

El futuro delito de la publicidad engañosa en la legislación española

ANA GARCIA HERMOSA-
Primer Magister Universitario de Propiedad
Industrial
Marcas, Patentes y Diseño Industria
Alicante, 17 de mayo de 1.995

INDICE

I.- INTRODUCCIÓN.-

II.- CONCEPTO DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA.

III.- ANALISIS COMPARATIVO DE LOS DISTINTO PROYECTOS
LEGISLATIVOS. EVOLUCIÓN DEL TIPO PENAL.

- A) Bien jurídico protegido.
- B) Sujeto activo del delito.
- C) Sujeto pasivo del delito.
- D) Conducta típica.
- E) Resultado del delito.
- F) Culpabilidad.
- G) Penalidad.
- H) Concurso de delitos.

IV.- CONSIDERACIONES CRITICAS.

V.- BIBLIOGRAFIA.

I.- INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la publicidad es un tema básico para el desarrollo comercial, y por tanto económico, de un país, pues la publicidad supone un poderoso instrumento que incide directamente sobre el consumo, dirigiendo y encauzando el mercado de un forma decisiva.

Alcanza una importancia tal, que la defensa de los consumidores y usuarios aparece contemplada en nuestra Constitución, cuyo artículo 51 otorga el más alto rango de protección, estableciendo que "los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos", "añade en su apartado 2 que "los poderes públicos promoverán la información y educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca".

En el marco de una economía de mercado uno de los pilares básicos es el principio de libre comercio y para alcanzar sus objetivos debe establecerse una veracidad en las relaciones económicas, entre ellas la publicidad.

El fin de la publicidad es dar información sobre la existencia y caracteres del producto objeto de comercio, por ello se han establecido unos mecanismos de protección administrativa, civil y penal, a través de la regulación jurídica existente.

El marco legislativo español que regula y delimita la actividad publicitaria se constituye, esencialmente, por las siguientes disposiciones: Ley 26/1.984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, la Ley 34/1.988, de 11 de noviembre, General de Publicidad y la Ley 3/1.991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Desde la perspectiva penal, actualmente los supuestos de publicidad engañosa podrían incardinarse dentro de la figura de estafa, aunque ésta no es la vía más apropiada y en muchas ocasiones supone la desprotección al consumidor, puesto que, al tratarse de una modalidad de peligro, debería criminalizarse de una forma directa.

Según Vega Ruiz, la publicidad será contraria a la legalidad vigente cuando ofenda a las instituciones fundamentales de la nación, lesione derechos de la personalidad, atente al decoro social o sea contraria a las leyes, la moral o las buenas costumbres.

Las razones de mayor peso para considerar el delito publicitario como un ilícito independiente, en opinión de De Jesús Sánchez, podrían estar en:

- la seguridad del tráfico mercantil, pues un comercio basado en los principios de veracidad y buena fe es básico en el desarrollo económico.
- el desamparo que sufre el consumidor en algunos casos sangrantes, resultando insuficiente la normativa civil y/o administrativa.
- el valor otorgado por nuestra norma suprema a la protección de los consumidores y usuarios, considerando que se trata de una cuestión de orden público.
- las consecuencias de la publicidad engañosa en la sociedad en general.

Esta importancia ya fue puesta de relieve por la Recomendación número 15 adoptada por el Comité de Juristas de los Estados miembros, de fecha 24 de septiembre de 1.982, sobre el papel del Derecho penal en la protección de los consumidores, en la cual se consideraba la necesidad de tipificar como ilícito penal una serie de conductas y entre ellas se encontraban las incriminaciones resultantes de los procesos y de las condiciones de venta de bienes y oferta de servicios tales como las infracciones relativas a publicidad.

También está presente esta idea en la Directiva de la CEE de 19 de septiembre de 1.984, relativa a la armonización de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa, donde estima que ésta incide directamente en la situación económica de los consumidores y para combatirlo establece dos caminos para la represión de la publicidad engañosa: la vía administrativa y la judicial, de modo que los Estados miembros podrán decidir qué jurisdicción, civil o penal, es la competente para conocer. En cualquier caso lo que sí exige la norma comunitaria es el resultado a aplicar: la prohibición o cesación de los actos ilegal es, la publicación de la sentencia, una rectificación o bien el establecimiento de remedios o soluciones justas.

Otro punto que hemos de tener en cuenta es la referencia directa que hace el artículo 32 de la Ley General de Publicidad de 1.988 a la vía penal, estableciendo que lo dispuesto en su articulado es compatible con el ejercicio de las acciones civiles, penales, administrativas o de otro orden que correspondan y con la persecución y sanción, como fraude, de la publicidad engañosa por los órganos administrativos competentes en materia de protección y defensa de los consumidores y usuarios.

La preeminencia de la vía penal también queda plasmada en la Ley 26/1.984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que en su artículo 31 preve un sistema arbitral de arreglo de diferencias, pero tal arbitrio no podrá realizarse cuando existan indicios racionales de delito, además la causa penal suspenderá la tramitación del expediente administrativo sancionador. Con ello se demuestra que el legislador está pensando en la necesidad de una figura penal que recoja algunas conductas publicitarias no deseadas.

Toda esta normativa alusiva a la publicidad ilícita demuestra que existe una laguna legal en España, puesto que no disponemos de un proceso rápido y abreviado que permita adoptar medidas contundentes y obtener remedios o soluciones. En este sentido toma fuerza el aspecto penal, ya que la inmediatez de sus actuaciones permitiría, mediante la regulación de unos instrumentos específicos, disfrutar de medidas cautelares, preventivas o de seguridad que impidieran la continuación de actos ilícitos publicitarios de irreparables consecuencias si se prolongaran en el tiempo.

II.- CONCEPTO DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA

En Derecho español partimos de una regulación dispersa de publicidad engañosa:

- Directiva 84/450, de 10 de septiembre de 1.984, del Consejo de la CEE sobre publicidad engañosa.
- Ley 26/1.984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.
- Ley 34/1.988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.
- Ley 3/1.991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

A pesar de esta multitud de normas, como expresa Baylos Corroza, no existe un concepto de publicidad "desleal" sustancialmente diferente de un concepto de publicidad "engañosa"; muy al contrario, tanto la Ley de Competencia Desleal como la Ley General de Publicidad, resumen su antijuridicidad en el "engaño" de la actividad publicitaria.

El artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal define como "desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de prácticas que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a la que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas".

El artículo 4 de la Ley General de Publicidad califica de "engañosa la publicidad que, de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios".

Pero para iniciar el estudio acerca de la futura regulación de un delito publicitario hemos de considerar unos aspectos básicos:

El artículo 3 de la Ley General de Publicidad califica de ilícita:

"a) la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer" (obviamos cualquier posible comentario acerca del carácter de discriminación positiva contenida en esta referencia a un protección especial a la mujer).

b) la publicidad engañosa."

c) la publicidad desleal."

d) la publicidad subliminal."

e) la que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios".

Se establece así, de una manera muy general, las formas publicitarias no permitidas, pero esta delimitación debe ser completada con el resto de la normativa existente al respecto.

Del análisis de estos preceptos, y siguiendo al profesor Lema Devesa, podemos descubrir distintos tipos de publicidad:

- publicidad falaz, entendiéndose por tal aquella que induce a error, aunque las afirmaciones contenidas en ella sean verdaderas.
- publicidad engañosa, la que altera los hechos e induce a error (no incluye la exageración publicitaria).
- publicidad encubierta, donde el público no es consciente de que lo que presencia constituye una actividad publicitaria (no requiere la existencia de un dolo especial para ser calificado como ilícita).
- publicidad engañosa por omisión, consiste en silenciar datos fundamentales de lo publicitado de forma que induzcan a error.
- publicidad alusiva, no será lícita la publicidad de accesorios o piezas sueltas cuando no sea necesaria la alusión a otra marca, no se indique el destino o no se sigan prácticas leales del comercio.
- publicidad confusionista, equivalente a la publicidad desleal contenida en el artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal, cuando se utilizan signos idénticos o semejantes e induce a error (además de infringir derechos sobre marcas también constituyen un acto de competencia desleal).
- publicidad adhesiva, trata de establecer equivalencias con marcas conocidas y aprovecharse de la reputación ajena.
- publicidad denigratoria, consistente en provocar el descrédito, denigración o menosprecio, directo o indirecto, de una persona o empresa o de sus productos, servicios o actividades.
- publicidad comparativa, únicamente considerada por la doctrina (Lema Devesa, Botija, Otamendi, Menéndez) como ilícita cuando la comparación no cumpla los requisitos de ser sobre caracteres esenciales, afines y objetivamente demostrables, los servicios y bienes comparados sean similares y conocidos y además tengan una cuota de mercado importante.

Ante lo expuesto, a la hora de interpretar la idea de publicidad engañosa, hemos de tener en cuenta su adaptación al campo penal, en el sentido de que siempre han de estar presentes los principios de legalidad e intervención mínima; así, por ejemplo, debemos plantearnos si la exageración publicitaria se halla recogida en el precepto criminal, o la modalidad de publicidad encubierta puesto que dicha figura no requiere un dolo específico del sujeto activo, únicamente sería posible en el caso de admitirse el dolo eventual dentro del contenido del injusto; también es discutible la apreciación del engaño publicitario por omisión, ya que podría estimarse contrario a los principios básicos del Derecho penal.

Por parte de la doctrina no se ha dado un concepto unitario y pacífico de publicidad engañosa que sirva como base para la interpretación del delito publicitario, pues un sector opina que debe equipararse la idea de desleal a engañosa ya que todo ello incide dentro de la protección de los intereses generales a los consumidores y al mercado, mientras que otra parte doctrinal entiende que ha de diferenciarse claramente la noción de competencia desleal y publicidad engañosa, comprendiendo que el legislador penal ha de delimitar minuciosamente su ámbito de actuación, ya que de otro modo se estarían conculcando los derechos y garantías individuales establecidos en nuestra Constitución como valores fundamentales.

III.- ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS DISTINTOS PROYECTOS LEGISLATIVOS. EVOLUCIÓN DEL TIPO PENAL

El legislador ha ido madurando a lo largo de estos últimos catorce años la política criminal que debía plasmar en el delito publicitario, observamos que ha mantenido una postura oscilante, decantándose unas veces por unas consideraciones político-criminales que nada tienen que ver con lo estipulado en el siguiente Proyecto legislativo. El último texto de 26 de septiembre de 1.994 recoge el delito publicitario en el Capítulo XI "De los delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores" dentro del Título XII "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico" del Libro II "Delitos y sus penas", cuyo artículo 278 reza lo siguiente: "serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a dieciocho meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hicieren alegaciones falsas o manifestaran características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan perjudicar notablemente a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos".

A) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Respecto al Bien Jurídico protegido, se aprecia que el Proyecto Ley Orgánica de Código Penal de 1.994 lo encuadra dentro de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, SIENDO LA COLECTIVIDAD TITULAR DE DICHO BIEN JURÍDICO, EL objetivo de la norma es la protección de los intereses generales y el derecho a una información veraz. Este es quizás el único punto en común que comparten todas las iniciativas legislativas, pues, tanto el Proyecto de Código Penal de 1.980, como el Anteproyecto de 1.983 y el Proyecto de 1.992, lo definían dentro de los delitos socio-económicos, buscando la protección de los consumidores y la necesidad de control del poder económico, ya que todos aspiran a un orden concurrencial no falseado. Ello no obstante los diferentes textos discrepan en cuanto a una consideración directa de la protección de la competencia o indirecta y, por tanto, en la inclusión de los intereses de los competidores como automáticamente protegidos por la norma penal, así en 1.994 se opta por obviar cualquier referencia a los concurrentes al igual que ocurría en 1.980 y 1.983, mientras que dicha referencia sí se contemplaba en el articulado de 1.992.

B) SUJETO ACTIVO DEL DELITO

El último proyecto refleja una alusión directa, como sujeto activo del delito, a los "fabricantes o comerciantes" lo cual supone una restricción a la hora de establecer la acusación a los responsables criminalmente, pues al contener una definición tan concreta se delimita el ámbito únicamente a aquellos sujetos implicados en una actividad empresarial; ello puede llegar a suponer la no responsabilidad penal de personas que, a pesar de ser plenamente culpables de un acto ilícito penal de publicidad engañosa, por carecer de la cualidad de productor o comerciante, escapan del tipo penal creando una situación injusta, puesto que se otorga un tratamiento substancialmente desigual a un sujeto en comparación con otros similares y en operaciones de la misma especie. Así, se ha apuntado por parte de la doctrina, que la referencia a sujetos activos del delito concretos es

Portal de la Universidad de Alicante sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Sociedad de la Información
totalmente improcedente, pues supondría una fuente continua de confusiones en lo referente a la autoría del delito.

Esta limitación de los posibles sujetos activos no se recoge en los Proyectos de 1.980 y 1.983, que no distinguían calificación alguna para el responsable penal, haciendo una referencia del tipo "el que.. hiciera.", lo cual eliminaba toda la problemática que se plantea con la redacción última.

Sin embargo, en cualquier caso surge la incertidumbre respecto a la aplicación del tipo penal, pues es corriente que la actividad delictiva se lleve a cabo por una persona jurídica, o bien es muy difícil imaginar la comisión de este delito sin emplear medios mecánicos o soportes de difusión, tanto en estos primeros proyectos como en los dos siguientes esta situación puede encuadrarse dentro de la figura de la responsabilidad escalonada y subsidiaria que ya se contempla en el artículo 15 del actual Código Penal (artículo 27 del Proyecto de 1.992 y artículo 30 del Proyecto de 1.994).

C) SUJETO PASIVO DEL DELITO

Se establece aquí la principal diferencia con el texto anterior, pues en el artículo 278 del Proyecto de 1.994 se limita a mencionar a los consumidores como sujeto pasivo, titular del bien jurídico protegido por la norma penal, mientras que en el Proyecto de Código Penal de 1992 hacía referencia a "los demás concurrentes en el mercado". Esta inclusión sin duda obedecía a un intento de conciliar la legislación penal con el concepto recogido en el artículo 4 de la Ley General de Publicidad y el artículo 2 de la Directiva de la CEE sobre publicidad engañosa.

Sobre este punto existen opiniones enfrentadas, algunos autores defienden la postura contenida en el Proyecto de 1.994 por entender que basta la existencia de protección al consumidor para que, de forma automática e indirecta, se establezca una tutela a los intereses de los competidores, pues justifican que la incidencia de un delito de publicidad engañosa sobre la conducta de los competidores es un efecto siempre inherente a la publicidad falaz y además consideran que la lesión potencial a los competidores del anunciante es, en rigor, un factor ajeno a la publicidad engañosa. Pero otro sector doctrinal opina que se deben recoger las pautas marcadas por el derecho publicitario, estableciéndose un amparo a los intereses de la sociedad en general que garanticen una seguridad en el tráfico mercantil y en el orden económico.

D) CONDUCTA TIPICA

Consiste la acción típica en hacer "alegaciones falsas" o manifestar "características inciertas" sobre los productos o servicios publicitados u ofertados. En primer lugar llama la atención el vocablo "alegaciones falsas" pues se considera de muy difícil aplicación, ya que se trata de un término ambiguo que puede entenderse, tanto en un sentido estricto, donde sólo hay cabida para las comunicaciones escritas u orales de carácter informativo, como en su sentido amplio, admitiendo cualquier forma de difusión. Pero esto puede suponer una transgresión de los principios básicos de interpretación del Derecho Penal, dado que se estaría asignando a este

vocablo un contenido que rebasa su significado puramente gramatical. En todo caso siempre hemos de distinguir entre lo publicitario y lo público para encontrar la solución final.

No obstante, Cobo del Rosal entiende que la interpretación extensiva es admisible en el ámbito penal, aún en perjuicio del reo, siempre que se ajuste al sentido objetivo del texto de la Ley. Establece los límites interpretativos en razón de un entendimiento riguroso y estricto.

Hemos de incidir además en lo absurdo de la expresión "características inciertas", porque se sobreentiende que si la alegación sobre un producto o servicio es falsa, sus características siempre serán inciertas.

Por otra parte, tampoco se deja claro el concepto de comunicación, de forma que la jurisprudencia ha de elaborar un criterio que permita fijar si las formas individuales de comunicación, tales como las efectuadas por un representante de comercio a su cliente, se encuentran tipificadas. Algunos autores, como el profesor Cuesta, encuentran que el concepto de publicidad abarca a todo tipo de difusión, añade que en toda relación humana hay comunicación y si no se especifica podría considerarse como publicidad engañosa cualquier actividad comercial que encierre engaño; otros incluso, siguiendo a Lema Devesa, opinan que el engaño tiene lugar incluso cuando se realiza frente a una única persona. Por contra otro sector doctrinal entiende que es opuesto a la realidad social y la antijuridicidad material un concepto indiscriminado de publicidad, defiende que debe exigirse un requisito añadido: que la actividad publicitaria tenga una cierta relevancia: la dificultad surge en el momento de calibrar esa importancia y a la hora de actuar de una forma preventiva, ya que no podremos adivinar en todos los casos la eficiencia de un acto publicitario de dudosa legalidad.

Frente a los Proyectos de Código Penal de 1.980 y 1.983, los de 1.992 y 1.994 incluyen el término "ofertas" como disyuntiva a "publicidad" con la pretensión de ensanchar el tipo delictivo. Intención que también se vislumbra en la alusión a los "productos o servicios" exclusivamente, suprimiendo toda referencia a las características de dichos productos o servicios como se contemplaba en el artículo 279 del Anteproyecto de Código Penal de 1.983 donde se aludía a la "naturaleza, composición, virtudes o cualidades sustanciales" de ellos. Esta eliminación quizás responda a criterios político-criminales que consideraban negativo un tipo penal excesivamente restringido, apoyando un concepto que abarcara aspectos tales como las alegaciones falsas sobre el origen de los productos o que afecten a la fijación de precios. También podría argumentarse que una idea restrictiva del tipo supondría una menor eficacia del sistema, caducando enseguida, ya que, en el marco mercantil, la práctica cotidiana se desarrolla mucho más rápidamente que la legislación y está en constante evolución, puesto que una concepción amplia deja vía libre a nuevas formas de comercio, de competencia y nuevos conceptos de "consumidor".

No obstante, el criterio mayoritario aboga por la regulación primera, es decir la que incluye las características de los productos y servicios, puesto que con la redacción actual no se da un criterio de tipificación de la conducta criminalmente sancionable, obviando en cierto modo los principios de legalidad e intervención mínima penales; hay que delimitar el bien jurídico protegido, en este caso el derecho en las relaciones de mercado que tienen los consumidores de decidir libremente al adquirir o rechazar un producto o servicio.

Otra de las cuestiones dentro del ámbito penal se centra en la posibilidad de admitir únicamente las formas activas o si cabe sancionar las formas omisivas, la comisión por omisión, así por ejemplo el caso de un anuncio publicitario en el que el engaño se produzca no por las excelencias del producto promocionado sino en el silencio de los inconvenientes graves que contiene y que son características esenciales del mismo.

Ha de tenerse en cuenta la inclusión de la comisión por omisión entre las conductas típicas, que se especifica de un modo expreso por el pre-legislador. El hecho de que se admita esta idea en el artículo 7 de la Ley General de Publicidad, como otra forma de publicidad ilícita, permite entender que silenciar algún elemento primordial de los productos o servicios en la actividad publicitaria se encuentra incardinado en el delito de publicidad engañosa cuando se cumplan todos los elementos del tipo. En apoyo de esta posibilidad cabe añadir que se puede estafar con medias verdades.

Por ello hemos de admitir la forma omisiva como modalidad de la conducta típica, la cual abarcaría como mínimo los dos presupuestos reflejados en el artículo 4 de la Ley General de Publicidad: por un parte el silencio de datos fundamentales de los productos o servicios, y por otra, la inducción a error de los destinatarios a consecuencia de ese silencio.

E) RESULTADO DEL DELITO

Respecto al efecto producido por el delito, ha desaparecido el requisito de "inducir a error", y se sustituye esta expresión por la capacidad de "perjudicar notoriamente a los consumidores". Con ello se pretende estructurar como un delito de riesgo abstracto, no estamos ante un delito de resultado sino de mera actividad, ya que no se requiere un perjuicio efectivo, sino la mera posibilidad de que éste pueda producirse, por lo que elimina las formas imperfectas de ejecución.

Se critica la ambigüedad del término "notoriamente" que ha de predicarse del perjuicio, pues a efectos probatorios resultará prácticamente imposible demostrar la notoriedad o falta de notoriedad del mismo porque es extremadamente subjetivo y casuístico, con todos los problemas de inseguridad jurídica que conlleva. ¿Qué grado de perjuicio se considera notorio? El mismo problema se ha planteado a la hora de configurar el concepto de marca notoria; han surgido problemas para su delimitación, hasta el punto de que en la futura Ley de Marcas, que introduce como novedad el establecimiento de un modo claro y determinante de la figura de la marca notoria, el legislador no incluirá una definición delimitadora de notoriedad por la dificultad que ello reporta, reconociendo que es imposible dar un concepto universal aplicable a todos los casos de "notoriedad", mayores inconvenientes se presentarán en el ámbito penal.

También se discute si se debe exigir la capacidad de inducción a error, además de la falsedad del acto publicitario, pues mientras algún autor opina que si el delito publicitario se acerca a la forma del delito de estafa, debe entonces exigirse la inducción a error dentro del tipo penal; otro sector de la doctrina asevera que esta exigencia puede causar problemas, ya que hay un peligro de subjetivación a la hora de calificar dicha incitación al error, siendo necesarios medios de prueba realmente sofisticados y costosos (tales como sondeos de opinión). Frente a esta postura, se alega

que no son necesarios unos medios extraordinarios probatorios, ya que la ley haría referencia a un "consumidor medio" que no ofrece dudas. Pero esta idea se refuta en base a que el concepto "consumidor medio" no es algo objetivo, sino general, permaneciendo por tanto las dificultades interpretativas que aconsejan no mantener una exigencia de la inducción a error como elemento del tipo del injusto.

F) CULPABILIDAD

En materia de culpabilidad se ha dado un giro radical en su concepción, porque los dos primeros proyectos contemplaban únicamente la forma de dolo directo, ya que expresaban el tipo incluyendo el vocablo "intencionadamente", el cual fue eliminado en el Proyecto de 1.992 y se mantiene en 1.994, lo que supone dar cabida a la sanción por dolo eventual. Sin embargo, la doctrina no es pacífica a la hora de admitir el dolo eventual, pues mientras Martínez Pérez y otros autores defienden y apuestan por esta figura, alegando que el injusto de la publicidad engañosa no se sitúa principalmente en la decisión del autor ni en su manera de actuar y, desde un punto de vista procesal, la consideración del dolo directo solamente incidiría negativamente en la eficacia del precepto penal debido a las dificultades para obtener la prueba demostrativa de tal grado de intencionalidad; otros como Manzanares Samaniego y Garcías Planas, opinan que se trata en todo caso de un delito doloso, pues el texto pre-legislativo dispone con carácter general la fórmula del "crimen culpae" donde sólo se castigarán las acciones u omisiones imprudentes cuando "expresamente lo disponga la Ley", añadiendo a este argumento el que mantiene el Proyecto Alternativo Alemán de Código Penal, el cual entiende que el contenido antijurídico de la publicidad ilícita viene determinado por el éxito de la operación y no por la acción o decisión del agente.

G) PENALIDAD

El monto de las penas se establece en su límite mínimo como "prisión de seis meses a un año o multa de seis a dieciocho meses", continuando la línea sancionadora del Proyecto anterior. Es considerado un acierto, ya que en los textos de 1.980 y 1.983 se sancionaban penas inferiores (multa de tres meses en el grado mínimo y veinticuatro o dieciocho en el grado máximo), todo ello fue muy criticado por la doctrina científica arguyendo que los delitos económicos han de contener una eficacia intimidante para proteger los bienes jurídicos comprometidos. La benignidad de las sanciones se constata si observamos la penalidad asignada en derecho comparado; así el artículo 44 de la Ley Royer francesa establece penas privativas de libertad de tres meses a dos años y/o multa de 1.000 a 250.000 francos, pudiendo elevarse la multa hasta el 50% del coste publicitario; en Alemania la Ley que regula la competencia desleal dispone penas de privación de libertad de hasta un año y/o multa y, en el Proyecto Alternativo Alemán de Código Penal el parágrafo 177 sanciona con privación de libertad de hasta dos años o multa..

Se preve como medida también la publicación de la sentencia, regulándose de una forma general para todas las figuras delictivas del capítulo XI. El criterio distinto en este aspecto es que, a solicitud del perjudicado, el Tribunal podrá ordenar la reproducción en cualquier otro medio informativo a costa del condenado, mientras que anteriormente únicamente se hacía referencia a la posibilidad del Juez de autorizar dicha repetición, con los consiguientes problemas que ello comportaba, dado que no podía inferirse de la norma penal que el condenado fuese quien sufragase

los gastos de la publicación. No obstante se siguen manteniendo puntos oscuros en la ley, puesto que continúa sin especificarse si el derecho a pedir la publicación nace con la firmeza de la sentencia o por el contrario puede solicitarse en cualquier caso.

Por otra parte surgen dudas sobre la naturaleza de esta sanción, no se recoge la publicación de la sentencia en la Parte General, puesto que no se contempla esta medida ni como pena accesoria (artículo 54 y siguientes) ni como consecuencia accesoria (artículo 127 y siguientes) y tampoco dentro de las medidas de seguridad (desde artículo 95). La publicación de la sentencia adquiere un carácter "sui generis" ya que enlaza con la responsabilidad civil, pretendiendo con ello contrarrestar o impedir los efectos que aún pudieran derivarse de la conducta enjuiciada.

Esta medida punitiva ha sido calificada por algunos autores, como Lema Devesa, de "harakiri" empresarial, tildándola de excesiva porque implicaría la desaparición en el mercado del producto publicitado, puesto que el efecto sobre los consumidores sería tan negativo que la demanda podría llegar a anularse totalmente.

Sin embargo, frente a esta postura, puede considerarse que la publicación de la sentencia puede ser una sanción exagerada dentro de un ilícito civil o mercantil pero el ámbito penal supone un grado más en la intencionalidad del sujeto activo y en algunos casos es una medida adecuada y proporcional al daño ocasionado.

El Proyecto de Código Penal de 1.994 tiene previsto una serie de medidas que cabría calificar como específicamente adaptadas a estos tipos de delito económico, así el Título VI "De las consecuencias accesorias" estipula una serie de sanciones complementarias para reparar la continuidad en la actividad delictiva de las personas, sin embargo condiciona el cumplimiento de estas consecuencias a los "supuestos previstos" en el Código, lo cual elimina toda posibilidad de aplicación.

No obstante retoma el pre-legislador la situación del Anteproyecto de 1.983, decisión que ha sido alabada por todos, a raíz de la importancia que adquiere de cara a la eficacia de los delitos económicos, en general, y publicitarios, en particular, tendentes a impedir la comisión de nuevos ilícitos por el condenado; pues establece en el Título IV "De las medidas de seguridad", la inhabilitación profesional que podrá llevarse a cabo cuando "el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito" y "del hecho y las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos". Estimamos que la eficacia de esta medida está totalmente supeditada a la interpretación y aplicación que la jurisprudencia realice, añadiendo a todo ello la dificultad que supone la naturaleza del delito publicitario, no debemos olvidar que nos encontramos ante un delito de riesgo abstracto.

Otra pequeña modificación que ha realizado el legislador del Proyecto de 1.994 es la conversión del antiguo artículo 287 en dos, considerando el apartado 2 de este artículo en una figura independiente numerada con el 279; quizás con ello se pretende plasmar una concepción del delito de alteración, maquinación o defraudación como una forma más próxima al fraude patrimonial, distinguiéndola del aspecto puramente publicitario. En este sentido observamos que se sigue una línea similar a la contemplada en el vigente Código Penal.

H) CONCURSO DE DELITOS

Se prevé expresamente la figura del concurso de delitos: "sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos". Con ello el pre-legislador pretende conseguir una protección global frente a los delitos socioeconómicos, sosteniendo que la figura penal del publicidad engañosa debe poder completarse con las demás infracciones patrimoniales o contra la salud.

No existe incompatibilidad entre el delito publicitario y otras figuras perseguibles penalmente, al tratarse el primero de un delito de riesgo general y abstracto, que no exige un resultado material propio. Aquí podemos diferenciar dos momentos o fases bien distintas: cuando el consumidor es incitado a interesarse por el producto (contenido del injusto del delito publicitario) y cuando concurre un nuevo engaño que compele al consumidor a efectuar la compra (es otra forma de fraude). Debemos considerar que en la publicidad existe un "seductor oculto" que en muchas ocasiones hace que el consumidor modifique su comportamiento económico, en base a la llamada de atención que la actividad publicitaria supone.

IV.- CONSIDERACIONES CRITICAS

Partiendo de una visión general de los delitos contra la propiedad industrial se observa que el mayor desacierto del legislador es que, al considerar la protección de los derechos de propiedad industrial, no busca la defensa del titular de dichas prerrogativas, sino del interés general del consumidor y del mercado, es decir, enfoca la delincuencia contra la propiedad industrial como un delito puramente socioeconómico y no como una especialidad jurídica con entidad propia.

La consecuencia de esta concepción radica en la poca practicidad de la jurisdicción penal para perseguir estas infracciones o para conseguir medidas cautelares o preventivas eficaces y rápidas que podría ofrecer la vía penal frente a la civil o administrativa.

Una dificultad añadida es que, por razones históricas y político-criminales, se tiene una visión desfigurada y poco práctica del delito publicitario y contra la propiedad industrial en general, ya que no se considera a los atentados contra la propiedad industrial o la actividad publicitaria como auténticos delitos, sino como infracciones meramente civiles o administrativas. Todo ello se vislumbra a través de distintas sentencias y decisiones judiciales, que reflejan una predisposición del juzgador a no admitir la denuncia o querrela de actos que quebranten la normativa de derechos publicitarios y de la propiedad industrial.

Por otra parte, si lo que se pretende es la defensa de un orden concurrencial no falseado mediante la protección a los consumidores, por considerarlos como la parte débil del contrato, no se entiende la supresión por parte del pre-legislador del tipo agravado que se recogía en los Proyectos de 1.980 y 1.983, elevando la pena en su mitad superior cuando se tratare de publicidad de sustancias alimenticias, medicamentos, viviendas u otros objetos de primera necesidad o destinados al consumo infantil.

Esta idea no se concilia con la reflejada en la Exposición de Motivos del texto de 1.994, donde expresa que uno de los objetivos primordiales del texto es regular medidas de tutela acordes con los valores constitucionales. Dentro de este preámbulo agrega que se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las necesidades de tutela de la sociedad actual, destacando la introducción de los delitos contra el orden socioeconómico como novedad. Tales valores fundamentalmente versan sobre dos bienes jurídicos esenciales: la salud y el patrimonio.

Por ello cabe concluir, con mayor fundamento, que esta protección debe amparar a los sectores más desprotegidos y a aspectos considerados esenciales, siguiendo de este modo los criterios establecidos por la Comisión Europea de Derechos Humanos y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los que se alega que toda restricción en el ámbito de la publicidad comercial es lícita en la medida que responda a una necesidad social imperiosa y no a simples conveniencias.

V.- BIBLIOGRAFIA

* Eulalia Amat Llari, "El derecho a la propia imagen y su valor publicitario" La Ley, Barcelona 1992.

* Enrique Bacigalupo, "La protección penal de la libre competencia en España y el Proyecto de Código Penal español de 1.980". Jornadas sobre delitos económicos y economía de mercado, septiembre de 1.981 Madrid
d.

* M.A. Botija, "Ilícitos desleal y publicitario en la publicidad comparativa o engañosa", La Ley 1.992.

* Hermenegildo Baylos Corroza, "Tratado de derecho industrial", Ed. Cívitas, 1.993.

* M. Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón, "Derecho penal: parte general". Universidad de Valencia, 1.984.

* Loreto Corredoira y Alfonso, "Comentarios a la Ley de Publicidad", Ed. Bosch, 1.993.

* Angel Cuesta García, "Publicidad engañosa", Revista del Consejo General del Poder Judicial, n^o 26, junio de 1.992.

* Gabriel García Planas, "Hacia un delito publicitario", Estudios penales y criminológicos XVI, Universidad de Santiago de Compostela, 1.993.

* Jesús García Torres, "La protección penal directa de los consumidores en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1.992", Actas de derecho industrial, tomo XV, 1.993.

* Jesús Gómez Montero y Carlos Lema Devesa, "Código de Publicidad", Marcial Pons , ediciones jurídicas, Madrid, 1.992.

* Gumersindo Guinarte Cabada, "Los delitos contra la propiedad industrial en el proyecto de Código penal español de 1.992", Actas de derecho industrial, tomo XV, 1.993.

* "Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal de 1.992 del Consejo General del Poder Judicial", Cuadernos de política criminal, n^o 4, Edersa 1.992.

* María Guadalupe de Jesús Sánchez, "La publicidad engañosa como figura típica objeto de criminalización". Poder Judicial n^o Especial IX.

* Gerardo Landrove Díaz, "Las consecuencias jurídicas del delito", Ed. Tecnos, 1991.

* Carlos Lema Devesa, "En torno a la publicidad engañosa". Actas de derecho industrial tomo IV, 1.977.

"La Directiva de la CEE sobre la publicidad de los medicamentos", Actas de derecho industrial, tomo XIV, 1.991-92.

"Mención de la marca ajena en la publicidad", La Ley 1.993.

* José Luis Manzanares Samaniego, "La tipificación del delito publicitario en el Derecho español". Poder Judicial Especial VII.

* Carlos Martínez Pérez, "La Ley General de Publicidad y el futuro delito publicitario", Actas de derecho industrial 1.989-90.

"El delito de publicidad engañosa en el Proyecto de Código Penal de 1.992", Actas de derecho industrial 1.991-92.

"Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa", Cuadernos de política criminal, 22, 1.984.

* Carmen Moreno-Luque Casariego, "El derecho de información al consumidor y la Ley 33/1.988, de 11 de noviembre, General de Publicidad", La Ley 1.991-4.

* Francisco José Navarro Sanchís, "Protección al consumidor en el Código Penal vigente", Poder Judicial Especial IX, 1.988.

* "Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1.992", V Congreso universitario de alumnos de Derecho Penal, Salamanca 16 a 18 de marzo de 1.993.

* "Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1.994", Actualidad jurídica, Aranzadi 163, septiembre de 1.994.

* Rafael Ripoll, "Publicidad engañosa. Tratamiento jurídico español y comunitario". La Ley 1.991-3.

* André Rouast, "Le publicité frauduleuse et le droit pénal", Universidad de París.

* María José Segura García, apuntes sobre el Derecho Penal y la propiedad industrial impartidos en el Magister universitario en marcas, diseños y patentes de la Universidad de Alicante, 1.994-95.

* Anxo Tato Plaza, "Publicidad comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana", Actas de derecho industrial, tomo XIV, 1.991-92.

"Proposta de Directiva da CEE sobre publicidad comparativa", Actas de derecho industrial, tomo XIV, 1.991-92.



Portal de la Universidad de Alicante sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Sociedad de la Información
"Publicidad comercial y libertad de expresión en Europa", La Ley 1.994.

* José Augusto de Vega Ruiz, "Protección penal del consumidor", Poder Judicial Especial IX, Jornadas de estudio sobre nuevas formas de delincuencia , Centro de estudios judiciales, Madrid, noviembre de 1.988.

* Jose Miguel Zugaldia Espinar, "Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas", Cuadernos de política criminal, 53, Edersa 1.992.

CRITICAL CONSIDERATIONS

From a general point of view, it is very remarkable that, referred to crimes against Intellectual Property and the protection of its rights, the legislator fails to consider the defence of the owner of that said rights. What the legislator considers, instead, is the defence of the general interest of consumer and of the market; so, the legislator approaches the delinquency against the intellectual property as a socioeconomic crime and not as a legal speciality with its own independent entity.

The main consequence of the conceptualization of this way lies in the inappropriateness of the criminal jurisdiction in order to prosecute these kind of infringements or in order to achieve quick and effective interim and interlocutory measures, which this criminal way offers rather than those of civil or administrative way which seem much more relevant ones.

An additional trouble is that, due to historic and criminal policy reasons, it has been maintained a wrong and inadequate vision of the crime against the publicity and the intellectual property in general, because illegal acts against the intellectual property and the publicitarian activity are not considered as genuine crimes, but as mere civil or administrative infractions. All these could be seen through several different sentences and judgements, they show how the judge has always a predisposition against the validation of the accusation, charge or private prosecution of acts which break the rules of publicity and intellectual property law.

On the other hand, if what it is pretended is the defence of a not falsified fair competition by means of the protection of the consumers, considering them as the weaker party of the contract, it is not understood why the pre-legislator suppresses the more severe character of the figure which was comprised in the Bills of 1.980 and 1.983, increasing the penalty on its upper half when it deals with crimes against the publicity of foodstuffs, medicines, housing, any other necessities or products intended for children consumption.

This idea does not fit with the one reflected in the Grounds Exposition of the text of 1.994, where it is expressed that one of the main objectives of this text is to rule general measures of protection in agreement with the constitutional values. Within this preamble it is added that the existent conflict between the legal principle of minimum intervention and the necessity of protection of the nowadays society has been confronted, highlighting the inclusion of crimes against the social and economical order as a novelty. Basically, such values deal with two essential juridical properties: health and inheritance.

That is why it is possible to conclude that this law protection must protect the most defenceless public sectors and some essential aspects, following so the criteria established by the European Commission of Human Rights and the doctrine of the European Court of Human Rights in which it is thereby alleged that any restriction in the field of commercial publicity would be permissible if it obeys to an imperative social necessity and not to mere agreements or conveniences.