÓSITO LEGAL: G.C. 258/80

I.S.S.N.: 0211-0903

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo

Decano del Colegio

Jaime Santana Castellano

Diputado Primero

Antonio Inglott Domínguez

Diputado Segundo

Javier Ayala Galán

Diputado Tercero

Juan Delgado Rodríguez

Diputado Cuarto

Jaime Rubio López

Diputado Quinto

José C. Vidal Martínez

Diputado Sexto

Josefina Navarrete Hernández

Diputado Séptimo

Noemi Fernández Álvarez

Diputado Octavo

Luis F. Naranjo Sintes

Bibliotecario-Contador

Javier Marrero Pulido

Tesorero

Rafael Vera Cominges

Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

José Carlos Vidal Martínez

Jaime Rubio López

Joaquín Sagaseta Paradas

Luis Naranjo Sintes

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

LOS DELITOS CONTRA EL ORDEN SOCIO-ECONÓMICO (I): LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INDUSTRIAL AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES

J. MASSAGUER
CATEDRÁTICO DE DERECHO MERCANTIL
UNIVERSIDAD POMPEU FABRA

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

1. Delimitación de los objetivos: consideraciones de política legislativa y de técnica legislativa
2. Ordenación sistemática de los delitos contra la propiedad industrial, el mercado y los consumidores

II. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

- 1 Consideraciones generales: el alcance de la categoría “delitos contra la propiedad industrial” y la unidad sistemática entre delitos contra la propiedad industrial y contra la propiedad intelectual

2. La necesidad de represión penal de las infracciones de la propiedad industrial.
3. Examen del tipo objetivo: la delimitación de las modalidades de propiedad industrial penalmente protegidas (algunos olvidos) y la descripción de las acciones típicas (algunos olvidos también y un recuerdo de las virtudes de la norma penal en blanco).
4. La divulgación de la invención objeto de una solicitud de patente: un delito contra los intereses de la defensa nacional en sede de propiedad industrial.

III. DELITOS CONTRA EL MERCADO

1. Consideraciones generales: el orden concurrencial como bien jurídico penalmente protegido y los intereses considerados en su protección como criterio de sistematización.
2. Los delitos contra el mercado que afectan primordialmente al interés de los competidores: violación de secretos.
3. Realización de afirmaciones falsas relativas a un competidor y realización de oferta o publicidad con alegaciones falsas o manifestación de características inciertas sobre los productos o servicios promovidos.
4. El delito contra el mercado que afecta primordialmente al interés de los consumidores: la formulación de ofertas o publicidad de productos o servicios con alegaciones falsas o manifestaciones de características inciertas.
5. Los delitos contra el mercado que afectan primordialmente al interés público: la alteración del precio de las cosas.
6. La inobservancia de las intimaciones del organismo administrativo encargado de la defensa de la competencia.

IV. DELITOS RELATIVOS A LOS CONSUMIDORES.

1. Consideraciones generales
2. Detracción de materias primas o de productos de primera necesidad.
3. Alteración y manipulación de aparatos de medición o peso.

I. INTRODUCCIÓN

1. Delimitación de los objetivos: consideraciones de política legislativa y de técnica legislativa

Por obvias razones de especialización académica, la ponencia que se me ha encomendado va a tener un sesgo particular. No pretendo efectuar un análisis que siga los esquemas y líneas de argumentación y discurso propios de la Ciencia del Derecho Penal. Antes bien, quisiera ofrecer elementos de juicio desde fuera del sistema que, quizá, pudieran ser de alguna utilidad en la construcción normativa de los delitos contra la propiedad industrial, el mercado y los consumidores. Las miras están puestas sólo en la prevención de incoherencias y disfunciones en el seno de un ordenamiento del que, por definición, se espera una estricta unidad sistemática. En particular, mi atención se centrará en cuestiones de política legislativa y técnica legislativa involucradas en la tipificación de estos delitos.

a) Desde el punto de vista de política legislativa es obligado abordar la justificación de la incriminación de las acciones tipificadas como delitos contra la propiedad industrial, el mercado y los consumidores. Como es sabido, en la fundamentación de la represión penal de una determinada conducta subyacen dos presupuestos: el merecimiento de la pena y la necesidad de la pena.

El primero de estos presupuestos no puede recibir, desde fuera del sistema jurídico-penal, ninguna aportación específica; la dañosidad social cualificada y la grave afectación individual de las agresiones a los bienes jurídicos protegidos penalmente no son cuestiones cuya valoración esté condicionada en particular por datos jurídicos traídos desde el Derecho Mercantil.

Respecto del segundo de los referidos presupuestos: de la necesidad de la represión penal, por contra, sí hay mucho que decir y reflexionar. Es aceptado el carácter subsidiario de la protección jurídico-penal respecto de la tutela jurídica de otra naturaleza y, además, su estricta finalidad utilitarista; el Derecho Penal sólo debe actuar en defecto de otros medios jurídicos que aseguren una tutela eficiente y sólo debe hacerlo, desde luego en la fase de elaboración legislativa que nos preocupa ahora, con propósito de prevención general. Aquí las reflexiones desde fuera del sistema han de ser de algún valor: si el Derecho Mercantil brinda mecanismos adecuados y eficientes para la tutela jurídica de los bienes considerados, su protección jurídico-penal adicional carece de justificación, traiciona su naturaleza intrínseca de *ultima ratio*.

b) Desde el punto de vista de técnica legislativa es obligado considerar la precisión de los términos acogidos en la tipificación. Casi todos los preceptos proyectados en esta materia, eso sí: unos en mayor medida que otros, obligan a acudir a la regulación meta-penal para llenar el tipo. Esta necesidad de salir de la norma penal se produce sólo en relación con los elementos objetivos del tipo: bienes jurídicos inmediatamente protegidos, acciones típicas y, en algunos casos, también autor y víctima; los elementos subjetivos del tipo, por contra, son específicos de la normativa y de la sanción penal.

2. Ordenación sistemática de los delitos contra la propiedad industrial, el mercado y los consumidores

La regulación de los delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores se contiene en el Capítulo XII, Título XII, Libro Segundo del PCP, que es una novedad en relación con la sistematización positiva en vigor. Este Capítulo no tiene una estructura interna bien definida, esto es, no es posible asignar con claridad cada uno de los delitos que recoge a uno de los grupos de delitos que figuran en su rúbrica. Así las cosas, delitos contra la propiedad industrial, en realidad: delitos de infracción de derechos de propiedad industrial, sólo son propiamente los de los arts. 281 y 282 PCP; delitos contra el mercado, en realidad: delitos contra el orden concurrencial, son los de los arts. 284, 285, 287.1, 288 y 289 PCP; finalmente, delitos contra los consumidores son los de los arts. 286 y 287.2 PCP. El art. 287.1 PCP podría incluirse también entre los delitos contra los consumidores. El art. 283 PCP no pertenece sistemáticamente a este Capítulo, sino al Título XXI, Libro Segundo PCP, dedicado a los delitos de traición y relativos a la defensa nacional.

II. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

1. Consideraciones generales: el alcance de la categoría “delitos contra la propiedad industrial” y la unidad sistemática entre delitos contra la propiedad industrial y contra la propiedad intelectual

En sentido estricto, son delitos contra la propiedad industrial la violación de patentes y modelos de utilidad (art. 281.1 y 2 PCP), la violación de modelos y dibujos industriales y artísticos y de topografías de productos semiconductores (art. 281.3 PCP) y la violación de signos distintivos protegidos conforme a la legislación de marcas: marca, nombre comercial y rótulo (art. 282 PCP).

a) No son delitos contra la propiedad industrial, en cambio, ni la divulgación de la invención que es objeto de una solicitud de patente (art. 283 PCP): el bien jurídico protegido es la seguridad del Estado o la defensa nacional ni tampoco el apoderamiento y la revelación de secretos empresariales (arts. 284.1 y 285 PCP).

Los secretos empresariales son, como las creaciones y signos distintivos, objeto de propiedad industrial, bienes inmateriales, pero su protección jurídica no se organiza a través de la atribución de un derecho de exclusiva; el titular de un secreto empresarial carece de un derecho de exclusiva que le permita prohibir su utilización a cualquier tercero (en general, GÓMEZ SEGADE, J.A. *El secreto industrial (Know-how). Concepto y protección*. Tecnos, Madrid, 1974, *passim*, o MASSAGUER, J., *El contrato de licencia de know-how*, Librería Bosch, Barcelona, 1989, pp. 42 a 61). Así las cosas, es más ajustado incluir los delitos de violación de secretos empresariales entre los delitos contra el mercado, concebidos como delitos contra el orden concurrencial. De hecho, el centro de gravedad del injusto penal también parece radicar en la destrucción de las ventajas competitivas que encierran los secretos empresariales, como sugiere la colocación de estos delitos al lado de la realización de afirmaciones falsas que merman la capacidad competitiva del afectado (art. 284.2 PCP).

b) Sistemáticamente no está justificada la separación entre la regulación de los delitos contra la propiedad intelectual y contra la propiedad industrial: ambas instituciones forman parte del Derecho de la competencia en sentido amplio (MASSAGUER, J., "Aproximación sistemática general al Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales", RGD, núms. 465-466, 1990, p. 245 ss., pp. 257 a 263), tienen una misma justificación político-jurídica: protección de las inversiones, y forman una misma categoría dogmática: son bienes inmateriales, y su protección jurídica se organiza según una misma técnica jurídica: atribución de derechos de exclusiva sobre el objeto protegido.

Desde luego no acierto a ver la diferencia entre lo económico y patrimonial que, por lo dicho en la Exposición de Motivos del PCP, distingue la naturaleza de unos y otros delitos. Este argumento esconde una anticuada comprensión de la propiedad intelectual, que olvida por completo, no ya la identidad político-jurídica y técnico-jurídica apuntada, sino también, la componente empresarial del derecho de autor: en la actualidad, la inmensa mayoría de los derechos económicos de los autores están en manos de empresas para su explotación (productores, editores, entidades de radiodifusión), cuando no son ellas mismas las titulares (derechos afines); la explotación de los derechos de autor y derechos afines por las *copyright industries*

ha alcanzado imponentes volúmenes: según el estudio de la International Intellectual Property Alliance, *Copyright Industries in the U.S.-Economy*, 1991, el valor de las obras objeto de derecho de autor en sentido estricto manejadas por las llamadas *copyright industries* alcanzó en 1989 un valor de 173.700 millones de dólares USA, mientras que el valor de las obras objeto de derecho de autor en sentido amplio ascendió a 302.700 millones de dólares USA; estos valores se traducen, respectivamente, en una participación en el PIB de los USA en 1989, del 3,3% y de un 5,8%. Estas circunstancias han sido legalmente reconocidas por la LPI, cuyas normas están principalmente dirigidas a regular los derechos económicos del autor y su transmisión a empresas para su explotación, así como los derechos afines.

En suma, no creo que el orden socio-económico resulte afectado de manera diversa por la reproducción indebida de un programa de ordenador, de un videograma o de un fonograma, que por la de un ordenador, de un magnetoscopio o de un lector de discos compactos que sea objeto de una patente, de un modelo de utilidad o de un modelo industrial. Consiguientemente, no pueden entenderse ni justificarse las diferencias técnicas y sustantivas entre los delitos relativos a la propiedad intelectual y los delitos relativos a la propiedad industrial, salvedad hecha de las relativas a los derechos morales del autor. En particular, en la regulación de los delitos contra la propiedad industrial se echan de menos algunas remisiones a la normativa civil específica que recoge la regulación de los delitos relativos a la propiedad industrial: la remisión a las normas civiles sobre resarcimiento de daños y perjuicios (que, dicho sea de paso, es más completa y satisfactoria en la regulación de la propiedad industrial) o la expresa previsión de la vigencia en el proceso penal de las medidas cautelares especiales del procedimiento civil por infracción de los derechos correspondientes.

2. La necesidad de represión penal de las infracciones de la propiedad industrial

A la protección jurídico-civil de la propiedad industrial se suma su protección jurídico-penal, con lo que se mantiene la solución de doble tutela característica tradicionalmente en nuestro ordenamiento. Si la represión penal ha tenido en otras épocas un papel significativo, tras la modernización de la regulación de la mayor parte de sus modalidades en los años ochenta es posible cuestionar la conservación del sistema de tutela civil y penal, y sobre todo, es de esperar una drástica caída del recurso a las acciones penales para la defensa de la propiedad industrial.

a) En líneas generales, la protección jurídica que ofrecen las leyes especiales a la propiedad industrial posee un estándar satisfactorio (cfr. GÓMEZ

SEGADE, J. A., *La Ley de patentes y de modelos de utilidad*, Civitas, Madrid, 1988, *passim*, y FERNÁNDEZ NOVOA, C., *Derecho de marcas*, Montecorvo, Madrid, 1990, *passim*). Especial mención merece la clara determinación del contenido sustantivo de los derechos de propiedad industrial y el completo arsenal de acciones de defensa: declaración, cesación, remoción de efectos, publicación de la sentencia y resarcimiento de daños y perjuicios, ésta completada con una fijación normativa de los criterios para la determinación de los perjuicios; como también merece una especial mención el establecimiento de un principio de concentración judicial para los pleitos civiles relativos a la propiedad industrial.

b) Tal y como está concebida en el PCP, la incriminación de la violación de la propiedad industrial comporta un reforzamiento de la protección civil, que se aprecia sólo en la rigurosidad y gravedad de la sanción, pero no en la cobertura de ninguna laguna: las acciones tipificadas en los arts. 281 y 282 PCP son casi las mismas que según la legislación especial constituyen infracción de los derechos exclusivos correspondientes (y las excepciones, probablemente, son descuidos). De ello resulta que la represión penal no se ha reservado para las infracciones más graves.

Pero este reforzamiento es más aparente que efectivo. El recurso a la acción penal presenta algunos inconvenientes frente a las acciones civiles. En primer lugar, la vía penal abre un portillo a la ralentización del proceso: con frecuencia, a toda acción por violación de un derecho de propiedad industrial sigue una contestación que incluye la excepción o la reconvención por nulidad del derecho ejercitado; en la medida en que de la nulidad o no del título depende la inocencia o la culpabilidad del acusado, esgrimida la nulidad del derecho de propiedad industrial presuntamente infringido es preciso paralizar el proceso hasta que el juez civil decida sobre el particular (art. 126 LP, arts. 3 y 4 I LECrim), lo que no sucede en el proceso civil, pues la nulidad conoce el mismo juez que de la infracción (art. 126 LP). En segundo lugar, a diferencia de lo que ocurre, al menos embrionariamente en el orden civil, la jurisdicción penal carece de todo indicio de especialización en esta materia; y ésta no es una cuestión baladí: la protección jurídica de la propiedad industrial se distingue por un elevado grado de complejidad y tecnicismo; el tratamiento eficiente de los asuntos de propiedad industrial y su solución justa exige que el juzgador posea un notable entendimiento de la problemática técnica subyacente y unos conocimientos amplios y profundos de su regulación jurídica; sobrecargado como está de trabajo, es desproporcionado exigir al juzgador, carente *prima facie* de experiencia en el tratamiento práctico de estos asuntos, que se procure los conocimientos precisos para resolver adecuada y eficientemente un único caso, y que, además, lo haga en el tiempo

relativamente más rápido que exige la equitativa satisfacción de los intereses implicados en este campo. En tercer lugar, la regulación del resarcimiento de daños y perjuicios en la legislación civil es más favorable a los intereses del titular del derecho infringido que la prevista en el PCP; en particular para la reparación de los perjuicios se concede al juez penal una discrecionalidad y, así, la posibilidad de moderación (art. 116.2 I PCP) que no existe en el ámbito civil.

c) A la vista de lo dicho cabe preguntarse por el sentido de una represión penal que nada aporta a la civil, salvo las consecuencias personales para los acusados. A decir verdad, si todavía fuere necesaria la represión penal para las mismas acciones que constituyen ilícitos civiles, ello sería debido a la ineficacia de la protección jurídica civil de la propiedad industrial, lo que implica asumir el fracaso de la reciente reforma de la legislación especial en la materia.

Ciertamente, en Derecho comparado se mantiene la incriminación de las infracciones de la propiedad industrial. En Alemania, por ejemplo, la sanción penal de la infracción de derechos de patente y marcas se establece en términos muy próximos a los proyectados para el Derecho español (§ 142 PG, por todos *vide* SCHULTE, R., *Patentgesetz*, 4.^a ed., C. Heymanns, Colonia-Bonn-Berlín Munich, 1987, § 142, pág. 758 ss. y § 24 III W76, *vide* BAUMBACH, A. y HERFERMEHL, W., *Warenzeichenrecht*, 12.^a ed., C.H. Beck, 1985, § 24, pág. 728 ss.). Pero no es menos cierto que ya se han producido abandonos: la reforma de la legislación francesa en materia de patentes por Ley de 13-VII-78 suprimió las sanciones penales (*vide* CHAVANNE, A. y BURST, J.J., *Droit de la propriété industrielle*, 3.^a ed., Dalloz, París, 1990, pág. 299).

3. Examen del tipo objetivo: la delimitación de las modalidades de propiedad industrial penalmente protegidas (algunos olvidos) y la descripción de las acciones típicas (algunos olvidos también un y recuerdo de las virtudes de la norma penal en blanco)

Del tipo objetivo de los delitos relativos a la propiedad industrial interesa examinar aquí, en el contexto del análisis de técnica jurídica del tipo que se ha proyectado, dos extremos: el bien jurídico protegido y la acción típica.

a) El bien jurídico protegido es la propiedad industrial, *rectius* los derechos de propiedad industrial.

En la formulación clásica, son modalidades de propiedad industrial las patentes, los modelos de utilidad, los modelos o dibujos industriales, las mar-

cas, el nombre comercial, las indicaciones de procedencia y las denominaciones de origen (art. 1.2 CUP). A estas modalidades se suman los modelos y dibujos artísticos (art. 164 EPI), los títulos de obtención vegetal (Preámbulo IV LOV) y las topografías de los productos semiconductores. Pues bien, no todas las modalidades de propiedad industrial gozan de tutela penal; ésta sólo se reserva a las patentes (art. 282.1 y 2 PCP), modelos de utilidad (art. 281.1 PCP), modelos y dibujos industriales, modelos y dibujos artísticos y topografías de los productos semiconductores (art. 281.3 PCP) y a los signos distintivos regulados en la legislación sobre marcas (art. 284 PCP): marca, nombre comercial y rótulo. Quedan fuera de la tutela penal, en cambio, los títulos de obtención vegetal y las indicaciones de procedencia y denominaciones de origen.

i— Las obtenciones vegetales son modalidades de propiedad industrial que específicamente protegen las creaciones, incluidas también las invenciones, en el campo de la botánica, en particular las variedades vegetales, mediante la concesión a su titular de un derecho de exclusión que le reserva su explotación económica y le faculta para impedírsela a terceros no autorizados (arts. 1 a, 5.7 y 18 LOV, en general: QUINTANA, I., “La protección de las obtenciones vegetales y la Ley española de 12 de marzo de 1975”, 2 ADI 1975, pág. 189 ss.). A la vista del fundamento específico de la protección jurídica de las obtenciones vegetales: protección de las costosas inversiones necesarias para obtener una nueva variedad vegetal, incentivo de la investigación en un ámbito de gran importancia económica y social y superación de la insuficiencia técnico-jurídica de los mecanismos tradicionales de protección jurídica de la propiedad industrial (Preámbulo LOV), y a la vista de los rasgos técnicos del sistema específico de protección jurídica: registro tras examen previo y derecho de exclusiva (arts. 4, 5, 7 y 8 LOV), sólo se puede entender la omisión de las obtenciones vegetales como fruto del despiste. El descuido es tanto más grave cuanto que *de facto* despenaliza la explotación no autorizada de la obtención vegetal: en la actualidad, toda violación intencionada del derecho exclusivo conferido por el título de obtención vegetal es un delito del art. 534 CP (arts. 7.1 y 19 LOV).

ii— La exclusión de un delito contra la propiedad industrial en caso de violación de indicaciones de procedencia y de denominaciones de origen no es tan seria por sus efectos: su represión se puede construir como engaño en la oferta y publicidad (art. 286.1 PCP). Tal solución parece preferible y más ajustada a la función y a la naturaleza de su protección jurídica (*vide* AREAN, M., “Las indicaciones geográficas: naturaleza y modalidades de protección; su vinculación con el comercio internacional”, en Seminario OMPI sobre propiedad industrial, competencia y desarrollo económico para

países andinos, OMPI-República de Ecuador, Quito, 1993 (texto policopiado) y, más accesible aunque enfocado hacia un problema particular, FERNÁNDEZ NOVOA, C., *La protección internacional de las denominaciones geográficas de los productos*, Tecnos, Madrid, 1970, *passim*), aunque ignoro si ésta es una consecuencia conscientemente buscada o, por contra, una casualidad; pero sí es preocupante la impresión con que se marginan a las indicaciones de procedencia y denominaciones de origen como modalidades de propiedad industrial penalmente protegidas.

Entre los párrafos del art. 282 PCP se aprecia una contradicción en lo que hace a la extensión objetiva del bien jurídico: mientras el primero se refiere a los signos distintivos “amparados por un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas”, el segundo se refiere a signos distintivos sobre los que existe un derecho exclusivo. Pues bien, entre signo distintivo y legislación de marcas no existe una relación excluyente: esto es, en nuestro ordenamiento existen otros signos distintivos, las denominaciones de origen y las indicaciones de procedencia (algunas denominaciones específicas) que no están reguladas en la legislación de marcas, cuya utilización se reserva en exclusiva a ciertas personas y cuyo uso ilegítimo constituye un ilícito administrativo y eventualmente un acto de competencia desleal. Desde luego, el propósito del art. 282.2 PCP no es ampliar el catálogo de bienes protegidos, sino extender la represión penal a unas acciones no consideradas en el tipo general (sólo aparentemente no consideradas en el tipo general, pero éste es otro problema del que se trata *infra*). Sería absurdo pensar que no se ha querido incriminar la reproducción de una denominación de origen, pero sí la comercialización de productos indebidamente distinguidos con una denominación de origen.

b) Condición precisa para la represión penal de la utilización no autorizada de las creaciones industriales y signos distintivos objeto de estas modalidades de propiedad industrial es el cumplimiento de las formalidades a que legalmente está condicionada su protección jurídica: concesión e inscripción en el correspondiente registro por la OEPM y publicación de su concesión en el BOPI para patentes y modelos de utilidad (art. 49 LP), y registro para modelos y dibujos industriales y artísticos, para topografías de productos semiconductores y para marcas, nombre comercial y rótulo (art. 165 EPI, art. 4 LTPS y arts. 3, 30, 78.1 y 83 LM).

El texto proyectado hace debida justicia a esta exigencia mediante referencias a los titulares registrales de los derechos sobre modelos y dibujos industriales y artísticos, sobre topografías de productos semiconductores (art. 281.3 PCP) o a los derechos exclusivos sobre signos distintivos registrados

conforme a la legislación de marcas (art. 282 PCP); la omisión de una referencia al registro de las patentes y modelos de utilidad no puede en ningún caso interpretarse como extensión de su protección jurídico-penal a un momento anterior al registro: no es admisible una sanción penal de la infracción de la propiedad industrial donde todavía no existe propiedad industrial. De este modo se pone fin a la, ya *de lege data*, incorrecta idea de que el registro no es presupuesto de la protección penal de la propiedad industrial, tan extendida en doctrina y jurisprudencia MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 8.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 309 e *ibi* ulteriores referencias).

c) La acción típica se ha descrito en el PCP de modo desigual en relación con las particulares modalidades de propiedad industrial consideradas. Ello se debe al deseo, expresado en la EM, de incluir una “definición en sede penal de las conductas que merecen la consideración de delitos contra (los derechos de propiedad industrial)”, en lugar de la remisión a la normativa específica. Dado que los actos de infracción no son los mismos para todas las modalidades de propiedad industrial, tampoco puede ser la misma la descripción de la acción delictiva correspondiente. Los resultados de esta técnica, sin embargo, son poco satisfactorios.

i— La proyectada definición penal de las conductas punibles en relación con patentes y modelos de utilidad ha pasado por alto que no toda fabricación, importación, posesión, ofrecimiento, introducción en comercio y uso de los objetos protegidos constituye una violación de los correspondientes derechos exclusivos, aunque se haga con fines comerciales o industriales.

El ofrecimiento, la comercialización y el uso de productos protegidos, como también la posesión e importación con tales fines, no constituye un acto ilícito si respecto de ellos se ha agotado el derecho de patente o de modelo de utilidad según Derecho interno (art. 53 LP); también son libres los actos de explotación excluidos del *ius prohibendi* del titular de la patente o modelo de utilidad por virtud de un derecho de explotación anterior (art. 54 LP) o por realizarse al amparo de las excepciones previstas en los Tratados internacionales ratificados por el Estado (art. 2.d), e y f) LP). Es difícil imaginar que mediante el Derecho Penal se quiera extender el ámbito de protección jurídica de la patente y de los modelos de utilidad. Para evitar esta incongruencia basta traer a esta sede la precisión que, por contra, se establece en los arts. 281.3 PCP y 282 PCP: que la acción considerada infrinja el derecho de propiedad industrial correspondiente.

Siempre en relación con patentes, se aprecian dos llamativos silencios. En primer lugar, la protección jurídica de la patente no sólo se extiende

sobre los productos y procedimientos objeto de la misma (art. 50 LP), sino también sobre los medios para la puesta en práctica de la invención patentada relativos a un elemento esencial de la misma (art. 51 LP). No se alcanza a saber si la falta de incriminación de la llamada explotación indirecta responde al olvido, al deseo de no complicar la redacción del precepto penal o la voluntad de no reprimirla penalmente. En segundo lugar, los efectos de las patentes de procedimiento no sólo alcanzan a la utilización del procedimiento y a la comercialización de los productos directamente obtenidos con su uso, ambas conductas incriminadas, sino también al ofrecimiento de la utilización de un procedimiento patentado (art. 50.b) LP). La omisión aquí, dado el contexto, probablemente obedecerá a un despiste.

ii— Los defectos apuntados no se aprecian en la descripción de las acciones típicas de los delitos de violación de modelos y dibujos industriales y artísticos, topografías de productos semiconductores y signos distintivos, precisamente gracias a la referencia a la infracción de los derechos exclusivos de sus titulares, esto es, a la implícita remisión de la norma penal a la norma mercantil.

La referencia a la infracción de los derechos exclusivos de los titulares, sin embargo, no es del todo suficiente en el caso de violación de marcas, nombres comerciales y rótulos. Aquí, la acción típica se describe mediante una relación no exhaustiva de actos de explotación, cerrada con una genérica referencia a cualquier utilización del signo distintivo que infrinja los derechos exclusivos correspondientes. Esta remisión implícita a la normativa de marcas, lejos de solucionar todos los problemas, hace surgir otros nuevos.

En primer lugar, no todas las actuaciones de tercero sin el consentimiento del titular registral del signo distintivo constituyen utilización del mismo: no lo es ciertamente su supresión (art. 31.3 LM); a la vista del tenor proyectado, y aunque no constituye una utilización del signo distintivo, la modificación de la marca puesta en un producto puede constituir delito, pero no su supresión y sustitución; de este modo, por demás, se despenaliza una conducta que en la actualidad se halla incriminada (art. 281 CP).

En segundo lugar, se establece una especial incriminación de la posesión para comercialización y la comercialización para el caso de que se efectúe “a sabiendas” de que los productos o servicios portan signos distintivos (que sólo pueden ser marcas) con infracción de los derechos exclusivo (art. 282.2 PCP, en relación con art. 31.2.b) LM). Si algún sentido ha de tener esta norma es el de sancionar la conducta descrita sólo en los casos de dolo directo; de otro modo, la norma carece de sentido: comercialización y posesión para la comercialización son utilización que infringe los derechos

exclusivos del titular registral de la marca y, por ello, están comprendidos en el tipo general (art. 282.1 PCP), para el que basta un dolo eventual. Esta diferenciación y mayor precisión de las condiciones de punibilidad de la conducta tiene su lógica sólo en relación con personas que, sin haber colocado ilícitamente la marca sobre los productos o servicios, los poseen para ponerlos en el comercio o los ponen en el comercio. Pero en el tenor proyectado no se aprecia la más mínima particularización del círculo de posibles autores de las acciones típicas. Así las cosas, dado que la comercialización y la posesión para la comercialización de los productos distinguidos con la marca ilícitamente colocada es también un modo de utilización del signo distintivo y dado que las penas previstas son las mismas, lo más razonable es suprimir el párrafo segundo del art. 283 PCP. Su mantenimiento sólo puede acarrear problemas hermenéuticos: en vistas a la comercialización de los productos ilegítimamente distinguidos con una marca no sólo se posee y se pone en comercio, sino que también se ofrece, se importa, se exporta, se realiza publicidad, se usa la marca en la documentación comercial... todas ellas acciones que constituyen una utilización del signo distintivo que infringe los derechos exclusivos del titular registral y que, por tanto, al no quedar incluidas junto a comercialización y posesión constituyen delito según el párrafo primero del art. 282 PCP también cuando no se cometen mediando dolo directo, sino sólo dolo eventual.

iii— La mayor parte de los defectos técnicos apuntados se debe al deseo de evitar la norma penal en blanco, propósito que, como se ha visto, tampoco se ha cumplido enteramente. Como es sabido, constitucionalmente se exige que la norma penal en blanco encierre, al menos, una caracterización básica de la acción delictiva.

En atención a ello, el legislador penal cuenta con dos posibilidades técnicas para formular la acción típica de los delitos contra la propiedad industrial. De un lado, se puede relacionar de forma completa los actos de explotación de cada una de las modalidades de propiedad industrial protegidas penalmente, en todo caso con empleo de los mismos términos que figuren en su normativa específica, seguida de una relación de las excepciones establecidas en las normas propias o bien de una genérica referencia a la infracción de los derechos exclusivos de su titular registral; esta opción sólo parece preferible en el caso de que (conscientemente) no se quiera incriminar alguno de los actos de explotación amparados *prima facie* por el derecho de exclusiva. De otro lado, se puede identificar el núcleo de la acción delictiva en términos claros y rotundos, que permitan conocer su significado directamente, por más que la concreción de su contenido deba buscarse en otras disposiciones normativas, lo que en el contexto que ahora nos preocupa se cumple con la des-

cripción de la acción típica sencillamente como “lesión” del derecho de exclusiva del titular registral de cada una de las modalidades de propiedad penalmente protegida (para el término lesión, cfr. art. 62 LP o art. 35 LM); esta opción es preferible si, como parece, la tutela penal ha de superponerse en toda su extensión a la tutela civil, precisamente porque para llenar el tipo penal es obligado acudir a la normativa específica, donde las infracciones se hallan delimitadas con toda precisión.

4. La divulgación de la invención objeto de una solicitud de patente: un delito contra los intereses de la defensa nacional en sede de propiedad industrial

Como ya he indicado, el delito de divulgación de la invención objeto de una solicitud de patente (art. 283 PCP) no es un delito contra la propiedad industrial, sino un delito contra los intereses de la defensa nacional. Tan grave desenfoque sólo es explicable por una errónea comprensión del sentido del deber de secreto que se impone en relación con la solicitud de patente: cuando sea de interés para la defensa nacional, y a requerimiento del Ministerio de Defensa, la OEPM habrá de decretar la tramitación secreta de la solicitud de patente (art. 119.4 LP), que, una vez concedida, se inscribirá en un registro secreto (art. 120.1 LP) y tendrá la clasificación de secreto (art. 120.2 LP); a fin de que el Ministerio de Defensa pueda determinar si las invenciones para las que se solicita una patente son de interés para la defensa nacional (art. 119.2 y 3 LP), se establece un mandato de secreto del contenido de todas las solicitudes de patentes presentadas ante la OEPM durante un plazo de dos meses, prorrogable hasta cinco meses (art. 119.1 y 2 LP).

a) La importancia de las razones que explican el mandato de secreto atinente a las solicitudes de patentes contrasta con la ausencia de sanciones expresas en la regulación de patentes. Este estado de cosas sólo puede incentivar el incumplimiento del deber de secreto: clasificada la patente como secreta, el titular de la misma bien puede verse en la tesitura de tener prohibida su explotación a cambio de una mera compensación económica.

La afectación de los intereses de la defensa nacional que implica la revelación de la solicitud de patente (y de la propia patente secreta) justifica sobradamente la represión penal. Podría producirse un concurso aparente de normas con el delito de traición (el español o extranjero que, con el propósito de favorecer a una potencia extranjera... revelase información de interés militar susceptible de perjudicar a... la defensa nacional, arts. 561, 563 PCP) y con el delito relativo a la defensa nacional (el que, sin propósito de favorecer a una potencia extranjera,... revelare... información legalmente clasificada relacionada con... la defensa nacional, art. 575 PCP). El concurso de nor-

mas entre los arts. 483 y 561, 563 PCP es posible en todo momento, desde la solicitud hasta la concesión de la patente secreta, pues la traición se produce tanto si se revela información clasificada como si se revela información no clasificada de interés militar susceptible de perjudicar a la defensa nacional. El concurso de normas entre los arts. 483 y 575 PCP sólo se produce en el caso de que la resolución de tramitación secreta por la OEPM o el previo requerimiento del Ministerio de Defensa comporte una clasificación de la invención como secreto, y finaliza con la concesión de la patente secreta, cuya revelación sólo es delito relativo a la defensa nacional.

La consideración de los intereses de la defensa nacional como real bien jurídico protegido, finalmente, hacen que la divulgación de la invención objeto de la solicitud en perjuicio de la defensa nacional, para la que se establece un incremento de la pena (art. 283.2 PCP), sea el único supuesto de hecho punible. De otro modo, si la divulgación no comportare una posibilidad de lesión de los intereses de la defensa nacional, el delito no sería tanto un delito de peligro, cuanto un delito formal.

b) El injusto objetivo consiste aquí en la realización de esta acción “en contravención con lo dispuesto en la legislación de patentes”. Es preciso, pues, volver los ojos hacia la LP, ya no sólo para determinar la conducta relevante, sino también para precisar el bien jurídico protegido.

El objeto de cuya divulgación se trata es “la invención objeto de una solicitud de patente”, para la que se establece un régimen de secreto en los términos indicados *supra*. La posibilidad de aplicar este delito acaba con la concesión de la patente, o incluso antes si la tramitación en secreto comporta la clasificación de la información, pues entonces se debería pasar al delito del art. 575 PCP. No se considera delictivo, en cambio, la divulgación de la invención que es objeto de un modelo de utilidad, con olvido de que las normas sobre secreto en la tramitación y registro son válidas para patentes y para modelos de utilidad (art. 154 LP).

El mandato de secreto establecido por la legislación de patentes está dirigido al solicitante (arg. *ex* art. 119.5 LP). Conocimiento de la obligación y, por lo tanto, posibilidad de divulgación, en cambio, tienen también los funcionarios de los órganos administrativos involucrados: la OEPM y el Ministerio de Defensa, así como los terceros, en especial los trabajadores y administradores sociales del solicitante. En ambos casos, se produce un concurso ideal de delitos: para la divulgación por parte de un funcionario, con el delito de infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos (arts. 394 ss. PCP); para la divulgación por particulares que no son el solicitante, con el delito de revelación de secretos empresariales (art. 285 CP).

La divulgación incriminada comprende las diversas conductas que están prohibidas expresamente en la relación con la solicitud: toda actuación que permita el conocimiento de la invención por personas no autorizadas (art. 119.5 LP) que sólo son los funcionarios de la OEPM encargados de la tramitación y registro de la solicitud (art. 119.1, 2 y 120.3) y los del Ministerio de Defensa encargados de determinar si la invención descrita y reivindicada es de interés para la defensa nacional (arts. 119.3 ,4, 6 y 120,3). Entre los actos de divulgación se cuentan, pues, no sólo la comunicación al público en general, sino también la comunicación a persona o personas determinadas e incluso la explotación de la invención (arg. *ex* art. 119.6 LP) y la solicitud de una patente para la invención en un país extranjero (art. 122 LP).

III. DELITOS CONTRA EL MERCADO

1. Consideraciones generales: el orden concurrencial como bien jurídico penalmente protegido y los intereses considerados en su protección como criterio de sistematización

Los delitos contra el mercado son los delitos de aprovechamiento y revelación de secretos empresariales (art. 284.1 y 285 PCP), la realización de afirmaciones falsas acerca de tercero susceptibles de lesionar su capacidad competitiva (art. 284.2 PCP), la formulación de ofertas o publicidad de productos o servicios con alegaciones falsas o manifestación de características inciertas (art. 287.1 PCP), las maquinaciones para alterar el precio de las cosas (art. 288 PCP) y el incumplimiento de las intimaciones dictadas por el organismo administrativo encargado de la defensa de la competencia (art. 289 PCP).

a) El bien jurídico protegido no es propiamente el mercado como institución, sino el orden concurrencial del mercado, la competencia económica como principio político y normativo de rango constitucional (art. 38 CE) que sienta el modelo de formación de las relaciones económicas en el mercado y gobierna el comportamiento de los operadores económicos en el mercado.

Probada históricamente la insuficiencia del Derecho privado tradicional, la tutela y, en su caso, reinstauración de la competencia económica se lleva a cabo a través de una normativa específica, el Derecho de la competencia, en el que se integran tanto el Derecho contra la competencia desleal como el Derecho contra las restricciones de la competencia. A esta tutela se suma ahora la protección jurídico-penal instituida a través de los delitos contra el mercado.

La protección jurídica (civil, administrativa y penal) de la competencia económica tiene por finalidad el aseguramiento de la operatividad del orden concurrencial y, a la vez, la salvaguardia de la libertad individual al ejercicio de la actividad económica en el mercado y de la libertad de elección de los consumidores. Como consecuencia, la construcción del ilícito ha de integrar los intereses de todos los que esperan la obtención de sus objetivos económicos y la satisfacción de sus necesidades económicas y sociales en y a través del mercado; la protección de la competencia económica se desenvuelve, pues, “en interés de todos los que participan en el mercado”: los competidores (*rectius* agentes económicos profesionales), y los consumidores, así como en interés de la generalidad o interés público.

b) En atención al interés de los protegidos por el Derecho de la competencia agredido en particular por la acción delictiva, siguiendo así el criterio de sistematización propuesto en materia de competencia desleal (propuesta y fundamentada por MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 123 a 132, 136 a 139), los diversos delitos contra el mercado pueden agruparse como: delitos contra el mercado que fundamentalmente afectan a los competidores, por cuanto implican una obstaculización directa de la actividad empresarial ajena o una expoliación de la posición ganada en el mercado por otro: delitos contra el mercado que afectan en esencia a los intereses de los consumidores, en cuanto tienen de agresión a la autonomía del consumidor en la toma de decisiones de mercado; delitos contra el mercado que afectan principalmente al interés general, por cuanto son actos que desestabilizan las bases institucionales del sistema concurrencial.

2. Los delitos contra el mercado que afectan primordialmente al interés de los competidores: violación de secretos

Los delitos contra el mercado que afectan primordialmente al interés de los competidores son los delitos de apoderamiento y revelación de secretos empresariales ajenos (arts. 284.1 y 285 PCP), que representan una expoliación de la posición ganada por la víctima en el mercado incompatible con el principio de la competencia de prestaciones, y, de otro lado, los delitos de realización de afirmaciones falsas relativas a un competidor (art. 284.2 PCP) y de realización de oferta o publicidad de productos o servicios con alegaciones falsas o manifestación de características inciertas sobre ellos susceptibles de perjudicar a un competidor (art. 287.2 PCP).

a) El medio fundamental para la tutela jurídica de los secretos empresariales es la acción de competencia desleal: la violación (apropiación, divulgación y explotación) de secretos empresariales constituye, en determinadas

circunstancias, un acto de competencia desleal (art. 13 y 14 LCD: GALÁN, E., “Supuestos de competencia desleal por violación de secretos”, en BERCOVITZ, A., *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991*, BOE-Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pág. 91 ss.).

El artículo 284.1 PCP tipifica como delito el apoderamiento del secreto con la finalidad de descubrirlo o revelarlo; esta conducta coincide sustancialmente con la adquisición de secretos considerada desleal *per se* (art. 13.2 LCD), pero las sanciones civiles normalmente no serán suficientes para prevenir el espionaje industrial: el autor de la apropiación, el espía industrial o el que induce al espía industrial sólo se arriesga a una prohibición de divulgación, a una orden de restitución de los soportes y a una condena a la reparación de daños (pero no de perjuicios, que todavía no se han producido).

El art. 285 PCP, por su parte, tipifica la revelación del secreto empresarial al que se ha tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva; la conducta se corresponde enteramente con la divulgación desleal (art. 13.1 LCD). Tampoco son suficientes aquí las sanciones civiles: la insalvable desproporción entre el daño y perjuicios que ocasiona la revelación y la capacidad económica de su autor material impide que el resarcimiento pueda operar como freno suficiente para detener al que mediante precio o por despecho resuelve desvelar un secreto empresarial ajeno del que conoce con deber de reserva.

b) El bien jurídico protegido aparece identificado de una doble manera: en el tipo relativo al apoderamiento, como secreto de empresa y, en el tipo relativo a su revelación, como secreto de industria o de empresa.

La contraposición entre secreto de industria y secreto de empresa carece de justificación: el secreto de industria sólo es una clase de la categoría genérica de los secretos de empresa o secretos empresariales (art. *ex* art. 13.1 LCD). En consecuencia, el secreto de empresa comprende toda información técnica relativa a cualquiera de los ámbitos de la actividad empresarial: industrial (información sobre la fabricación de un producto o prestación de un servicio) o comercial (información sobre clientela, proveedores) o administrativo (funcionamiento interno de la empresa). Por ello es aconsejable obviar la contraposición y referir ambas normas a los secretos empresariales. Así se evita un estrecho entendimiento del bien jurídico protegido que pudiera concluir en la exclusión de protección penal para los secretos comerciales, tal y como ocurriera en relación con el art. 499 CP (MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, ob., cit., p. 158, que cita la definición de GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial (know-how). Concepto y pro-*

tección, ob. cit., pp. 51 a 57, 65 y 66, que inicialmente limitó a los secretos de industria, pero que posteriormente revisó a fin de integrar los secretos relativos al ámbito de lo comercial y de lo organizativo en “Algunos aspectos de la licencia de know-how”, 7 ADI 1981, p. 208).

Pero los tipos penales de violación de secretos empresariales no se limitan a identificar el secreto empresarial como realidad económico-social tutelada, sino que además entran a definirlo; algo que no ha hecho el legislador civil. En efecto, la limitación de la sanción penal a los supuestos de violación de un secreto de empresa evaluable económicamente y que comporte ventajas competitivas no es una especificación del secreto empresarial protegido, sino una definición del mismo, formulada sobre pautas doctrinales GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial (know-how). Concepto y protección*, ob. cit., p. 66, o MASSAGUER, J., *El contrato de licencia de know-how*, ob., cit., 1989, pp. 40 a 42). Estas exigencias sólo expresan el contenido del valor patrimonial que es elemento intrínseco del secreto empresarial: no hay secreto empresarial si la información objeto del mismo carece de valor económico o no proporciona a su titular una ventaja competitiva.

c) La configuración de la acción típica está lastrada aún por su asentamiento originario entre los delitos sobre descubrimiento y revelación de secretos; la recolocación sistemática revela una correcta comprensión de la trascendencia económica e institucional de su protección penal: se salvaguarda la posición ganada en el mercado con el esfuerzo propio y se preserva la competencia por eficiencia de las prestaciones; pero no se ha plasmado en la formulación del injusto, que sigue anclado en la protección de la intimidad.

i— Así, el apoderamiento no se trata como adquisición ilegítima, sino como aprehensión material de los objetos que incorporan el secreto o captación de su sustancia a través de medios que posibilitan una intromisión en la esfera reservada de las personas; es llamativa la remisión al art. 198 PCP.

Probablemente las exigencias del principio de legalidad impiden adoptar una formulación como “adquisición ilegítima” (art. 13.1 LCD) y obligan a especificar con precisión las acciones que permiten tal adquisición ilegítima; pero aquí, donde están prohibidas las interpretaciones extensivas, precisión es sinónimo de anquilosamiento y petrificación. En la actualidad es insuficiente la relación de medios técnicos considerados aptos para procurarse el conocimiento de un secreto empresarial: se echa de menos la entrada en las memorias electrónicas de los ordenadores seguida de reproducción de los archivos deseados en la memoria del ordenador desde el que se accede. Pero no sólo es insuficiente por falta de adaptación a las novedades tecnológicas, sino también por olvido de los medios tradicionales: lectura o escucha física y

memorización.

ii— La configuración de la acción típica de la revelación de secretos empresariales es, por contra, más vaga. La revelación delictiva debe consistir tanto en la comunicación o transmisión del secreto industrial a una o varias personas en particular, como al público en general. Ahora bien, si se considera que entre los delitos contra la intimidad se incriminan como acciones aparentemente distintas la difusión y la revelación (art. 198.3 I PCP) y después sólo la revelación (art. 199.1 PCP) o sólo la divulgación (art. 199.2 PCP), no deja de ser cuestión abierta si la revelación del art. 285 PCP comprende también la difusión, entendida como divulgación. Si, como es de suponer, la sanción ha de alcanzar al que comunica a un tercero o terceros determinados y, con más razón por la gravedad del perjuicio causado a la ventaja competitiva atribuida por el secreto empresarial, al que divulga, sería deseable una mayor precisión terminológica, con el añadido de la difusión en esta sede.

Finalmente, autores del delito de revelación de secretos empresariales sólo pueden ser los que están legal o contractualmente obligados a guardar reserva, como más apropiadamente se expresa para la determinación de la violación de secretos desleal: los que han accedido a los secretos empresariales de modo legítimo pero con deber de reserva (art. 13.1 LCD). Soportan un deber legal de secreto respecto de ciertos secretos empresariales los administradores de las sociedades de capitales (art. 132.2 LSA, art. 15 LSRL) y los trabajadores, sea en general durante la relación laboral y tras su extinción (art. 5a), 20.2 y 54.2b) ET y art. 72 LCT) o en el marco de invenciones laborales (art. 18 LP). Los deberes contractuales de confidencialidad se establecen en el marco de contratos de licencia de know-how, cuya licitud está condicionada al mantenimiento del carácter secreto de la información (art. 2(1)1 y 2 RCEE 556/89).

iii— Tal y como está formulada, la previsión de la aplicación en su mitad inferior de las penas previstas para la revelación al que utilizare el secreto empresarial en su provecho propio (art. 285.1 PCP) no incrimina la explotación del secreto por la persona que haya tenido conocimiento del mismo de modo lícito pero esté sometido a una prohibición de uso legal, como los trabajadores después de la finalización de la relación laboral (art. 72 LCT), o convencional, como el licenciatario de know-how tras la extinción del contrato (art. 2(1)1 RCEE 556/1989); ni incrimina su explotación por la persona que lo adquiere de tercero que haya tenido conocimiento del mismo en modo ilegítimo, sin ser cooperador necesario o inductor.

A la vista de ello (y no obstante las advertencias doctrinales, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, suplemento a la 8.^a ed., Tirant lo

Blanch, Valencia, 1990, p. 29), la explotación ilegítima de un secreto empresarial sólo podrá ser reprimida penalmente en la medida en que a la revelación preceda un apoderamiento punible.

3. Realización de afirmaciones falsas relativas a un competidor y realización de oferta o publicidad con alegaciones falsas o manifestación de características inciertas sobre los productos o servicios promovidos

El segundo de los delitos contra el mercado que afecta principalmente a los competidores es la realización de afirmaciones o alegaciones falsas, sancionadas por separado según su objeto y efecto: de una parte, se incrimina la realización de afirmaciones falsas sobre el establecimiento, productos, actividad económica o situación financiera de la víctima que es susceptible de lesionar su capacidad competitiva (art. 284.2 PCP) y, de otro, la formulación de alegaciones falsas en la oferta o publicidad de los propios productos o servicios que pueda perjudicar al competidor (art. 287.1 PCP).

La realización de afirmaciones o alegaciones falsas, sean referidas a las prestaciones, establecimiento o actividad de un tercero o las prestaciones del que las hace, puede constituir actos de competencia desleal; según los casos actos de engaño (art. 7 LCD) o actos de denigración (art. 9 LCD). El ilícito de deslealtad concurrencial y el ilícito penal poseen un bien jurídico protegido común: la competencia económica como institución pero adoptan perspectivas diversas y, hasta cierto punto, incompatibles; se puede decir que entre el injusto concurrencial y el injusto penal media un abismo: en sede de competencia desleal, el engaño y la denigración se prohíben y reprimen por cuanto tienen de mecanismos para suprimir o reducir la transparencia en el mercado y, así, la racionalidad y eficiencia de las decisiones de los consumidores; en sede penal, en cambio, por cuanto tienen de agresión a la posición ganada en el mercado por el competidor —en teoría, aunque no hubiera perjuicio para el consumidor. Esto entra en contradicción sistemática con el cambio del modelo profesional por el modelo social de represión de la competencia desleal actuado con la última reforma: la ilicitud concurrencial del engaño o denigración reside en la agresión a la libertad de decisión de los consumidores (art. 7LCD); los intereses de los competidores sólo se tutelan de modo indirecto, su afectación no es, como aquí, elemento estructural del ilícito (no obstante, art. 4.1 *in fine* LGP).

Los riesgos prácticos de esta contradicción sistemática, sin embargo, no son alarmantes: la lesión de la capacidad competitiva o el perjuicio notorio del competidor dependen del entendimiento efectivo de la información falsa por el destinatario; en otras palabras, sin engaño del destinatario, la realiza-

ción de afirmaciones o alegaciones falsas es inhábil para perjudicar a un competidor.

Así pues, ya no sólo por motivos de congruencia sistemática, sino también a fin de evitar la tutela penal de unos intereses no protegidos específicamente por la legislación civil es altamente aconsejable suprimir el art. 284.2 PCP y suprimir la mención relativa a los competidores del enunciado del art. 287.1 PCP. De este modo, el ilícito de publicidad engañosa se construye enteramente sobre la agresión a la autonomía de decisión de los consumidores. Para conseguir la protección mediata de los intereses de los competidores en la transparencia del mercado basta con añadir en el texto del art. 287.1 PCP: “publicidad de sus productos o servicios, establecimientos o actividad económica”, de un lado, y, de otro, “sobre los mismos o sobre los de terceros”, añadido éste que también es necesario desde la óptica de los consumidores.

Veamos ahora los elementos básicos del art. 284.2 PCP; del art. 287.1 PCP trataré como delito contra los consumidores.

a) Sujetos activos del delito de afirmaciones falsas sobre un tercero son personas que puedan obrar con fines industriales o comerciales. Ello no equivale a exigir que entre autor y víctima exista una relación de competencia; basta con que el autor efectúe la acción típica en el marco de su actividad industrial o comercial: editorial que publica un ensayo comparativo de dos productos. No pueden ser sujetos activos de este delito ni los profesionales liberales, ni las asociaciones de consumidores o los sindicatos.

b) La acción típica consiste en la realización de afirmaciones falsas. El contexto en que se producen las referidas afirmaciones parece indiferente; pero en todo caso se precisa una exteriorización de las mismas. Estas afirmaciones falsas coinciden con las alegaciones falsas del delito de publicidad engañosa, por lo que remito a lo que diré *infra* sobre su significado.

Objeto de la afirmación falsa es el establecimiento, los productos, la actividad económica o la situación financiera de la víctima. En la relación se echa de menos la expresa mención de los servicios y de las relaciones comerciales que se mantienen con terceros; igualmente destaca la omisión de toda referencia a las circunstancias exclusivamente referidas a la persona del afectado o a sus trabajadores o administradores (por contraste con la deslealtad *per se* de la publicidad de tono estrictamente personal en el art. 9 II LCD), cuya sanción penal habrá de construirse en sede de calumnias o injurias (art. 204 ss. PCP), por tanto con independencia de la lesión de la competitividad del afectado.

c) El injusto del tipo se funda en la falsedad de las afirmaciones y en su aptitud para lesionar la capacidad competitiva de la víctima. La falsedad de las afirmaciones es la misma que la de las alegaciones del delito de publicidad engañosa, por lo que remito a lo que diré *infra*.

El segundo elemento del injusto hace de este delito un ilícito de peligro: para que la realización de las afirmaciones falsas que nos ocupan constituya delito no es preciso que efectivamente lesionen la capacidad competitiva del afectado, basta con que sean aptas para producir tal lesión. La realización de las referidas afirmaciones falsas constituye un delito consumado también en el caso de que no hubieran tenido difusión (pero, por su contenido, de haberla tenido habrían lesionado la capacidad competitiva de la víctima). La lesión de la capacidad competitiva comprende el menoscabo del crédito en el mercado o desmerecimiento de la imagen de su establecimiento, productos o actividad en el mercado, pero no se agota en la mera denigración; así, también puede ser delictiva la afirmación falsa de que las existencias del competidor se han terminado.

4. El delito contra el mercado que afecta primordialmente al interés de los consumidores: la formulación de ofertas o publicidad de productos o servicios con alegaciones falsas o manifestaciones de características inciertas

El delito contra el mercado que afecta primordialmente al interés de los consumidores es la formulación de ofertas o publicidad de productos o servicios con alegaciones falsas o manifestación de características inciertas (art. 287.1 PCP), al que en adelante me referiré como delito de publicidad engañosa, como gusta denominar a esta figura la doctrina penalista (MARTÍNEZ PÉREZ, C., “Delitos publicitarios”, *Documentación Jurídica* núms. 37-40, 1983, vol. II, pág. 768 ss., ID., “Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa”, CPC núm. 22, 1984, pág. 33 ss. ID., “La Ley General de Publicidad y el futuro delito publicitario”, 13 ADI 1990, pág. 81 ss.).

a) La formulación de alegaciones falsas o la manifestación de características inciertas en las ofertas o publicidad de fabricantes y comerciantes (art. 287.1 PCP) es, por un lado, un acto de engaño (art. 7 LCD) y publicidad engañosa (arts. 4 y 5 LGP) y, por otro lado, una infracción de las muy numerosas disposiciones de naturaleza administrativa que sientan un principio de veracidad para la publicidad, promoción y oferta dirigidas a los consumidores (art. 8.1 LCU y entre las autonómicas, *ad ex.* arts. 16, 22, 23 LC de Galicia). A esta completa panoplia de sanciones civiles y administrativas se suma el delito de publicidad engañosa (art. 287.1 PCP). Ciertamente no es una nove-

dad en el panorama del Derecho comparado; en realidad es notable la similitud entre el art. 287.1 PCP y el § 4 UWG (*vide* BAUMBACH, A. y HEFERMEHL, W., *Wettbewerbsrecht*, 16.^a ed., C.H. Beck, Munich, 1990, § 4 UWG, p. 1.002 ss.).

Desde un punto de vista operativo existe una fundamental diferencia entre las acciones de competencia desleal y publicidad ilícita, de un lado, y la acción penal contra la publicidad engañosa: el Juez que conoce de aquellas primeras está facultado para imponer al demandado la carga de la prueba de la veracidad y exactitud de sus afirmaciones y manifestaciones (art. 26 LCD y art. 29.b) LGP); en sede penal la prueba de la falsedad o de la incerteza compete siempre al querellante o al Ministerio fiscal (con la imputación del coste que ello puede representar a los presupuestos del Estado). La incriminación de la publicidad engañosa suma una nueva Administración a los ya numerosos organismos estatales y autonómicos que actualmente se ocupan de vigilar y reprimir la actividad publicitaria ilícita, con el implícito incremento de dineros públicos destinados a su control (sin contar los que se dirigen a financiar a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios).

b) Sujeto activo únicamente pueden ser los fabricantes o comerciantes. La elección de estos términos dificulta incluir en el círculo de sujetos activos a otros operadores económicos profesionales que se relacionan con consumidores y desarrollan su actividad económica en el mercado, pero se dedican a actividades que no son industria ni comercio. En particular me refiero a los profesionales liberales. La exclusión no aparece justificada en un ordenamiento que somete a los profesionales liberales a las exigencias del orden concurrencial del mercado (art. 3.1 LCD) y que, por tanto, sanciona como actos de engaño las prácticas por ellos realizadas que induzcan a error a las personas a las que se dirijan o alcancen (art. 7.2 LCD).

c) La acción típica, presentada como oferta y publicidad, comprende toda comunicación dirigida a terceros, el público en general o persona o personas determinadas. La comunicación puede realizarse de cualquier modo, incluida su incorporación en el mismo producto o en su presentación. La oferta o la publicidad han de tener por fin la promoción de productos o servicios propios del oferente o anunciante; queda excluida del tipo, pues, la publicidad que directamente promocióne el establecimiento o la actividad, no sé si de forma consciente y justificada (*vide* art. 284.2 PCP).

El contenido de la oferta o publicidad ha de consistir en alegaciones falsas o manifestación de características inciertas relativas a los productos o servicios ofrecidos o anunciados; esta diferenciación es innecesaria: la manifestación de una característica incierta es, sin duda, una alegación falsa. Nada

obliga a interpretar el término alegación a comunicación mediante lenguaje o signos de lenguaje, por lo que sería preferible una mayor parquedad en la expresión (*vide* art. 284.2 PCP). Las alegaciones y manifestaciones efectuadas con la oferta o publicidad han de poder valorarse en términos de veracidad/falsedad. En consecuencia, la expresión de opiniones o juicios de valor está excluida del tipo; tal exclusión sólo alcanza, no obstante, a las opiniones o juicios de valor puros: no impide, en cambio, el enjuiciamiento en esta sede de las opiniones que, como ocurre en buena parte de los casos, pueden ser objetivadas a través de su conexión con determinados hechos o con determinados conocimientos.

A pesar de la formulación positiva, no puede descartarse la comisión de la acción típica mediante omisión. La omisión, sin embargo, sólo puede ser ilícita si afecta a datos o extremos esenciales de la oferta o publicidad. Para determinar el carácter esencial de un dato ha de considerarse lo dispuesto en las muchas normas que establecen la cantidad y naturaleza de la información que el oferente ha de procurar a los consumidores: la oferta, promoción y publicidad debe ajustarse a la naturaleza, características, condiciones, utilidad y finalidad de las prestaciones (art. 8.1 LCU). Especialmete intensa es la regulación de la información que se procura al consumidor acerca del precio: precio completo, con indicación, en su caso, del importe de los incrementos o descuentos y de los costes adicionales por servicios accesorios, financiación, aplazamiento o similares (art. 13.1d) LCU). Además, son numerosas las prescripciones sobre la información que debe contenerse en el etiquetado y presentación de los productos.

d) Los elementos objetivos del injusto son, de una parte, la falsedad de las alegaciones hechas o la incerteza de las características manifestadas y, de otro lado, la posibilidad de causar con ello un perjuicio notorio a consumidores y/o competidores,

i— La falsedad/veracidad de una alegación o de una manifestación relativa a un producto no es extremo que deba apreciarse en términos objetivos y absolutos, sino subjetivos y relativos. Esto es, la falsedad/veracidad no puede hacerse depender de la correspondencia de lo alegado o manifestado con la realidad, sino del modo en que son comprendidos por los destinatarios de la oferta o publicidad. Es preciso establecer esta vinculación no tanto por motivos prácticos —una alegación falsa que el público no toma por verdadera es inhábil para perjudicar notablemente (no “notoriamente”) a los consumidores—, cuanto por razones sistemáticas: la formulación de afirmaciones verdaderas que inducen a error es tan desleal como la formulación de afirmaciones falsas que inducen a error; no incluido en el tipo penal una referencia al error de los destinatarios de la oferta o publicidad, una interpretación

objetivista impide incriminar la formulación de alegaciones veraces o la manifestación de características ciertas que, no obstante y dado el contexto, son incorrectamente interpretadas por los consumidores.

El elemento decisivo del tipo no es el medio empleado (la alegación falsa o la característica incierta), sino la creencia errónea provocada con su formulación o manifestación en el destinatario. Por ello, también es relevante el empleo de indicaciones que son verdaderas si, dado el contexto, son susceptibles de ser comprendidas de modo incorrecto, pero no lo es el empleo de indicaciones falsas que, de nuevo en el contexto, son correctamente entendidas por sus destinatarios. La falsedad de las alegaciones o características contenidas en la oferta o en la publicidad, pues, es punible si da origen a una incorrecta representación de la realidad en sus destinatarios. La prueba de este extremo, que es distinta de la relativa a la veracidad y exactitud de las manifestaciones valoradas, debe ser presupuesto ineludible para la condena. Ello obliga a acomodar el juicio a las características de los destinatarios — con la implícita exigencia de que el juez se abstenga de sustituir el parecer del destinatario por el suyo propio—, en particular a atender al tipo de prestaciones promocionadas, a las condiciones en que el destinatario tomo conocimiento de la información y, por último, a hallar el parecer del destinatario medio del círculo de destinatarios efectivos.

ii— No basta, sin embargo, con la falsedad en los términos de la oferta o de la publicidad para fundar la ilicitud penal de la acción; es, además, necesario que de este modo pueda perjudicarse “notoriamente” (imagino que notablemente) a los consumidores. El encuadramiento del delito de publicidad falsa entre los delitos relativos al mercado comporta una implícita asunción de que el perjuicio relevante es un perjuicio de naturaleza patrimonial, en cuyo caso el delito publicitario, precisamente por la notoriedad requerida, comparte escena con el delito de estafa. Sin duda el perjuicio patrimonial es relevante a estos efectos, pero no el único que es relevante.

La sistemática legal, en particular la inclusión de la norma en un Capítulo que comparten los delitos contra el mercado y contra los consumidores sin distinción ulterior, así como la referencia final a la aplicación cumulativa de las penas que correspondan por la comisión de otros delitos, obliga a considerar relevante el perjuicio que, como consecuencia de la publicidad engañosa, pueda sufrir cualquiera de los derechos básicos de los consumidores constitucionalmente instaurados, en particular la protección de la salud y de la integridad y la protección de los legítimos intereses económicos (art. 51.1 CE y art. 2 LCU). Así, constituye un delito de publicidad falsa la consignación de indicaciones no veraces acerca del uso de un producto si, como consecuencia de ello, se pone en peligro la seguridad de los consumidores o su

salud, sin perjuicio de que en el primero de estos casos pueda concurrir un delito de lesiones (art. 155 PCP) y en el segundo un delito contra la salud pública (art. 342 ss. PCP).

2. Los delitos contra el mercado que afectan primordialmente al interés público son el de alteración del precio de las cosas (art. 288 PCP) y el de incumplimiento de las resoluciones firmes del organismo encargado de la defensa de la competencia ordenando la cesación de una práctica prohibida (art. 289 PCP).

a) La alteración del precio de las cosas (art. 288 PCP) es trasunto del vigente delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas (art. 540 CP). Las diferencias consisten en la debida puesta al día; dejando al lado la modificación de la pena, se suprime la referencia a las noticias tendenciosas y a las maquinaciones, y se introduce la utilización de información privilegiada como medio para alterar el precio de las cosas y, finalmente, se eliminan las monedas, se añaden los servicios y se consigna la mención de los títulos valores entre las cosas a las que se refiere la alteración del precio.

El ordenamiento jurídico mercantil sólo trata incidentalmente las acciones de esta clase. La alteración del precio mediante la difusión de noticias falsas podría enjuiciarse como acto de engaño desleal (art. 7 LCD) o como publicidad engañosa ilícita (arts. 4 y 5 LGP). La alteración del precio mediante la utilización de información privilegiada podría enjuiciarse como una contravención de las normas de conducta impuestas en el mercado de valores (art. 81 ss. LMV); a estas sanciones se suma la sanción jurídico-penal reservada al uso de información privilegiada por un funcionario público o autoridad (art. 368 CP).

b) Desde un punto de vista técnico jurídico y en lo que hace al empleo de conceptos procedentes del Derecho Mercantil la nueva redacción merece alguna consideración.

De un lado, la información privilegiada es objeto de una definición legal para las operaciones del mercado de valores: información de carácter concreto, que se refiera a uno o varios emisores de valores o a uno o varios valores, que no se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría o habría podido influir de manera apreciable sobre la cotización de ese o de esos valores (art. 81.3 LMV).

De otro lado, el cambio de la expresión actual “títulos o valores” por la expresión “títulos valores” entre las cosas cuya alteración de precio puede ser delictiva no es excesivamente afortunada; ello no tanto por la conveniencia de modificar la expresión vigente, cuanto por el modo en que se ha

hecho. Sin duda, la modificación tiene la vista puesta en el mercado de valores, al menos así permite pensarlo la anterior referencia a la información privilegiada, pero olvida que el objeto de colocación y negociación en los mercados de valores no son los títulos valores, sino los valores. El título no es, actualmente, sino una de las posibles formas de representación de los valores (art. 5 LMV); la otra forma de representación es la anotación en cuenta; los valores representados mediante anotaciones en cuenta no son títulos valores (Preámbulo Real Decreto 505/1987), ni tampoco, “otras cosas muebles”, sino derechos en estado puro cuya peculiaridad reside en el especial régimen de representación y transmisión; por ello, la modificación proyectada tiene el efecto de despenalizar el uso de información privilegiada que altere indebidamente el precio de los valores representados mediante anotaciones en cuenta; téngase presente que acciones y obligaciones admitidas a cotización en Bolsa han de estar imperativamente representadas mediante anotaciones en cuenta (art. 10.5 L 19/1989). Es preciso, pues, dar marcha atrás y mantener la vieja expresión o, si se prefiere, sustituirla por la expresión “valores”, dado que los títulos-valores sí tienen la naturaleza de cosas muebles y, por tanto, quedan incluidos en la cláusula final de cierre.

3. La incriminación de la inobservancia de las intimaciones del organismo administrativo encargado de la defensa de la competencia a través de un tipo propio es una novedad en relación con la normativa en vigor. Antes que de la respuesta a una necesidad de pena se trata, sin lugar a duda, de una declaración expresa de la importancia que se atribuye a la política de competencia.

a) Si la sanción penal es el mecanismo adecuado para reforzar la aplicación de las normas de defensa de la competencia es cuestión de dudosa legitimidad y, lo que es peor, de dudosa eficacia.

Por una parte, la normativa específica de defensa de la competencia establece medidas específicas para prevenir y sancionar el incumplimiento de las órdenes de cesar en la realización de prácticas prohibidas. A fin de asegurar el cumplimiento de sus resoluciones el TDC está facultado para imponer las llamadas multas coercitivas, fijadas en cantidades de 10.000 a 150.000 pts. por cada lapso de tiempo que estime suficiente para dar cumplimiento a la cesación ordenada (art. 11 LDC). Esta posibilidad se extiende también al aseguramiento de la observancia de las medidas cautelares (art. 45.4 LDC). No creo que la incriminación aporte necesariamente mayor seguridad en el cumplimiento que las multas coercitivas, especialmente si se considera que la pena puede consistir en una nueva multa; antes bien, su efecto práctico puede ser contraproducente: por virtud del *non bis in idem*, la sanción penal cierra la posibilidad de la sanción administrativa más gravosa, de un lado, y

de otra, la ejecución de la multa coercitiva encontrará la oposición de la prejudicialidad penal, con el consiguiente beneficio de los menores costes de la sanción y la mayor lentitud del procedimiento.

Por otra parte, el incumplimiento de estas resoluciones administrativas habría sido igualmente objeto de sanción penal sin necesidad de tipificación especial, como supuesto de desobediencia (art. 237 CP y art. 506 PCP).

b) En el aspecto técnico, la formulación del tipo destaca por su carácter de norma en blanco. En dos puntos es preciso acudir a normativa meta-penal para precisar el contenido y significado de la acción típica: para precisar el organismo administrativo encargado de la defensa de la competencia, las resoluciones de cuyo incumplimiento se trata y las prácticas prohibidas legalmente.

i— La determinación del organismo administrativo competente en materia de defensa de la competencia comporta una cuestión previa acerca del Derecho sustantivo penalmente considerado. El Derecho de defensa de la competencia del Estado está integrado por normas internas y por normas comunitarias, que tienen efecto directo, son inmediatamente aplicables y gozan de primacía sobre las de Derecho interno. El control del cumplimiento de las normas internas corresponde al SDC y al TDC, pero sólo este segundo organismo dicta resoluciones intimando a cesar en la realización de prácticas prohibidas. El control y aplicación de las segundas compete también a los organismos comunitarios, en particular es la CE el organismo administrativo competente para dictar decisiones de cesación de las prácticas prohibidas. A falta de mayor precisión, las resoluciones cuyo incumplimiento integra la acción típica son las del TDC, en aplicación del Derecho interno o del Derecho CEE, y, por su eficacia directa, las de la CE en aplicación del Derecho CEE.

ii— Las resoluciones con intimación de cesación cuya inobservancia puede ser constitutiva de delito son sólo las resoluciones firmes que contengan una intimación a cesar en la práctica prohibida, lo que parece excluir a las resoluciones por las que se dicten medidas cautelares, pues no contienen intimaciones a cesar y pueden ser suspendidas o modificadas en cualquier momento (art. 45 LDC).

iii— Las prácticas prohibidas legalmente, de su lado, son los acuerdos restrictivos de la competencia (art. 1 LDC y art. 85 TCEE), el abuso de posición dominante (art. 6 LDC y art. 86 TCEE) y el falseamiento de la competencia a través de los actos de competencia desleal (art. 7 LDC). La formulación del tipo deja fuera la inobservancia de las diversas órdenes contenidas, según los casos, en una resolución contraria a una concentración económica

de relevancia interna o de relevancia comunitaria (art. 17.c) LDC y arts. 7.2 y 8.3 y 4 RCEE 4064/1989). Tales resoluciones y decisiones no contienen propias “intimaciones a cesar”, las concentraciones económicas no son tampoco propias “prácticas prohibidas legalmente” ni, al menos en el caso español, el organismo emisor de estas órdenes, que es el Gobierno, es propiamente “el organismo administrativo encargado de la defensa de la competencia”.

IV. DELITOS RELATIVOS A LOS CONSUMIDORES

1. Consideraciones generales

Se ha reservado la calificación de delitos relativos a los consumidores para aquellos delitos de este Capítulo XII en los que el bien jurídico protegido son los intereses de los consumidores directamente, esto es, considerados en sí mismos y no en relación con el juego del mercado. Delitos de esta clase son la detracción de materias primas o productos de primera necesidad del mercado (art. 286 PCP) y la manipulación de los aparatos automáticos de medición (art. 287.2 PCP).

2. Detracción de materias primas o de productos de primera necesidad

La detracción de materias primas o de productos de primera necesidad puede ser enjuiciada como ilícito de defensa de la competencia: bien como acuerdo restrictivo, cuando resulta de la concertación de diversos operadores económicos profesionales (art. 1 LDC), o bien como abuso de posición de dominio, cuando resulta de la conducta observada por quien detenta una posición dominante en el mercado (art. 6 LDC). Igualmente, la detracción podría reconducirse, al menos en algunos casos, a un supuesto de boicot o discriminación, que son actos de competencia desleal *per se* cuando se realizan frente a los consumidores (art. 16.1 LDC) y que también lo son cuando se realizan frente a empresarios si éstos ocupan una posición de dependencia frente a los autores de la conducta (art. 16.2 LCD). A estas prohibiciones se suman las que se establecen en la normativa de defensa de los consumidores y usuarios (*ad ex.* art. 4.e) y f) LCU de Cataluña).

En la norma penal existe un propósito de defensa de intereses sociales, especialmente manifiesto en su apartado segundo, que se halla por encima de la mera tutela del funcionamiento concurrencial del mercado, y que permite que aquélla actúe en supuestos en los que ésta es inoperante: el mero desabastecimiento del mercado no es un ilícito concurrencial si no va acompañado del efecto del alza de precios o monopolización de un mercado paralelo.

En la línea de la norma penal se encuentran, por contra, las normas administrativas de defensa de los consumidores y usuarios; ahora bien, ni la ley estatal general establece una prohibición general de la detracción, ni semejante prohibición se recoge en todas las leyes autonómicas en la materia.

El tipo objetivo proyectado carece de elementos cuya inteligencia dependa de conceptos o principios propios del Derecho Mercantil.

3. Alteración y manipulación de aparatos de medición o peso

La alteración y manipulación de aparatos de medición o peso es un viejo conocido del Derecho Penal: constituía falta el ofrecimiento al público de bebidas o alimentos que no tengan el peso o medida que corresponda (art. 573.4º CP hasta la reforma de 1989). Pues bien, convenientemente adaptado a los avances técnicos, esta conducta despenalizada en 1989 se reprime ahora como delito: facturación en perjuicio del consumidor de cantidades superiores por productos o servicios cuyo coste o precio se mida por aparatos automáticos mediante su alteración o manipulación (art. 287.2 CPC).

En la legislación de protección de los consumidores autonómica se puede hallar alguna prohibición de alteración o manipulación de aparatos de medición automática (art. 19 III LC de Galicia, indirectamente art. 3.c) LC de Cataluña, arts. 11.a) y 33.4 ECU de la Comunidad Valenciana); ni la ley estatal general establece una prohibición general de la detracción, ni semejante prohibición se recoge en todas las leyes autonómicas en la materia.

El tipo objetivo proyectado carece de elementos cuya inteligencia dependa de conceptos o principios del Derecho Mercantil.