

GABRIEL GARCÍAS PLANAS

Profesor Titular de Derecho Penal

Hacia un delito publicitario

Sumario

- Publicidad. Su regulación. Antecedentes.
- El Delito Publicitario en el Proyecto de 1980
- Su regulación en la propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983.
- Tipificación en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992.
- Derecho comparado.

PUBLICIDAD: Su regulación. Antecedentes.

A modo de introducción escuetamente nos situaremos en lo que es la publicidad y como nuestro Derecho Positivo la ha ido regulando con especial referencia a la publicidad ilícita.

La Ley General de Publicidad nº 34/88 fue aprobada el 11 de Noviembre de 1988 (BOE de 15 de Noviembre nº 274), en su artículo segundo define la publicidad como: "Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones". De esta definición se ha criticado, por algún sector de la Doctrina, el que no se incluya al particular como anunciante (1).

(1) Lema Devesa, Carlos. "La Protección del Consumidor en la Ley General de Publicidad". Curso sobre Derecho del Consumidor. Noviembre de 1.990. Edita: Instituto Nacional del Consumo. Madrid. Págs. 108 y 109, en el Proyecto se recogía a las personas particulares como sujetos de la actividad publicitaria; o, por mejor decir, como anunciantes. Es curioso advertir que esta exclusión de los particulares como sujetos de la actividad publicitaria no está justificada. En efecto, no hay que olvidar que también los particulares pueden contratar anuncios para sus actividades. Y el hecho de que la Ley hable de "persona física privada" no permite -en principio- sostener que se recoja a los particulares como posibles anunciantes, sino, que, por el contrario, al exigir que se realice una actividad comercial o industrial se está aludiendo a los empresarios individuales".

Definición que coincide casi literalmente con la que recoge la directiva de la Comunidad Económica Europea de 10 de Septiembre de 1984 relativa a la armonización de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los países miembros en lo que se refiere a la publicidad engañosa.

Precisamente, como indica el preámbulo de la Ley, el legislador español, a raíz de la adhesión de nuestro país a la C.E.E., hubo de modificarse su anterior regulación de la publicidad para adaptarla a lo establecido por la misma, ello unido a que el Estatuto de la Publicidad que la regulaba aprobado por Ley de 11 de Junio de 1964 (Nº 61/64) había quedado no solo obsoleto sino incluso vacío casi de contenido al aprobarse el Decreto de 1 de Septiembre de 1978 al suprimir la Subdirección General de Publicidad y Relaciones Públicas desapareciendo con ello las Secretarías de la Junta Central de Publicidad y del Jurado Central de Publicidad, organismos a los que se había otorgado competencia para controlar la actividad publicitaria, creados para resolver los problemas que se produjeran con ocasión de las prácticas publicitarias suponiendo la vía administrativa para la represión de la publicidad engañosa y desleal.

El Estatuto, en el momento de su aprobación, supuso un importante avance en sí mismo al resultar la primera regulación sobre la materia, significando un importante avance al recoger una serie de principios generales de la publicidad como legalidad, veracidad, autenticidad y libre competencia que tuvieron como consecuencia la defensa de los intereses de los ciudadanos sobre información publicitaria y los de los propios anunciantes reacios a la comparación de sus productos con los de la competencia, estableciendo por primera vez al crear la Junta Central de Publicidad y un Jurado Central las vías para solucionar los conflictos consecuentes a las prácticas publicitarias (2). No pocas objeciones pueden achacársele al derogado Estatuto de la publicidad, como se ha venido denun-

(2) Informe: "El Consumidor ya puede impugnar la publicidad".
Revista Consum. Diciembre, 1988, Pág. 77.

ciando desde distintos estamentos, fundamentado esencialmente en lo poco flexible y excesivamente encorsetado de parte de su articulado cuando la materia es tan cambiante y universal (como señala el preámbulo de la Ley de 1988 “es una actividad que atraviesa las fronteras” significando que ha recurrido a “soluciones vigentes en el espacio jurídico intereuropeo”) los consumidores, por parte, a pesar de resultar directamente afectados al ser el/los sujeto/s que la soporta tuvieron una escasísima representación en la Junta Central y, como tales, no podían interponer denuncias ante la Junta por la comisión de infracciones en materia de publicidad, lo que únicamente podía realizar la propia Junta o, por su propio acuerdo, previa denuncia de tres profesionales. Por otra parte, el Estatuto no recogía la acción de cesación contra la publicidad ilícita ni de medidas cautelares o provisionales que impedirían, antes de su aparición, la difusión de anuncios con tal calificación. Si bien es cierto que el Tribunal Supremo reconoció la posibilidad de entablar esta acción a las Asociaciones de Consumidores (Sentencia de 2 de Febrero de 1974).

Volviendo a la Ley General de Publicidad de 1988 su esquema como Cuerpo Legal viene constituido por Cuatro Títulos relativos correlativamente a disposiciones Generales, la Publicidad ilícita, la contratación publicitaria, y la acción de cesación y rectificación y de los procedimientos, consta de 33 artículos, una Disposición Transitoria y una Disposición Derogatoria en la que expresamente se deroga la Ley 61/1964 que aprobó el Estatuto de la Publicidad. En lo que aquí interesa nos detendremos esencialmente en el Título II que hace referencia a los distintos tipos de publicidad ilícita distinguiendo:

a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer, b) la publicidad engañosa definida en el siguiente artículo 4º como “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”; c) la publicidad desleal definida en el artículo 6; d) la publicidad subliminal a la que atiende el artículo 7 como “la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida y e) la que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

Contempla asimismo la Ley la publicidad engañosa por omisión o silencio del anunciante definiendo en el segundo apartado del artículo 4 como “la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios”. Algún sector de la Doctrina ha criticado el que se requiera la efectiva inducción a error no bastando “la susceptibilidad” de esa inducción (3).

El artículo 5 enumera una serie de circunstancias que deban tenerse en cuenta esencialmente para determinar la publicidad engañosa, circunstancias en torno a las que puede girar el engaño publicitario que divide en 6 apartados algunos de ellos subdivididos y que se refieren a las características de los bienes, actividades o servicios, precio completo o presupuesto o modo de fijación, condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización y entrega, motivos de la oferta, naturaleza, cualificaciones y derechos del anunciante, y servicios postsventa.

No hay duda que esta Ley potencia el importantísimo papel que en esta materia realizan y deben realizar las Asociaciones de Consumidores, tan mermado en la anterior legislación, se cumple así con un mandato constitucional recogido en el artículo 51 de nuestra Norma Fundamental: “Los poderes

(3) Lema Devesa, Carlos. Ob. cit. pág. 110.

públicos promoveran la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la Ley establezca (4).

Esta potenciación se hace efectiva en el artículo 25 de la Ley al establecer: “Los órganos administrativos competentes, las asociaciones de consumidores y usuarios, las personas naturales o jurídicas que resulten afectadas y en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo podrán solicitar del anunciante la cesación o, en su caso, la rectificación de la publicidad ilícita”.

Ya hemos visto la importancia capital de la actividad cesatoria, una de las causas fundamentales del fracaso e inoperancia del Estatuto de 1964 fué precisamente el no contemplarla, si bien ello fue por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo cierto es que condujo, junto a otros errores a la ineficacia de la Ley.

La posibilidad de solicitar la cesación puede ejercitarse desde que se inicia hasta que termina la actividad según dispone el artículo 25.1 de la Ley. En los supuestos en que el anunciante se negase a ello los solicitantes de la cesación podrán interponer demanda en vía judicial que se tramitará por el procedimiento de los juicios de menor cuantía contemplados en la Ley de Enjuiciamiento Civil estableciendo para ello el artículo 29 determinadas peculiaridades.

La interposición de las acciones a que se refiere la Ley General de Publicidad son -a tenor del artículo 32- perfectamente compatibles “con el ejercicio de las acciones civiles, penales, administrativas o de otro orden que correspondan”, incluso son compatibles con la persecución y sanción de la publicidad engañosa como fraude a que se refiere la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 en su

(4) Bando Casado, Honorio Carlos. “La publicidad y la protección de los consumidores y usuarios”, INC, Madrid, 1991. Pág. 61.

artículo 8.3 “La oferta, promoción, y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios sera perseguida y sancionada como fraude. Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, constituidas de acuerdo con lo establecido en esta Ley, estarán legitimadas para iniciar e intervenir en los procedimientos administrativos tendentes a hacerla cesar”. (5)

EL DELITO PUBLICITARIO EN EL PROYECTO DE 1980

El Proyecto de 1980, recogió el delito publicitario, dentro de los delitos socio-económicos, dedicándole a éstos, once Capítulos y cincuenta y siete artículos.

El delito publicitario se hallaba ubicado en el Proyecto dentro de las infracciones de la propiedad industrial y derechos que concernían a la competencia y a los consumidores dentro de la Sección 2ª del Capítulo II del Título VIII.

El artículo 342 del Proyecto, decía así: “El que intencionadamente hiciere en la actividad publicitaria falsas alegaciones sobre la naturaleza, composición, origen o cualidades sustanciales de los productos o servicios anunciados, capaces por sí mismos de inducir a grave error al consumidor, será castigado con la pena de multa de tres a veinticuatro meses.

Se impondrá la pena en su mitad superior cuando se tratase de publicidad de sustancias alimenticias, medicamentos, viviendas y otros objetos de primera necesidad.

Si el perjudicado o el Ministerio Fiscal lo solicitare, el Tribunal decretará la publicación de la Sentencia en los periódicos oficiales, y, asimismo, podrá autorizar la reproducción total o parcial de la misma en cualquier otro medio informativo”.

(5) Lema Devesa, Carlos. Ob. cit. Pág. 117.

A continuación, pasamos a analizar dicho precepto:

Tipo Objetivo

Se trata de un delito de mera actividad ya que no requiere resultado alguno para su consumación; en efecto, de la lectura de la proposición normativa que recoge el precepto que comentamos, se desprende que el delito se consumaría con las “falsas alegaciones...” capaces de inducir a grave error, sin que, en consecuencia, quepa hablar de formas imperfectas de ejecución (6).

La acción en la actividad publicitaria, consiste en “hacer falsas alegaciones, sobre la naturaleza, composición, origen o cualidades sustanciales de los productos o servicios anunciados...”. El término alegaciones, resulta controvertido y puede ser entendido, en un sentido amplio o estricto; si escogemos éste último, áquellas quedarían reducidas a textos hablados o escritos y en consecuencia excluidas las fotografías, dibujos, etc.; mientras que en un sentido amplio significaría todas las maneras posibles de comunicación. Como expresa Martínez Pérez (7) aún cuando en Derecho Penal, hay que elegir la interpretación restrictiva, sin embargo, en el presente caso iría en contra del fin de la norma, por lo que aboga por la inclusión junto al término “alegaciones” del vocablo “representaciones”.

Por actividad publicitaria deberá entenderse la definida en el artículo 2 del Estatuto de la Publicidad, se trata pues claramente de un elemento normativo del tipo; lo que forzosamente implicaría excluir del ámbito del delito publicitario los

(6) Muñoz Conde, Francisco: “Se trata de un delito más afín, a formas imperfectas de Estafa que a un delito contra los intereses de los consumidores”. La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el proyecto de Ley Orgánica de Código Penal. Cuadernos de Política Criminal nº 16, Madrid 1982. Edersa, pág. 126.

(7) Martínez Pérez, Carlos. “Sección Segunda del Capítulo primero del Título XII de la propuesta de Anteproyecto de nuevo código penal de 1983: “De los delitos publicitarios” (arts. 279 y 280). Documentación Jurídica. Ministerio de Justicia. Volumen, 2, Enero-Diciembre, 1983. Pág. 763.

contenidos comunicativos difundidos publicitariamente que se encuentren al margen de las relaciones de producción, comercialización y consumo.

El comportamiento, pues, deberá consistir no sólo en falsas alegaciones, sino que éstas sean capaces por sí mismas de inducir a grave error al consumidor, por tanto las inexactitudes accidentales, alteraciones de la verdad intrascendentes, exageraciones incluso, no vendrán a constituir la conducta descrita por el tipo, si por sí mismas no son capaces de inducir a grave error; este concepto parecido a la expresión “engaño bastante” usado por el Proyecto en el artículo 255 para el delito de Estafa, tendrá que ser valorado en cada caso por Jueces y Tribunales atendidas las circunstancias del caso; debiendo pues ser perfilado con justeza por la Jurisprudencia; fijémonos sin embargo, que la expresión empleada por el artículo 342, es de “falsas alegaciones... capaces por sí mismas de inducir a grave error”, lo que significa que el comportamiento será típico, tanto si produce como no, dicho error, razón por la que apuntamos al principio, que la naturaleza del precepto es la de un delito de simple actividad y no de resultado.

La ubicación del artículo 342, como se ha dicho, dentro de la infracción de la propiedad industrial y derechos que conciernen a la competencia y a los consumidores, hace pensar que el bien jurídicamente protegido sea, la defensa del consumidor frente a las mendacidades mencionadas, dentro de la actividad publicitaria. El bien jurídico, concebido hoy, como valor, no es pues, de carácter individual sino colectivo; como establece un sector de la Doctrina (8), el precepto que comentamos esta tutelando, asimismo, los intereses de los empresarios competidores por prescribir el principio de veracidad; pero en realidad se trata de una protección indirecta dado que el tipo de injusto no requiere la presencia de una relación competitiva.

(8) Martínez Pérez, Carlos. Ob. cit. Pág. 762.

Las formas de participación, si tenemos en cuenta el artículo 34 del Proyecto (9) y dado que como señala por algún autor (10) al producirse la publicidad a través de los medios de comunicación social sólo cabrá la autoría y no habrá lugar a ninguna otra forma de participación.

La pena correspondiente al tipo básico, era la de multa de tres a veinticuatro meses, sanción que nos parece desproporcionadamente baja dada la importancia del bien jurídico protegido.

En el párrafo segundo, se advierte una agravación de la pena -"se impondrá la pena en su mitad superior"- para supuestos de objetos de primera necesidad.

Finalmente, en el último párrafo del precepto que comentamos, establecía la posibilidad, si lo solicitaba el Ministerio Fiscal o la parte perjudicada de publicar la sentencia en los periódicos oficiales, o cualquier otro medio de difusión.

Tipo Objetivo

Es necesario el dolo que requiere la conciencia de la falsedad de las alegaciones y de la capacidad de inducción a error.

La expresión "intencionadamente" excluye la comisión culposa, que además, como es sabido el Proyecto, ofrecía un

(9) "En los delitos y faltas cometidas por medio de imprenta, el grabado, la radiodifusión, la televisión u otra forma de reproducción o difusión escrita, hablada o visual, responderán criminalmente sólo los autores. A estos efectos se entienden por autores no sólo los que realmente lo hayan sido del texto escrito o hablado o de la estampa o imagen hecha pública, sino también los directores de la empresa editora, emisora o difusora, los de la publicación o programa en que se inserte o difunda y los de la empresa impresora o grabadora, siempre que conocieren el contenido de lo impreso, grabado, emitido, publicado o difundido".

(10) Santaella López, Nael: "El delito Publicitario". Madrid, 1981, Reus, S.A. Pág. 106.

catálogo cerrado de delitos culposos, por lo que tal afirmación resulta supérflua.

Concursos

Frente a las falsedades, es Ley especial. Pero sí, a nuestro entender, se produjese un perjuicio económico, podría concurrir con el delito de Estafa en relación de concurso medial.

REGULACION EN LA PROPUESTA DE ANTE-PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1983

Bajo el Título XII, "De los delitos socioeconómicos", Capítulo I, "De las infracciones de la propiedad industrial y derechos que conciernen a la libre competencia y a los consumidores", en la Sección Segunda se tipificaba el "Delito publicitario".

Aparecen nuevos planteamientos de política-criminal al contemplarse comportamientos que lesionan o ponen en peligro la competencia.

La razón de incriminación de tales conductas; radica en la función racional de bienes jurídicos que el Derecho Penal debe tutelar.

Al incluirse dichos comportamientos bajo el Capítulo de los delitos socio-económicos, resulta obligado citar el modelo de economía de mercado que establece el artículo 38 de la Constitución de 1978, y por tanto la competencia "debe considerarse como un instrumento, que desempeña una función social al servicio de los intereses generales" (11).

Además entiendo, junto al citado autor que la protección jurídica de la competencia se inspira en dos ideas: la influencia que en la misma tiene la protección de los consumidores y la necesidad de control del poder económico.

(11) Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio: "La reforma penal: Delitos Socio-económicos". Facultad de Derecho, Madrid 1985. Pág. 396.

En materia de competencia debe destacarse la variedad de cuerpos legales que la regulan, desde distintos puntos de vista y que en algún caso no se corresponden con las ideas que inspiran nuestra Constitución; pensemos en la Ley de 20 de Julio de 1963, de “Represión de prácticas restrictivas de la competencia, la Ley de 11 de Junio de 1964, que promulgó, como se dijo, el Estatuto de la Publicidad (12) y las Leyes post-Constitucionales, 22/87 de 11 de Noviembre de la Propiedad Intelectual y 11 de Noviembre de 1988 de la Publicidad, ya mencionada.

Finalmente, debemos manifestar, como lo hace Berdugo Gómez de la Torre (13), que el tipo básico de la Propuesta, como veremos, sólo se refiere a un sector del ilícito publicitario, cual és, el que lesione el principio de veracidad, pero no recoge, la directa protección, de la libre competencia, pues las “alegaciones falsas” deben ir referidas a los productos que un sujeto anuncia y no a los que anuncia el competidor.

Dicen textualmente los artículos 279 y 280 de la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal.

Artículo 279. 1. El que intencionadamente hiciere en la actividad publicitaria alegaciones falsas sobre la naturaleza, composición, virtudes o cualidades sustanciales de los productos o servicios anunciados, capaces por sí mismas de inducir a error al consumidor, será castigado con la pena de multa de tres a dieciocho meses.

2. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando se tratase de publicidad de sustancias alimenticias, medicamentos, viviendas u otros objetos de primera necesidad o destinados al consumo infantil.

(12) Artículo 10, párrafo 2º: “Se considera desleal la actividad dirigida a provocar confusión entre bienes o servicios, la que tienda a producir el descrédito de los competidores o de los productos de los mismos y genéricamente, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles”.

(13) Ob. cit. Pág. 403.

3. El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, decretará la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales, y asimismo podrá autorizar la reproducción total o parcial de la misma en cualquier otro medio informativo.

Artículo 280. "El que utilizare por cualquier medio la imagen o el nombre de otra persona sin su consentimiento, con fines comerciales o publicitarios, será castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de seis a doce meses".

A. El artículo 279, tiene una estructura y contenido casi idéntico, como puede verse, al artículo 342 del Proyecto de 1980. Es decir, un tipo básico, un subtipo agravado y en su párrafo tercero se establece la posibilidad de publicación de la Sentencia en los diarios Oficiales.

Las únicas peculiaridades, de escaso interés, que se establecen en el tipo básico del artículo 279.1, es el uso del término "virtudes" en vez de "origen" que empleaba el texto de 1980; en mi opinión, debería haberse añadido el término nuevo sin suprimir el antiguo. En cuanto a la pena, en la Propuesta de 1983, es de multa de tres a dieciocho meses, mientras que en la Propuesta de 1980 era de tres a veinticuatro meses. Como dijimos, y más aún en el nuevo texto, la pena es desproporcionadamente baja y no me parece un acierto haberla reducido todavía más.

En el subtipo agravado, se introduce un término nuevo, "o destinados al consumo infantil"; en lo demás, es fiel reflejo del Proyecto de 1980.

Haciendo una referencia general, a éste subtipo agravado hay que decir que entendemos que la agravación esta justificada por existir un mayor contenido de injusto, en los objetos enunciados que, por cierto, son todos de primera necesidad, con lo que el tema quedaría resuelto si se empleara tal expresión y se eliminara el casuismo utilizado por el pre-

Legislador; pero entrando en la modificación anunciada “o destinados al consumo infantil” hemos de señalar que en tal caso, no tienen porque ser productos de primera necesidad, siendo suficiente con que esten destinados al consumo infantil. Tal innovación me parece acertada, pues el niño puede ser blanco fácil de una publicidad engañosa (14).

Finalmente, el último párrafo del artículo 279, introduce una leve modificación con respecto al tercer párrafo del artículo 342 del Proyecto de 1980. Ahora se establece la posibilidad de que el Tribunal pueda acordar “de Oficio” la publicación de la Sentencia en los diarios oficiales; en 1980, se requería que fuese siempre la solicitud del “perjudicado o del Ministerio Fiscal”; esta solución me parece más adecuada por cuanto entiendo que el Tribunal en un delito perseguible de oficio y cuyo bien jurídico como se ha dicho es colectivo debe tener autonomía para poder acordar si lo cree oportuno y sin petición expresa de las partes la publicación de la Sentencia en los diarios.

B. La aparición del artículo 280 de la Propuesta supone una novedad respecto al Proyecto de 1980, y es una innovación en orden a cualquier Código anterior.

Tipo Objetivo

El bien jurídico protegido, poco tiene que ver con el del artículo precedente, pues consiste en el derecho que tiene una persona a explotar económicamente su nombre y su imagen, se trata de un bien jurídico individual y de naturaleza económica; por lo que según Martínez Pérez (15) “el hecho de que los comportamientos vulneradores de este derecho se lleven a cabo en el marco de la actividad publicitaria en sentido estricto es accesorio”.

(14) En este sentido, Carlos Martínez Pérez, “Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa”. Cuadernos de Política Criminal, nº 22, 1984. Pág. 93.

(15) Ob. cit. Pág. 772.

Dicho lo cual, nos parece que su ubicación dentro de los delitos socio-económicos no resulta adecuada siendo preferible su enmarque dentro de los delitos contra la intimidad, Título VII, Capítulo I, artículos 187 a 191.

La acción consiste en “utilizar por cualquier medio la imagen o el nombre de otra persona sin su consentimiento”. La dinámica comisiva puede ser muy diversa, como se desprende de la expresión “por cualquier medio” y caso de existir consentimiento se daría una causa de exclusión de la tipicidad. El comportamiento debe realizarse “con fines comerciales o publicitarios”.

Al poco tiempo de la aparición de la Propuesta de 1983, ya se abogaba por la supresión del precepto comentado alegando el carácter fragmentario del Derecho Penal y el Principio de Intervención mínima; dado que dichos comportamientos ya podían estar contemplados en la Ley Civil de Mayo de 1982 de Protección del Honor y la Intimidad.

TIPIFICACION EN EL PROYECTO DE LEY ORGANICA DE CODIGO PENAL DE 1992

La regulación de la Publicidad hasta 1988 venía haciéndose por el Estatuto de 1964 por lo que, obviamente tenía un contenido in-Constitucional y se enfrentaba en buena medida a principios constitucionales, lo que demandaba una nueva Ley en donde, con contenido constitucional, tuviese su entronque la Publicidad. Todo ello, se explica en la Exposición de Motivos de ésta Ley de 11 de Noviembre de 1988 (16); en los artículos

(16) “La adhesión de España a las Comunidades Europeas implica, entre otros, el compromiso de actualizar la legislación española en aquellas materias en las que ha de ser armonizada con la comunitaria.

El Consejo de las Comunidades Europeas aprobó con fecha 10 de septiembre de 1984 una directiva relativa a la armonización de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los países miembros en lo que afecta a la publicidad engañosa.

4 y 5 del texto de la Ley, se define un nuevo concepto de publicidad engañosa y los elementos que la integran (17). A raíz de todo ello, va ha ser obligado que la redacción de un futuro delito publicitario varíe sensiblemente respecto a los Proyectos de 1980 y a la Propuesta de Anteproyecto de 1983.

El Anteproyecto de Código Penal de 1992 tipificó el delito publicitario en el artículo 282 con una redacción casi idéntica a la que contempla el Proyecto de 1992 en su artículo 287, enviado por el Gobierno a las Cortes en Septiembre del

La legislación general sobre la materia está constituida en España por la Ley 61/1964, de 11 de Junio (R. 1269 y N. Cicc. 25361), por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad, norma cuyo articulado ha caído en gran parte en desuso, por carecer de la flexibilidad necesaria para adaptarse a un campo como el de la publicidad especialmente dinámico, y por responder a presupuestos políticos y administrativos alejados de los de la Constitución (R. 1978, 2836 y Ap. 1975-85, 2875).

Las circunstancias precedentes aconsejan la aprobación de una nueva Ley general sobre la materia, que sustituya en su totalidad al anterior Estatuto y establezca el cauce adecuado para la formación de jurisprudencia en su aplicación por los Jueces y Tribunales.

En tal sentido, el Estado tiene competencia para regular dicha materia de acuerdo con lo establecido por el artículo 149,-1-1º, 6º y 8º de la Constitución.

La publicidad, por su propia índole, es una actividad que atraviesa las fronteras. La Ley no sólo ha seguido las directrices comunitarias en la materia, sino que ha procurado también inspirarse en las diversas soluciones vigentes en el espacio jurídico intereuropeo.

El contenido de la Ley se distribuye en cuatro Títulos. En los Títulos I y II se establecen las disposiciones generales y las definiciones o tipos de publicidad ilícita. Se articulan asimismo las diferentes modalidades de intervención administrativa en los casos de productos, bienes, actividades o servicios susceptibles de generar riesgos para la vida o la seguridad de las personas.

En el Título III, constituido por normas de derecho privado, se establecen aquellas especialidades de los contratos publicitarios que ha parecido interesante destacar sobre el fondo común de la legislación civil y mercantil. Estas normas se caracterizan por su sobriedad. Se han recogido, no obstante, las principales figuras de contratos y de sujetos de la actividad publicitaria que la práctica del sector ha venido consagrando.

En el Título IV se establecen las normas de carácter procesal que han de regir en materia de sanción y represión de la publicidad ilícita, sin perjui-

mismo año tras haber emitido informe el Consejo General del Poder Judicial.

Decimos “casi idéntico” por cuanto en el Anteproyecto en el párrafo segundo, establecía “Las mismas penas se impondrán...”, mientras que en el Proyecto, textualmente señala (“Se impondrán las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a dieciocho meses...”), lo que supone una agravación del párrafo segundo en el Proyecto.

cio del control voluntario de la publicidad que al efecto pueda existir realizado por organismos de autodisciplina.

En este sentido se atribuye a la jurisdicción ordinaria la competencia para dirimir las controversias derivadas de dicha publicidad ilícita en los términos de los artículos 3º al 8º. Esta es una de las innovaciones que introduce esta Ley, decantándose por una opción distinta a la contemplada en el Estatuto de la Publicidad de 1964 (citado). Este último contempla la figura de un órgano administrativo, “El Jurado Central de Publicidad”, competente para entender de las cuestiones derivadas de la actividad publicitaria. Por razones obvias, entre otras, las propias constitucionales derivadas de lo dispuesto en el artículo 24.2, en donde se fija un principio de derecho al juez ordinario, así como las que se desprenden de la estructura autonómica del Estado, se ha optado por atribuir esa competencia a los Tribunales Ordinarios.

De conformidad con lo establecido en los artículos 4 y siguientes de la Directiva 84/450 de la CEE sobre publicidad engañosa, se instituye en este Título un procedimiento sumario encaminado a obtener el cese de la publicidad ilícita.

El proceso de cesación se articula con la máxima celeridad posible, sin merma de las garantías necesarias para el ejercicio de una actividad de tanta trascendencia económica y social como es la publicitaria. La tramitación se realizará conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881 para los juicios de menor cuantía, con una serie de modificaciones, inspiradas en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo (R. 841, 1018 y Ap. 1975-85, 3631), reguladora del Derecho a la Rectificación, y en las directrices comunitarias, y tendentes a adaptar la práctica judicial a las peculiaridades del fenómeno publicitario.

El Juez, atendidos todos los intereses implicados y, especialmente, el interés general, podrá acordar la cesación provisional o la prohibición de la publicidad ilícita, así como adoptar una serie de medidas encaminadas a corregir los efectos que la misma hubiera podido ocasionar.

Por último, en la Disposición Transitoria se establece que las normas que regulan la publicidad de los productos a que se refiere el artículo 8º con-

El tipo de injusto que vamos a comentar, se halla dentro del Título XII "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico", Capítulo XII, "De los delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores".

Dice textualmente el artículo 287 del Proyecto de 1992:

servaran su vigencia hasta tanto no se proceda a su modificación para adaptarlas a lo dispuesto en la presente Ley.

La Disposición Derogatoria prevé la derogación íntegra del Estatuto de la Publicidad de 1964 (citado) y de cuantas normas se opongan a lo establecido en la nueva Ley".

(17) Artículo 4. "Es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar as 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".

Artículo 5. "Para determinar si una publicidad es engañosa, se tendrán en cuenta todos sus elementos y principalmente sus indicaciones concernientes a:

1. Las características de los bienes, actividades o servicios, tales como:

a) Origen o procedencia geográfica o comercial, naturaleza, composición, destino, finalidad, idoneidad, disponibilidad y novedad.

b) Calidad, cantidad, categoría, especificaciones y denominación.

c) Modo y fecha de fabricación, suministro o prestación.

d) Resultados que pueden esperarse de su utilización.

e) Resultados y características esenciales de los ensayos o controles de los bienes o servicios.

f) Nocividad o peligrosidad.

2. Precio completo o presupuesto o modo de fijación del mismo.

3. Condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización y entrega de los bienes o de la prestación de los servicios.

4. Motivos de la oferta.

5. Naturaleza, cualificaciones y derechos del anunciante, especialmente en lo relativo a:

a) Identidad, patrimonio y cualificaciones profesionales.

b) Derechos de propiedad industrial o intelectual.

c) Premios o distinciones recibidas.

6. Servicios post-venta.

“1. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a dieciocho meses los fabricantes o comerciantes que en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hicieren alegaciones falsas o manifestaran características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan perjudicar notoriamente a los consumidores o a los demás concurrentes en el mercado, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos.

2. Se impondrán las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a dieciocho meses a los que, en perjuicio del consumidor, facturen cantidades superiores por productos o servicios cuyo costo o precio se mida por aparatos automáticos, mediante la alteración o manipulación de éstos”.

Análisis del Tipo Objetivo

El bien jurídicamente protegido, es doble, por una parte el derecho de los consumidores a una información veraz, y por otra, el derecho de los concurrentes en el mercado a una libre competencia; cuestión ésta última que supone una innovación respecto a los Proyectos anteriores.

Estamos en presencia de un tipo especial impropio, denominado por algún autor (18), especial en sentido estricto, ya que el círculo de posibles sujetos está limitado por decisión del legislador y no del injusto, como sucede en los delitos de propia mano (18 bis). Así pues, los sujetos activos son únicamente “los fabricantes y los comerciantes”.

(18) Sainz Cantero, José A.: “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”. 2ª Edición. Bosch, 1990, Pág. 547.

(18 bis) Sin embargo para Cobo-Vives, los delitos especiales impropios vendrían constituidos por aquellas figuras para la realización cuyo tipo de injusto se requiere la concurrencia de una determinada cualidad personal. Derecho Penal. Parte General 3ª Edición Tirant lo Blach. Valencia 1990, Pág. 277.

Al ser muy difícil imaginar la comisión de éste delito, sin emplear medios mecánicos o soportes de difusión, las personas criminalmente responsables se regirán por la fórmula establecida en el artículo 27 del Proyecto que establece la responsabilidad escalonada y subsidiaria, poco afortunada, muy parecida al contenido del actual artículo 15 de nuestro Código (19).

Los sujetos pasivos, son de una parte los consumidores, es decir, cualquier persona y de otra, los concurrentes en el mercado, lo que llevará aparejado que se trate de persona que se dedique a la misma actividad del producto objeto de publicidad engañosa.

La acción viene descrita de forma disyuntiva de un lado, “hacer alegaciones falsas” y de otra “manifestar características inciertas”, todo ello lógicamente, referido a “ofertas o publicidad de productos o servicios”.

Entendemos, que esa doble formulación es reiterativa e inútil, ya que si se hacen alegaciones falsas de alguna manera se manifiestan características inciertas y viceversa, si se manifiestan características inciertas se hacen alegaciones falsas. Sería positivo que en la discusión Parlamentaria se mejorase

(19) Artículo 27.1. En los delitos y faltas cometidas utilizando medios mecánicos o soportes de difusión no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente.

2. Los autores a los que se refiere el artículo 25 responderán de forma escalonada y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden:

1º Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate y quienes les hayan inducido a realizarlo.

2º Los que sean directores de la publicación o programa en que se difunda.

3º Los que sean directores de la empresa editora, emisora o difusora.

4º Los que sean directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora.

3. Cuando por cualquier motivo, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números anteriores, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior.

esta formulación del Pre-Legislator, optándose, tal vez, por la supresión de una de ellas.

No estamos ante un delito de resultado sino de mera actividad, ya que no se requiere un perjuicio efectivo notorio, sino la posibilidad de que éste pueda producirse por lo que no cabrán formas imperfectas de ejecución.

El propio precepto que comentamos, prevé expresamente, la posibilidad de concursos, a mi juicio, falsarios o de estafa, al utilizar la expresión “sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos”.

Tipo Subjetivo

Es un delito doloso; pues, sabido es, que el artículo 11 del Proyecto, emplea la nueva fórmula del “crimen culpae” frente al actual “crimina culposa” (20).

Con todo, podían darse casos de error de tipo en quien creyese verdaderas sus alegaciones, o ciertas las características que manifestase, en tal caso, sería de aplicación el artículo 13 del Proyecto que adopta la misma solución que el actual artículo 6 bis a) del texto vigente.

PARRAFO SEGUNDO

Tipo Objetivo

El párrafo segundo del artículo que comentamos, supone como apuntamos, una agravación de la pena ya que la sanción ha imponer no es de prisión o multa, sino de prisión y multa.

Sorprende, que este párrafo segundo, poco tiene que ver con el párrafo primero y por tanto con el delito publicita-

(20) Artículo 11. “Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley.”

rio propiamente dicho; pero al estar inmerso dentro del artículo 287 parece obligado hacer una referencia al mismo, aunque sea breve.

Se trata de una figura delictiva parecida a la estafa y cuya redacción nos parece más confusa que la del artículo 529.3º anterior a la Reforma Parcial y Urgente de 1983; entonces se decía “Los traficantes que defraudaren, usando de pesos o medidas faltos, en el despacho de los objetos de su tráfico” (21).

El bien jurídicamente protegido, es el patrimonio del consumidor, y el contenido de injusto, su ataque. La acción consiste en facturar cantidades superiores mediante la alteración o manipulación de aparatos automáticos; los términos alteración o manipulación, en el texto son prácticamente sinónimos y quieren significar el cambio de la correcta medida; y todo ello en perjuicio del consumidor, por lo que aún cuando el menoscabo no se produjera el delito ya se habría consumado; no es pues, como ocurre en la estafa, un delito de resultado.

Tampoco coincide con el delito publicitario, en cuanto a su naturaleza ya que no es un tipo especial impropio sino que se trata de un tipo común al emplear la expresión “Los que”.

El sujeto pasivo, puede ser cualquiera ya que la expresión “consumidor” así lo pone de manifiesto.

Tipo Subjetivo

Se trata de un delito doloso. Pues aparte de caber en el Proyecto, como señalamos, sólo la comisión culposa en aque-

(21) Y el artículo 573.3º-Falta de estafa- establecía “Los traficantes o vendedores que tuvieren medidas o pesos dispuestos con artificio para defraudar, o de cualquier modo infringieren las leyes establecidas sobre contraste para el gremio a que pertenezcan”.

llos delitos que expresamente se señala, la expresión “en perjuicio” denota la clara finalidad integradora de los elementos intelectual y volitivo del dolo.

En mi opinión y para concluir, entiendo que tras la discusión Parlamentaria debería suprimirse ya que se trata, más bien, de una forma imperfecta de ejecución del delito de estafa tipificada en el Proyecto en el artículo 252 y siguientes.

DERECHO COMPARADO

Como señala Martínez Pérez (22) los precedentes del delito publicitario hay que buscarlos en Francia y Alemania.

En Francia, además, de la tipificación de la publicidad ilícita dentro de algunas figuras de estafa y de delitos societarios, existe un Derecho Penal de la publicidad, desde que en 1973 se publicara la Ley “Royer” (23).

(22) Ob. cit. Pág. 759.

(23) a-Artículo 44.1º de la mencionada Ley, establece “Se prohíbe toda publicidad, cualquiera que sea su forma, que contenga alegaciones, indicaciones o representaciones falsas o que puedan inducir a error, cuando las mismas se refieran a uno o varios de los siguientes elementos: existencia, naturaleza, composición, cualidades sustanciales, posibilidades de aprovechamiento, especie, origen, cantidad, modo y fecha de fabricación, propiedades, precio y condiciones de venta de los bienes o servicios objeto de publicidad, requisitos para su utilización, resultados que pueden esperarse de su utilización, motivos o procedimientos de la venta o de la prestación de los servicios de alcance del compromiso asumido por el anunciante, identidad, cualidades o aptitudes del fabricante, de los revendedores, de los promotores o de los prescriptarios”.

b- Artículo 44.2º, señala: “una pena privativa de libertad de tres meses a dos años y/o pena de multa de 1.000 a 250.000 francos, pudiendo elevarse al máximo de la multa al 50 por ciento del coste de la publicidad. Como penas complementarias se contemplan: la publicación (obligatoria) de la sentencia y la difusión (facultativa) de anuncios de rectificación a costa de los condenados. Asimismo se prevén medidas preventivas, destinadas a la cesación de la publicidad”.

(24) “1º. Será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año y multa o con una de estas dos penas, quien, con la intención de suscitar

En Alemania, el denominado “Derecho penal de la competencia desleal” cuenta con una larga tradición.

La tipificación de la publicidad engañosa se contiene en el párrafo 4 de la UWG -Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb- (24).

De igual forma, el Proyecto Alternativo Alemán de Código Penal, en su párrafo 177 contiene un delito de publicidad engañosa dentro de los delitos contra la competencia y los consumidores (25).

la apariencia de una oferta especialmente ventajosa, realice alegaciones falsas y susceptibles de inducir a error en publicaciones o comunicaciones que están destinadas a un extenso círculo de personas, sobre situaciones comerciales, en especial sobre la calidad, el origen, la forma de fabricación o de fijación del precio de mercancías o servicios concretos o de la oferta global, sobre listas de precios, sobre la clase de suministro o las fuentes de suministro sobre la posesión de distinciones, sobre el motivo o finalidad de la venta o sobre el stock de mercancías.

2° Si la acción descrita en el párrafo 1 tiene lugar en una empresa industrial y es realizada por un empleado o comisionista, se castigará también, junto con éstos, al propietario o gerente de la empresa, en el caso de que la acción se llevase a cabo con su conocimiento”.

(25) Párrafo 177.1°. El que, en el tráfico económico, realice alegaciones falsas al ofrecer en forma pública o ante un extenso círculo de personas, una mercancía o su producción industrial, sobre ciertas circunstancias consideradas esenciales en el comercio para la conclusión del contrato, será sancionado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con pena de multa.

2° Las circunstancias a las que se refiere el párrafo primero son, en especial, la calidad, el origen y determinación del precio de la mercancía o de la producción, sus posibilidades de utilización, así como la posesión de premios y el motivo o la finalidad de la oferta”.