

ISSN 2236-0859

DIREITO & DESENVOLVIMENTO

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

ANÁLISIS DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y ALGUNAS
REPERCUSIONES DEL DELITO DE PUBLICIDAD
ENGAÑOSA EN ESPAÑA

CÉSAR CHAVES PEDRÓN

VOLUME 11 | NÚMERO 1 | JAN/JUN 2020

ANÁLISIS DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y ALGUNAS REPERCUSIONES DEL DELITO DE PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN ESPAÑA

ANÁLISE DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO E ALGUMAS REPERCUSSÕES DO DELITO DE PUBLICIDADE ENGANOSA NA ESPANHA

Recibido: 23/06/2020
Aprobado: 07/07/2020

César Chaves Pedrón¹

RESUMEN:

En el presente artículo tiene por objeto el estudio del delito de publicidad engañosa construido sobre una base de determinar la necesidad o no de su regulación penal, no puede quedar sin análisis la repercusión que la publicidad tiene en los consumidores. Y si la tiene, como efectivamente se puede adelantar, debe considerarse, necesariamente, la influencia de una publicidad ilícita. Así pues, una vez estudiadas las técnicas publicitarias empleadas, particularmente aquellas que son capaces de conducir la conducta del consumidor, será el momento de determinar si el consumidor o consumidores - ambos términos se consideran indistintamente utilizables - se encuentra en una situación de desventaja frente a los empresarios y los expertos profesionales publicitarios. Si realmente se llega a poner de manifiesto tal situación, nos encontramos con el principio acomodaticio de la legitimidad del delito de publicidad engañosa. La técnica utilizada ha sido el método histórico-evolutivo y el método deductivo.

Palabras llaves: Publicidad engañosa. Técnicas publicitarias. Bien jurídico protegido.

RESUMO:

O presente artigo tem por objetivo o estudo do delito de publicidade enganosa construído sobre uma base em determinar a necessidade ou não de sua regulamentação penal, não podendo ficar sem uma análise quanto a repercussão que tem a publicidade entre os consumidores. E se tem, como efetivamente é possível adiantar, deve ser considerada, necessariamente, a influência empregada, particularmente naquelas que são capazes de conduzir a conduta do consumidor, será o momento de determinar si o consumidor ou consumidores - ambos termos são indistintamente utilizados - se encontra numa situação de desvantagem frente aos empresários e especialistas em publicidades. Se realmente chega a destacar a situação, nos encontramos com o princípio complacente da legitimidade do delito de publicidade enganosa. A técnica utilizada foi o método histórico-evolutivo e o método dedutivo.

Palavras-chave: Publicidade enganosa. Técnicas publicitárias. Bem jurídico protegido.

¹ Doctor en derecho. Abogado. Profesor Asociado de Derecho Penal (Universidad de Valencia). Email: cesar.chaves@uv.es

1 INTRODUCCIÓN

El delito de publicidad engañosa surge en España con la probación del Código Penal de 1995. Desde su aparición, no han faltado voces de la doctrina penal que consideran innecesaria la presencia de este delito, pues, con las diferentes fases del *iter criminis* del delito de estafa, el consumidor estará protegido ante estas conductas. Por tanto, la pretensión del presente trabajo no es solo poner de relieve aspectos fundamentales del delito, sino, también, determinar, a través de ello, la necesidad o no de su presencia en el Código Penal.

El análisis del delito pasa por el estudio de las diferentes técnicas publicitarias para conocer cómo influyen en el comportamiento de los consumidores. Posteriormente el análisis del bien jurídico protegido, fundamental para sostener el principio de ofensividad. Todo ello resulta necesario para considerar como necesaria o no la presencia del delito en el Código Penal.

2 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Parece que el Derecho Penal sea un instrumento utilizado por el Estado para frenar las nuevas formas de delincuencia o para frenar su ramificación, pero en todo caso para evitar los grandes perjuicios que se puedan causar².

Si el ámbito de la defraudación económica lo circunscribimos al ámbito de la publicidad, es decir, a los supuestos en los que se ha utilizado ésta para causar un perjuicio a los consumidores a través de la publicidad ilícita, más concretamente en la engañosa³, con el correlativo ánimo de enriquecimiento por parte de las empresas, debemos plantearnos si los mecanismos de defensa que ha creado el Estado son suficientes para la protección de los ciudadanos.

Los Estados han sido tendentes a ir protegiendo a los ciudadanos a través del Derecho Penal, pues, las sanciones administrativas posiblemente han resultado ser poco eficaces para combatir nuevas modalidades de fraudes económicos y los cada vez mayores perjuicios que generan. Una sociedad que desarrolla todo tipo de técnicas es capaz de generar unas consecuencias negativas, como son la creación de riesgos más o menos directos para los ciudadanos⁴. Esta nueva situación de riesgo social tiene como resultado la producción de consecuencias lesivas, algunas de ellas a largo plazo. Por tanto, parecen revelarse insuficientes, para proteger a la sociedad, los delitos de lesión debiendo recurrirse a los tipos de peligro⁵. A esto último hay que añadir la benevolencia con la que el legislador ha tratado, tradicionalmente, a aquellas personas que cometían delitos de carácter económico y que su represión venía siendo insuficiente⁶.

Además, tras la Constitución Española se debe conseguir una situación económica y social justa que sea reflejo de la voluntad popular y de un verdadero Estado de Derecho⁷. Y esto es así porque la libertad de mercado no es, en sí mismo, un valor absoluto, más bien se encuentra subordinada a la satisfacción de los intereses generales⁸.

2 Véase Tiedemann, K. *Poder económico y delito*, Barcelona 1985, p. 30.

3 Vid. Ripoll Navarro, R.: "Publicidad engañosa, tratamiento jurídico español y comunitario" en *La Ley*, nº 3 1991, p. 996.

4 Véase Silva Sánchez, J. M^a. : *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Barcelona 2006, 2ª ed. p. 16.

5 Vid. Silva Sánchez, J. M^a. *op. cit.* pp. 16 y 17.

6 Véase Fernández Albor, A. y Martínez-Buján Pérez, C.: *Delincuencia y economía*, Santiago de Compostela 1983, p. 37.

7 Véase, Ruiz Vadillo, E.: *Proyecto de ley orgánica de Código Penal*, Madrid 1980, p. 9.

8 Vid. Tamarit Sumalla, J. M^a.: "La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria: problemas fundamentales" en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 41, 1990, p. 322. El citado autor, manifiesta que los artículos 38 y 128 de la Constitución Española son los que limitan la libertad de mercado a satisfacer los intereses generales.

Todo lo expuesto lleva a la necesaria concreción del bien jurídico para poder avanzar en el estudio del delito de publicidad engañosa. Para ello, primero se hará una referencia a las técnicas publicitarias que puedan influir en la conducta del consumidor para después venir a determinar con precisión cuál es el bien jurídico tutelado.

2.1 Técnicas Publicitarias y Situación de Riesgo Para el Consumidor

El desarrollo del capitalismo transforma el modo de trabajo y de venta. En una época precapitalista la relación entre el productor y el consumidor es prácticamente personal, mientras que en el gran progreso capitalista se basa en una ausencia de relación personal y una oferta multitudinaria e indiferenciada de los productos por parte del fabricante. Este nuevo modo de trabajo y de mercado trae como consecuencia inevitable la utilización del recurso de la publicidad⁹. Se llega, por ello, a un nuevo modelo económico sustentando en las tecnologías de la información¹⁰. La idea con la que se parte en la publicidad es positiva, pues, se trata de facilitar información a los consumidores sobre los productos y servicios¹¹, que la misma sea un medio transversal que estructura a la sociedad desde una perspectiva comunicativa y directa en la vida cotidiana¹².

Las sociedades capitalistas utilizan, por tanto, la publicidad como el medio necesario para dar a conocer a los ciudadanos los productos y servicios de consumo que ofrecen. Tal actividad requiere que los mensajes publicitarios tengan un gran calado en el consumidor a la hora de aumentar sus ventas. Precisamente, por la necesidad apuntada, cada vez se cuenta con una mayor especialización en el ámbito publicitario. Tanto es así, que se produce una progresiva inversión en métodos publicitarios¹³.

Esta situación genera una importante posición de supremacía de las empresas respecto de los consumidores. Si lo consideramos desde una perspectiva aséptica y objetiva, estamos midiendo unas fuerzas claramente desiguales; por un lado, las empresas con todo su potencial económico y la ayuda de los expertos publicitarios, y por otro, los consumidores como receptores de toda la oferta de productos y servicios que los mensajes les transmiten.

La publicidad comercial se ha convertido en el instrumento más necesario en una economía de libre mercado¹⁴. La cada vez mayor influencia de los medios de comunicación, llamados *mass media*, con el poder e influencia que tienen sobre la sociedad por la capacidad de poder llegar a una gran parte de la sociedad¹⁵, son los utilizados en el esquema de la intervención publicitaria para conseguir el alcance absoluto, es decir, que su mensaje publicitario sea conocido por todos. Por tanto, la publicidad es algo consustancial al sistema socioeconómico de la economía de mercado¹⁶.

9 En este sentido véase Feliu García, E. *Los lenguajes de la publicidad*, Alicante 1984, p. 35; en el mismo sentido, Martínez-Buján Pérez, C.: "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)" en *Documentación Jurídica* nº 37-40 Volumen 2 enero-diciembre 1983, p. 752.

10 Vid. Lafuente Pérez, P.: "Lo social como germen de lo publicitario" en *Publicidad* 360º, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., 2014, p. 86.

11 Así lo entiende, Royo Vela, M.: "Diferentes aproximaciones conceptuales a la consideración de la publicidad como información de consumo" en *Quaderns de Treball* nº 73 1998, p. 6.

12 Véase, más ampliamente, Benavides Delgado, J.: "La investigación en comunicación y publicidad: nuevos temas y problemas" en *Revista internacional de comunicación y publicidad*, Vol. I, nº 17, 2012, p. 83.

13 Véase, Santaella López, M.: *El delito publicitario. Aspectos penales de la comunicación publicitaria*, Madrid 1981, p. 23.

14 Vid. Tallón García, J.: *Curso de Derecho Publicitario*, Valladolid 1979, p. 17. El citado autor llega a definir esta situación como la que se halla presente a cada momento y en cualquier situación y nos invade con un ímpetu irresistible.

15 Vid. Cuerda Riezu, A.: "Los medios de comunicación y el Derecho penal" en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Volumen I, coordinador; Nieto Martín, A., Cuenca 2001, pp. 196 y 197.

16 Véase, más ampliamente, Sierra López, M^a V.: *Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en internet*, Valencia 2003, p. 62. En el mismo sentido apuntaba los avances producidos en la comunicación de masas y la inserción de las campañas publicitarias, Vázquez Cueto, J. C.: "La publicidad correctora: un modelo americano adoptado por la Ley General de Publicidad" en *La Ley* 1992-2, p. 926.

Estas posibilidades de distribución general y, en algunos casos, masiva, requiere que la publicidad tenga una vertiente eminentemente convincente. La premisa apuntada tiene una consecuencia inevitable, la publicidad ha dejado de ser accesoria para convertirse en un elemento principal con gran influencia en el sistema económico y social. Tanto es así, que en un determinado momento el producto era su propia publicidad, en cambio hoy se ha convertido en su propio producto y se confunde consigo misma¹⁷. Pasando, además, de un modelo puramente mecánico y direccional a uno sistémico de enorme complejidad que atiende a la interactividad y la interdependencia de los nuevos referentes de la comunicación: un modelo que persigue representar todo ese conjunto de interrelaciones que existen en los, ahora, más complejos procesos de interacción cultural que derivan de la práctica mediática y publicitaria. Se hace de la comunicación y los medios un escenario complejo de ámbitos culturales que vienen a sustituir los modos tradicionales de comprender el mundo. En este nuevo panorama intervienen directamente los individuos, las instituciones públicas y las empresas.

Una perspectiva tan incisiva y relevante como actualmente tiene la publicidad necesita unas técnicas adecuadas que la consoliden. Esta nueva configuración de la técnica publicitaria ya no transmite el mensaje que implique el simple binomio producción-venta, apoyado en una idea de propaganda¹⁸; ahora se trata de imponer una ideología donde el individuo pierda la conciencia de la realidad de sus necesidades, para adaptarse a una nueva filosofía de consumo que reduzca o anule su capacidad crítica¹⁹. Si bien hay quien opina que la publicidad no crea valores sino que los transmite, pues, pretende sugestionar para motivar la conducta sin que el consumidor se dé cuenta²⁰. Sin embargo, sí parece que la propia publicidad contribuya a crear valores - más que transmitirlos - porque la tendencia es incidir en la capacidad motivacional del ciudadano-consumidor para que realice múltiples actos de consumo, que en la mayoría de los casos podríamos considerar innecesarios, cambiando las actitudes implícitas y explícitas por los mensajes persuasivos²¹. Por tanto, la publicidad ya no consiste en informar al público sobre las características y el precio del producto, sino que tiene una finalidad ulterior como es persuadir a los consumidores para que compren los productos anunciados²².

Según lo expuesto se podría afirmar que la vida económica del individuo puede establecerse sobre tres momentos: primero las necesidades, porque crean deseos y pasiones; segundo los esfuerzos, necesarios para alcanzar el objeto del deseo o satisfacer la pasión; tercero la satisfacción, lograda con la realización de haber obtenido lo pretendido anteriormente. La publicidad solo actúa sobre los dos primeros: crea o excita las necesidades, los deseos, las pasiones (que una vez nacidos resultan, en general, progresivos) y minimiza los esfuerzos del individuo para satisfacerlas²³.

La publicidad ha pasado de ser una exclusiva herramienta comercial de las empresas a ser una forma de racionalidad utilizada en la sociedad como argumento legitimador de comportamientos y estilos de vida. Por tanto, ya no se concibe a la publicidad como la simple actividad de hacer anuncios, sino como una verdadera “industria cultural” que utiliza sus herramientas y recursos para generar discursos sociales que afectan a la vida de las personas y, por ende, al consumo que éstas efectúan²⁴.

17 Baudrillard, Jean: “Publicidad absoluta, publicidad cero” en *Revista de Occidente*, Nº 92, 1989, pp. 8 y 9.

18 Idea relativa a la propagación de ideas con una organización y plan de acción y, con frecuencia, con la puesta en práctica de procedimientos directos. Usada en el ámbito mercantil pero de una forma menos usual que en otros ámbitos como religión, política, filosofía, etc. Así, Haas, C. R. *Teoría, técnica y práctica de la publicidad*. Madrid 1971, p. 14.

19 Véase, Pignotti, L. *La supernada. Ideología y lenguaje de la publicidad*, Valencia 1976, p. 30.

20 Véase, más ampliamente, Biedma Jaén, J. “Valores de la publicidad y publicidad de los valores” en *Comunicar: Revista científica iberoamericana de comunicación y educación*, Nº 9, 1997, p. 62.

21 Vid. De Diego Vallejo, R.: “Modelos psicológicos sobre comunicación persuasiva” en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., 2014, p. 66.

22 Vid. Fernández Novoa, C.: *Estudios de derecho de la publicidad*, Santiago de Compostela 1989, p. 58.

23 Vid. Haas, C. R. *op. cit.* p. 79.

24 Vid. Benavides Delgado, J. *op. cit.* p. 82.

Según la nueva dinámica publicitaria, el consumismo se transmite con una visión basada en una idea de vida, en la mayoría de los casos, absolutamente irreal. Los productos de consumo deben ofrecer al consumidor la posibilidad de materializar sus expectativas frustradas, encontrándose identificado socialmente, pero a la vez diferenciado del resto, con el consumo de un determinado producto. Tanto es así, que la moderna expansión de la publicidad comenzó con la contratación, por parte de las agencias publicitarias, de psicólogos y sociólogos con la finalidad de obtener mayor calado a través de la explotación emocional. Los métodos utilizados eran los de investigación *sicográfica*²⁵, llegando a crear en los Estados Unidos de los años ochenta el enfoque *sicográfico* denominado VALS²⁶, estableciendo categorías de ciudadanos integrados o no según actualizaban su consumo a la nueva idea de vida que se les transmitía a través de la publicidad²⁷.

La tendencia publicitaria apuntada se alimenta de la posibilidad actual y de la futura. En otras palabras, no solo se trata de obtener unas importantes ventas de productos en el momento en que es creada, sino que persigue una finalidad de consumo sin solución de continuidad. Se crea una tendencia empresarial a una productividad virtualmente ilimitada por la estructura técnica creada, y la necesidad de dar salida a los productos. La mejor forma de conseguirlo es manipulando al consumidor para adaptar su comportamiento a las necesidades del mercado y generar la falsa necesidad de un producto²⁸. Ésta es una de las principales críticas que se hace a ese uso de la publicidad, esto es, hacer comportarse a las personas sin control consciente sobre sus comportamientos²⁹. Por ello, el hecho de crear estereotipos e incidir en la explotación emocional llegará a crear unos consumidores que quieren ser partícipes de la vida publicitaria, necesitando que su voz sea oída, así como sus quejas y descontentos³⁰.

La respuesta a este desafío supondrá que se sigue penetrando de forma directa en el consumidor asegurando, por tanto, que las ventas continúen³¹. Pese a todas las posibles reacciones del mismo frente a la publicidad, ésta seguirá utilizando la forma más adecuada para interferir en el momento motivacional y asegurarse el consumo innecesario que propicia la riqueza emergente de las empresas. La evolucionada técnica publicitaria seguirá gravitando sobre la creación de la imagen social y de la integración en esta sociedad según los actos de consumo que se realicen.

Tal influencia en la capacidad de decisión de los consumidores requiere que la especialización publicitaria se nutra de aspectos psicológicos y sociológicos, además de los tradicionales análisis económicos del mercado, como se ha apuntado anteriormente. Esta situación puede coartar la facultad selectiva de los ciudadanos, entendido como ente social destinatario de la publicidad, acentuando la aludida desventaja social que precisa de una intervención efectiva por parte del Estado.

Si ha hecho un análisis con cierta perspectiva la situación apuntada, es posible adentrar en una materia absolutamente especializada, tal y como se ha venido exponiendo, en el que la publicidad utiliza técnicas y profesionales que ayudarán a crear artificialmente las necesidades de los consumidores. Además de las intervenciones de los sociólogos y psicólogos

25 Se trata del sistema publicitario utilizado a principio de los años ochenta en Estados Unidos, en el que se analiza la población dividiéndola en segmentos; una vez se han obtenido los segmentos de población se establecen los perfiles de cada uno de los referidos segmentos y la campaña publicitaria se canaliza en la explotación emocional del consumidor de cada segmento poblacional que se hubiere establecido. Así se describe por Meyers, W.: *Los creadores de imagen*, Barcelona 1994 – traducción realizada por Joaquín Adsuar Ortega -, pp. 22 y ss.

26 *Values and Life-Styles*, es decir, Valores y Estilos de Vida.

27 Véase Meyers, W. *op. cit.* Barcelona 1994, p. 25.

28 Razonamiento hecho por Lafuente Pérez, P.: *op. cit.* p. 91.

29 Vid. Royo Vela, M.: "Las críticas a la publicidad" en *ESIC MARKET* nº 97 julio-septiembre 1997, Madrid, p. 96.

30 Vid. Benavides Delgado, J. "La investigación en comunicación y publicidad: nuevos temas y problemas" *op. cit.* p. 82.

31 Véase Meyers, W. *op. cit.* pp. 248 y ss. Así pronosticó el citado autor que sería la publicidad desde mediados de los noventa y hacia el año 2000.

ya mencionados con anterioridad, una técnica que controla el mercado es el marketing³². Dicha técnica se implantó a mediados del siglo XX, trasladada a Europa desde Estados Unidos. La consecuencia directa del marketing supone una mayor creatividad de los mensajes publicitarios que construye una forma de decir las cosas; una forma breve, concisa, ocurrente y, sobre todo, cargada de información apoyada en la imagen. El éxito de este modelo supone que la publicidad se convierte en una herramienta no solo para ganar dinero y hacer ganar dinero a las empresas, sino, además, para consolidar modelos de convivencia social³³. Esta nueva técnica utiliza medios más expansivos como televisión, cine, etc, y si a ello unimos una situación progresiva de nuevas tecnologías, su propagación es mucho mayor. A este respecto cabe señalar el alcance internacional de los mensajes, con referencia en diferentes idiomas³⁴. Sobre todo ayudado por las redes sociales, en las que internet ha supuesto el despegue hacia una comunicación global y, ahora más que nunca, masiva, utilizándola como una herramienta fundamental en nuestro tiempo³⁵. Esta nueva situación de un mundo globalizado en el que todos hablan con todos, gracias a las nuevas tecnologías, los mensajes publicitarios pueden llegar a todos los rincones del mundo y hacer partícipe a cualquier persona³⁶. Así, con la utilización de distintos soportes técnicos, es más fácil llamar la atención del consumidor y despertar su interés³⁷. Por tanto, la evolución en las diferentes técnicas obliga a los fabricantes y comerciantes a utilizarlas todas para esa creación de necesidad en los consumidores.

Pero la técnica publicitaria capaz de generar deseos y necesidades en los consumidores va más allá con la reciente tendencia que es el llamado *neuromarketing*. Se trata de aplicar la neurociencia al ámbito publicitario, es decir, el estudio de la localización anatómica de los procesos cerebrales³⁸. La definición de la citada técnica ha sido aceptada como aquella disciplina avanzada que investiga y estudia los procesos cerebrales que explican la conducta y la toma de decisiones de las personas en los campos de acción del marketing tradicional: inteligencia de mercado, diseño de productos y servicios, comunicaciones, precios, branding, posicionamiento, targeting, canales y ventas³⁹. Si esta técnica no está más implantada en publicidad es por los elevados costes que representa por la necesaria participación de personas altamente cualificadas⁴⁰. Tanto es así, que, a modo de resumen, se indicarán unas técnicas utilizadas: *Eye-tracker*, se trata de un dispositivo a través del cual se lleva a cabo la observación del comportamiento ocular ante una determinada configuración estimular. Con ello se conseguiría determinar qué puntos exactos han sido visualmente atendidos y percibidos; Electroencefalograma: se mide la actividad eléctrica del tejido neuronal, especialmente el de la corteza cerebral. Con esta técnica se puede detectar la activación que se produce en el neurocortex ante un determinado estímulo; Electrocardiograma: sirve para registrar la actividad eléctrica del corazón. Con ello se puede observar el ritmo cardíaco ante una situación perceptiva a la que se exponga al sujeto; Electromiograma: se registra la activación nerviosa

32 El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo remite a la palabra “mercadotecnia” para definirla como “El conjunto de principios y prácticas que buscan el aumento del comercio, especialmente de la demanda, y estudio de los procedimientos y recursos tendentes a este fin”. Sobre la utilización del marketing en las sociedades industriales, véase Santaella López, M.: “Los derechos de información y expresión de los consumidores y usuarios” en *Documentación Jurídica*, Nº 18 abril-junio 1978, p. 413.

33 Vid. Benavides Delgado, J.: “La nueva andadura de la publicidad” en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, p. 14.

34 Vid. Álvarez Nobell, A.: “El Nuevo panorama de los medios tradicionales: ¿qué hacer con la publicidad?” *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., 2014, p. 133.

35 Véase, más ampliamente, Romero Calmache, M.: “Nuevos medios digitales y sus posibilidades publicitarias” en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., 2014, p. 150.

36 Vid. Jiménez, M. C.: “Investigar la publicidad desde sus contenidos” en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., 2014, p. 96.

37 Más ampliamente, Gómez Nieto, M^a B.: “Nuevas tendencias en comunicación publicitaria” en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., 2014, p. 164.

38 Vid. Muñoz Velázquez, J. A.: “La revolución neurocientífica en publicidad y marketing” en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., 2014, p. 193.

39 Véase, más ampliamente, Braidot, N. P.: *Neuromarketing*, Barcelona 2000, p. 6.

40 Vid. Muñoz Velázquez, J. A.: *op. cit.* p. 190.

que está detrás del control de la musculatura. Esta técnica permite observar una contracción muscular ante una situación estimular y establecer el correlato emocional que dicha situación puede estar provocando, por ejemplo, músculos faciales; Respuesta galvánica de la piel: mide el potencial eléctrico de la piel a través de una serie de electrodos colocados en las manos. Recoge el cambio de conductividad de la piel, lo cual es una señal inequívoca de un cambio de nivel de activación psicofisiológica ante un estímulo determinado; Imagen por resonancia magnética funcional: registra con mayor precisión la actividad en zonas profundas del encéfalo. A través de esta técnica es posible medir milimétricamente todo tipo de cambios de la actividad cerebral asociados a todo tipo de estimulaciones, tanto internas al sujeto como contextuales.

Con todas las técnicas expuestas se puede decir que todos los procesos psicológicos básicos implicados en la comunicación publicitaria son observables bajo el estudio neurocientífico, empezando por la atención que es capaz de conseguir todo tipo de elementos del mensaje publicitario para ser primeramente percibido⁴¹. Los cerebros están siempre receptivos a un nuevo estímulo⁴².

La satisfacción personal del consumidor, a la hora de adquirir, es lo que ha finalizado todo un proceso que quiere incidir en el momento motivacional de la persona, a través de la publicidad que le ha hecho percibir el producto o servicio por los sentidos y que ha conseguido generar una idea en su mente que le hará persistir en la intención de adquisición del producto.

Esta tendencia publicitaria que se acaba de presentar no se queda en el mero propósito de una compra aislada e inmediata, pues, las empresas, como parte de una sociedad de mercado y consumista, necesitan la constante generación de expectativas de adquisición para continuar con su más que lucrativa actividad⁴³.

Tras la expuesto, se puede apreciar la situación de desventaja del consumidor ante unas técnicas publicitarias que, de alguna manera, dirigen su comportamiento. Si, además, la publicidad fuera fraudulenta, la situación de riesgo para el consumidor es muy importante.

2.2 Determinación del Bien Jurídico Protegido

La determinación del bien jurídico se construye a través de la protección constitucional del bien en cuestión. La protección penal de los bienes jurídicos debe ser reservada a los ataques más graves, dejando para el orden civil y administrativo aquellos que lo son menos⁴⁴. Tanto es así, que la intervención penal dependerá de la jerarquía constitucional, es decir, que sin un bien protegido de rango constitucional no podrá haber intervención penal⁴⁵. Además, no se debe olvidar la relación de lo dicho con la función limitadora del bien jurídico, es decir, determinar los límites que el legislador debe respetar para crear nuevos delitos⁴⁶.

El primer peldaño en orden a alcanzar una solución penal para proteger a los consumidores, ya fue superado, pues, ha quedado resuelto que la CE los protege en distintos ámbitos. Tras la protección constitucional, nos hemos encontrado con un elenco de normativa

41 Véase, más ampliamente, Muñiz Velázquez, J. A.: *op. cit.* pp. 198 y 199.

42 Ratey, J. J.: *El cerebro: manual de instrucciones*, Barcelona 2003, p. 143.

43 Pensemos, para aclarar esta idea, en los avances tecnológicos a nivel informático o de propio entretenimiento. Cuando se adquiere el novedoso ordenador con los nuevos desarrollos técnicos genera la necesidad de adquisición en los consumidores para la realización de su trabajo e incluso comunicación; en poco tiempo se genera un nuevo progreso técnico que nos hace pensar en lo necesario que es para nuestro trabajo, cuando en realidad no lo necesitamos, aunque sí es cierto que puede mejorar prestaciones; pero realmente no es una solución que de verdad sea imprescindible. Aun así, nos han influenciado tanto que se ha generado en nuestra mente la idea de necesidad y de progreso social con la nueva adquisición.

44 Así, Antolisei, F.: *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano 1997, 14ª ed. aggiornata e integrata a cura di Luigi Conti, pp. 181 y ss.

45 En este sentido, Pulitanò, D.: "Obblighi costituzionali di tutela penale?" en *RIDePP*, XXVI, anno 1983, p. 497.

46 Así, Cuello Contreras, J.: "Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal" en *ADP*, Tomo 34, mayo-diciembre 1981, p. 463.

creada por el legislador para proteger a los mismos, especialmente en la publicidad - tema que nos ocupa -.

La protección en el ámbito civil y administrativo no parece que haya sido suficiente, por la creación de nuevas técnicas publicitarias que evidencian una mayor potencialidad de daño a los consumidores y una mayor dificultad de defensa de los ciudadanos a través de esas ramas del Derecho. Esta situación legitima la intervención del Derecho Penal, más aun cuando el tipo describe la posibilidad de un peligro grave y manifiesto, siendo, por ello, un ataque grave al bien jurídico protegido y, por ende, una ofensa que legitima la pena⁴⁷.

El principio de intervención mínima del Derecho Penal ha sido el argumento utilizado, por una parte de la doctrina penal, para cuestionar la consideración de los bienes colectivos como bienes jurídicos dignos de protección penal⁴⁸, considerando algunos autores que responden a un Derecho Penal simbólico⁴⁹. Aunque, finalmente, no es impedimento para la consideración de éste en la lucha contra comportamientos que lesionan los derechos de los consumidores, que por otro lado su titularidad pertenece a un grupo amplísimo⁵⁰, quedando insuficiente - como ya hemos apuntado - la protección en otros ámbitos del Derecho⁵¹.

Una vez establecida la conveniencia de la protección penal de la publicidad engañosa, la consideración del bien jurídico que se protege en el artículo 282 del Código Penal es, a primera vista, el derecho de información de los consumidores, pero por supuesto a una información veraz sobre los productos y servicios que son objeto de mercado⁵². No es ocioso considerar que el bien tutelado como ese derecho que tienen los consumidores a la información veraz es el reflejo constitucional de esos mismos derechos, que específicamente hablan de recibirla así. Si partimos de esta consideración debemos atender a tal manifestación de protección con ciertas reservas. La información veraz sobre los productos o servicios que se ofrecen a los consumidores puede tener incidencia en la capacidad de decisión de los mismos a la hora de formar su voluntad destinada a la adquisición del objeto ofrecido⁵³.

No obstante, es evidente que a través de la redacción del tipo penal habrá una consideración ulterior. La transcripción del artículo 282 del Código Penal incluye la expresión "...de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores..." esta referencia y, por otro lado, exigencia, determina que de la información inveraz se pueda derivar algún tipo de perjuicio a los consumidores⁵⁴. Esta afirmación interpretada *a sensu contrario* indica que una información inveraz que no pueda causar un perjuicio grave y manifiesto a los

47 Antolisei, F. op. cit. pp. 177 y 178.

48 Vid. Portilla Contreras, G.: "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos" en *Cuadernos de Política Criminal* nº 39 1989, p. 735. Aunque el citado autor después de una elaborada argumentación considera que los delitos de peligro, como consecuencia de la protección a bienes colectivos, siempre que protejan bienes tradicionales responderán a los principios penales clásicos, pp. 746 y ss.

49 Vid. Serrano Butragueño, I.: "El recurso a la última ratio como protección necesaria de los consumidores" en *La protección penal de los consumidores*, Madrid 2008, p. 23. El mismo autor, finalmente, justifica la intervención del derecho Penal, p. 26.

50 En este caso, la titularidad colectiva es necesaria para el desarrollo del individuo, pues en realidad son bienes de titularidad individual que su lesión o puesta en peligro afecta a un conjunto de individuos, a tenor de lo expuesto por Carbonell Mateu, J.C.: "Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos" en *Cuadernos de Derecho judicial* nº XXXVI 1994, p. 17. Como ya se había reseñado en el apartado II del presente capítulo.

51 Más ampliamente, Manzanares Samaniego, J. L.: "La tipificación del delito publicitario en el derecho español" en *Poder Judicial*, nº especial IX, 1988, p. 270.

52 Carbonell Mateu, J.C.: "El delito publicitario" en *Derecho Penal. Parte especial*, VV. AA., Valencia 1999 3ª ed., p. 524. En el mismo sentido, Martínez-Buján Pérez, C.: "Comentario al artículo 282" en *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Valencia 1996, p. 1370, del mismo autor "Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa" en *Cuadernos de Política Criminal* nº 22, 1984, p. 69, también "Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el Proyecto de Código Penal de 1992" en *Estudios penales y criminológicos*, nº 16, 1992-1993, p. 340; *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed. Valencia 2013, p. 282; Manzanares Samaniego, J.L.: op. cit. p. 271, aunque reconoce el citado autor que se trata de una infracción socioeconómica, pero de la que no se deben excluir otros derechos como vida, salud e integridad física. González Rus, J. J.: "Delitos relativos al mercado y a los consumidores" en *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*, VV. AA. Directora: Asúa Barrita, A., Bilbao 1998, p. 148. Bajo Fernández, M. y Bacigalupo Sagasse, S.: *Derecho Penal económico*, Madrid 2001, p. 544.

53 En este sentido se ha manifestado Carbonell Mateu, J.C.: "El delito publicitario" op. cit. p. 524.

54 Vid. Gómez Rivero, Mª C.: "Hacia una nueva interpretación del delito publicitario" en *La Ley*, nº 4 1997, p. 1.232.

consumidores no encajará en el tipo penal, y por tanto no es objeto de tutela en el presente delito.

Una referencia a la potencialidad del perjuicio a causar a los consumidores, no es otra cosa que la expresión de un delito de peligro, como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente. La regulación adoptada por el legislador en el tipo del art. 282 del C.P. es la de peligro abstracto, donde hay una situación peligrosa determinada por el legislador⁵⁵. Esta consideración de los delitos mencionados no ha estado exenta de críticas por entenderse que los tipos penales solo deben contemplar el peligro concreto. Esta crítica ha sido rechazada por entenderse que los delitos de peligro abstracto suponen un adelantamiento en la barrera de protección de los bienes jurídicos en situaciones de potencialidad de lesión a los mismos, por ello sí deben tener cabida en el ordenamiento jurídico-penal⁵⁶. Ahora bien, en un tipo penal como es el objeto del estudio, se requiere que la conducta típica pueda causar un peligro grave y manifiesto, constituyendo un tipo, dentro de los delitos de peligro abstracto, de los llamados de peligro hipotético. Es decir, aquel tipo penal que no requiere la producción de un peligro efectivo, pero sí una acción apta para producir un peligro del bien jurídico como elemento material integrante del tipo del delito⁵⁷. El delito de publicidad engañosa, al requerir que la acción pueda perjudicar de manera grave y manifiesta a los consumidores, se configura como un delito de peligro hipotético, pues, depende que se verifique la probabilidad del mismo⁵⁸.

Casi sin pretenderlo hemos llegado a otro argumento que desarma la consideración única del bien jurídico, en el delito de publicidad engañosa, como el derecho a una información veraz. Si contemplamos como bien jurídico protegido del delito la consideración expuesta, nos encontraríamos con la lesión del bien jurídico con la sola información inveraz. Debemos recordar que el delito expresa la potencialidad de un peligro, algo que no parece casar bien con el argumento de la información veraz como único objeto de protección⁵⁹.

Sin embargo, y tomando como base las afirmaciones expuestas, la consideración del bien jurídico debe tener unas perspectivas más amplias de las apuntadas hasta ahora⁶⁰. Cuando la información desvirtuada y, por ende, inveraz es componente concluyente en la fórmula de decisión del consumidor en la adquisición de bienes o servicios propios del mercado, la trascendencia de ésta va más allá de la correcta y libre formación de la voluntad del consumidor como se ha apuntado por parte de la doctrina penal⁶¹.

Una apreciación más amplia del bien jurídico protegido implica considerar que a través de una publicidad veraz se forma correctamente la libre decisión del consumidor en la posible adquisición de bienes y servicios y, por ello, se protegen los intereses de los mismos⁶², por otro lado intereses colectivos y no individuales como ya hemos puesto de manifiesto⁶³. Otro

55 Vid. Cobo del Rosal, M. – Vives Antón, T.S.: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed. Valencia 1999, puesta al día por Cuerda Arnau, Mª L. y Quintanar Díez, M., p. 327; Barbero Santos, M.: “Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto” en *Anuario de Derecho Penal*, XXVI 1973, p. 489; Octavio de Toledo y Ubieto, E.: “Notas para el estudio de los fraudes alimentarios en Derecho Penal” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1979 nº 57, p. 83; Rodríguez Montañés, T.: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid 1994, p. 14. Existe una denominación distinta, como delitos de peligro hipotético por Torío López, A.: “Los delitos del peligro hipotético” en *Anuario de Derecho Penal*, XXXVI 1981, p. 825. Así ha considerado, el delito, Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal Económico. Parte Especial op. cit.* p. 293.

56 Vid. Barbero Santos, M.: *op. cit.* p. 489; García Rivas, N.: *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, Barcelona 1998, p. 32; Martínez-Buján Pérez, C.: “Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el.....” *op. cit.* pp. 340 y 341.

57 Así lo expresa, Torío López, A.: *op. cit.* p. 828.

58 Véase, más ampliamente, Martínez-Buján Pérez, C.: “El delito de publicidad engañosa en el anteproyecto de Código Penal de español 1992” en *Hacia un Derecho Penal Económico. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid 1995, p. 233.

59 Vid. Carrasco Andrino, Mª M.: *La publicidad engañosa y el Derecho Penal (una aproximación al tipo del artículo 282 del C.P.)*, Valencia 2000, p. 88.

60 Vid. Hernández Plasencia, J. U.: “El delito publicitario” en *AP*, 1997-2 p. 1.108.

61 Carbonell Mateu, J.C.: “El delito publicitario” *op. cit.* p. 524.

62 Así se han pronunciado Barona Vilar, S.: *Tutela civil y penal de la publicidad*, Valencia 1999, p. 644; Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª ed. Valencia 2015, p. 458; Tamarit Sumalla, J.Mª.: *op. cit.* p. 333; Gómez Rivero, Mª.C.: *op. cit.* p. 440; De Vega Ruiz, J.A.: “Protección penal del consumidor” en *Poder Judicial*, nº especial IX, 28 a 30 de noviembre de 1988, p. 281; De Jesús Sánchez, Mª.G.: “La publicidad engañosa como figura típica objeto de criminalización” en *Poder Judicial*, nº especial IX, 1988, p. 315.

63 Aclarando que los bienes son de carácter individual (patrimonio, vida, salud, etc.) pero de pertenencia y formación colectiva. En

argumento en favor de lo expuesto es que la información veraz es un derecho constitucional (art. 51.2 CE) que actúa como instrumento en la protección de otros derechos (art. 51.1 CE), como ya ha quedado dicho. Se ha apuntado por parte de la doctrina penal que en el artículo 282 del Código Penal se protegen los intereses de los consumidores y de forma indirecta el de los competidores, por considerar que la publicidad engañosa también encaja como publicidad desleal⁶⁴.

En este caso debemos mostrar una firme oposición a la consideración de la protección del interés de los competidores junto con el de los consumidores, pues aunque partamos del beneficio para éstos de la calificación penal de la publicidad engañosa, ésta es una consecuencia indirecta⁶⁵ pero no buscada por el legislador como propósito de protección. Una consecuencia indirecta de la protección penal de los intereses de los consumidores no puede constituir el objeto de tutela, sobre todo si encontramos otras normas de protección a esa competencia desleal, sobre todo si existen otras normas que protegen la competencia desleal⁶⁶. Pensemos en casos en los que se produce una lesión a la competencia leal que sea a través de la publicidad pero, a su vez, ésta no sea engañosa. Los supuestos en los que un fabricante o comerciante a través de la publicidad no engañosa compara su producto con el de un competidor exaltando los defectos de éste último⁶⁷. En este caso estamos delante de una infracción de la competencia leal que no encajaría en el artículo 282 del Código Penal por no ser publicidad engañosa. Si se protegiera el interés de los competidores no podríamos dejar fuera estos supuestos que, sin embargo, quedan orillados del tipo, y esta conclusión supondría que a veces se protegen los intereses de los competidores y a veces no, algo ilógico en la protección penal de un interés.

Una vez acotado el objeto de tutela penal a los intereses de los consumidores, debemos adentrarnos en el espinoso camino que determine, de forma concreta, qué intereses de los mismos se van a proteger; puesto que una consideración general de los intereses de los consumidores como objeto de protección parece una determinación algo vaga para la necesidad de configuración de un bien jurídico.

Como hemos venido diciendo, el derecho a recibir una información veraz para que los consumidores formen libremente su voluntad como elemento puramente adquisitivo en las relaciones de mercado debe tener una mayor trascendencia. Si a través de la publicidad engañosa se vicia la voluntad de los consumidores en orden a adquirir los bienes y servicios que se le ofrecen en el mercado, necesariamente habrá algún riesgo que afecte de manera directa a algún interés. Este riesgo o peligro para algún interés de los consumidores sí responde bien a la exigencia del tipo de injusto sobre la potencialidad de un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, y partiendo de esta premisa el trabajo más arduo será la determinación del tipo de interés que se tutela.

La doctrina penal se encuentra dividida en este aspecto trascendental del bien jurídico protegido. En primer lugar, un sector doctrinal se inclina por la consideración del interés de los consumidores como puramente económico. Se ha destacado que de la redacción del artículo 282 se desprende un bien jurídico de contenido económico donde los consumidores son una parte de las relaciones comerciales en un modelo socioeconómico de libre mercado⁶⁸.

este sentido, Mata y Martín, R.M.: *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada 1997, p. 8

64 Así, González Rus, J.J.: "Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal de 1992", en *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, p. 180. El citado autor se inclina, más recientemente, por la protección de los intereses económicos de los consumidores, "Publicidad engañosa" en *Sistema de Derecho Penal español. Parte especial*, VV. AA. coordinador: Morillas Cuevas, L., Madrid 2011, pp. 600 y 601.

65 Barona Vilar, S.: *op. cit.* p. 643. También, Carrasco Andrino, Mª M.: *op. cit.* p. 87.

66 Vid. Chaves Pedrón, C.: "El delito de publicidad engañosa en España: algunas consideraciones político criminales y relativas al bien jurídico protegido" en *Cuadernos de Derecho Penal*, nº 15, enero-junio 2016, Bogotá (Colombia), p. 71.

67 Véase la STS de 24 de febrero de 1997 (RJ 1195/1997), donde se cuestiona la competencia desleal (aunque finalmente no se condenó por ello) y en ningún caso la afectación a los consumidores.

68 Mapelli Caffarena, B.: *El delito de publicidad fraudulenta*, Valencia 1999, p. 49. En el mismo sentido, Hernández Plasencia, J.U.: *op. cit.* p. 1109, el referido autor considera, también, que la protección económica de los consumidores se instrumentará a través de

Se ha llegado a concretar más este aspecto, al considerarse que los delitos socioeconómicos contra los consumidores se dirigen a preservar auténticos intereses difusos de éstos donde se vulnera el interés del grupo colectivo en el orden del mercado, configurándose como un bien jurídico “espiritualizado” o “instrumentalizado” de índole colectiva con referencia a bienes individualizables⁶⁹.

Matizando más esta última referencia, se ha añadido que se trata de proteger, mediante este bien de carácter colectivo, bienes individuales, singularmente el patrimonio, tratando de garantizar el disfrute de esos bienes de pertenencia individual a los consumidores⁷⁰.

También cabe destacar la consideración de un bien jurídico de carácter económico por la ubicación sistemática⁷¹, ya que la misma es reveladora del objeto de protección. Si el delito se ubica dentro de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, y particularmente en los delitos relativos al mercado y a los consumidores, parece una declaración de voluntad del texto punitivo sobre el bien digno de tutela penal. No obstante, no debemos olvidar que la ubicación sistemática define la intención pero no determina la exclusividad de la protección.

Sin olvidar, llegados a este punto, la diferenciación entre patrimonio y orden socioeconómico. Sin ánimo de entrar en una profundidad expositiva, por ser algo consolidado en la doctrina penal española, sí conviene hacer una breve referencia. Se ha sostenido que los delitos contra el orden socioeconómico afectan al orden económico de la sociedad, distinguiéndose así de los patrimoniales que afectan a bienes individuales, aunque se ha considerado que existe una protección de bienes individuales orientada a la de bienes mediatos supraindividuales⁷². A pesar de lo dicho, parece haber una cierta confusión en la redacción del Código Penal para encontrar una diferencia clara entre unos y otros delitos. La solución que parece ser más adecuada es la de analizar el bien jurídico en cada figura delictiva para poder determinar una diferenciación de mayor claridad⁷³.

Las razones que nos hacen inclinarnos por la consideración de una protección de índole puramente económica, no es únicamente por la ubicación sistemática sino también por la genérica protección del precepto, pues, la publicidad engañosa tendrá un componente económico en todos los casos porque se dirige a los consumidores por parte de los fabricantes o comerciantes en orden a que los primeros adquieran o contraten esos productos o servicios.

la protección de la información veraz, “El delito publicitario” en *Estudio y aplicación práctica del Código Penal de 1995*. Tomo II. Parte Especial. Madrid 1997, VV.AA., p. 258; Muñagorri Laguía, I.: *La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa*, Granada 1998, p. 73, aunque entendiendo una libertad de disposición de los consumidores en la contratación de bienes y servicios, expresión que realmente refleja la protección del interés económico; Santaella López, M.: *El delito publicitario op. cit.* p. 99, donde entiende que el bien jurídico tiene un carácter socioeconómico; Terradillos Basoco, J.: *Derecho penal de la empresa*, Madrid 1995, p. 186, considerándolo un delito contra el orden socioeconómico destinado a la protección de intereses difusos. Si son delitos contra el orden socioeconómico son delitos que afectarán a los intereses económicos de los consumidores (intereses puramente patrimoniales); Hernández Plasencia, J. U.: “El delito publicitario” *op. cit.* p. 1.109; López Garrido, D. y García Arán, M.: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid 1996, p. 142; Moreno y Bravo, E.: *El delito de publicidad falsa*, Barcelona 2001, p. 39. Portero Henares, M.: *El delito publicitario en el Código Penal español*, Valencia 2004, p. 249. González Tapia, M^a I.: “Protección penal del consumidor: especial consideración al delito de publicidad falsa” en *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral*, VV. AA. coordinador: Cubillo López, I. J., Pamplona 2010, p. 85. Puente Aba, L. M^a: *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Valencia 2002, p. 263. Sierra López, M^a V.: *Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en internet*, Valencia 2003, p. 130. Macías Espejo, M^a B.: *Análisis criminológico y político criminal del delito de publicidad engañosa*, Granada 2012, p. 211.

69 Así lo ha expuesto Martínez-Buján Pérez, c.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, op. cit.* p. 249. El mismo autor matizaba la referencia a bienes individualizables en “Comentario al art. 282” *op. cit.* p. 1370.

70 Vid. Doval Pais, A. y Anarte Borralló, E.: “Delito publicitario” en *Derecho Penal. Parte Especial*, Volumen II, VV. AA. Director: Boix Reig, J., Madrid 2012, p. 484.

71 Sánchez García, I.: “El nuevo delito publicitario (art. 282 del Código penal)” en *Actualidad Penal*, n^o 25, junio 1997, p. 565. En el mismo sentido Demetrio Crespo, E.: “A propósito del bien jurídico en el delito publicitario tipificado en el artículo 282 del Código Penal español. (Una contribución a partir de una “hermenéutica valorativa”)” en *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, VV. AA. Coordinador: García Rivas, N., Cuenca 2005, pp. 170 y 171.

72 Vid. Martínez-Buján Pérez, C.: *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte general*, Valencia 2014, p. 207.

73 Vid. Vidales Rodríguez, C.: “Los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995: la necesidad de su delimitación frente a los delitos patrimoniales” en *Estudios Penales y Criminológicos*, n^o XXI 1998, p. 371. La autora considera que la diferencia de unos y otros delitos, a través del estudio individual del bien jurídico nos dará la oportunidad de establecer los concursos de leyes penales o de infracciones.

Pero no siempre habrá una trascendencia referida a la salud de los consumidores, pues, no todos los productos o servicios tienen una incidencia en la salud. Por lo expuesto, parece más correcto considerar el bien protegido como de índole únicamente económica, puesto que considerar como bien jurídico protegido el patrimonio y también la salud de los consumidores requerirá para la aplicación del tipo penal el peligro del bien jurídico, respetándose así el principio de ofensividad⁷⁴; si nos encontramos con casos en los que se afecta el patrimonio de los consumidores y no su salud, en principio se deberá castigar a través del art. 282, pero realmente el bien jurídico no habría sido afectado de manera completa (patrimonio y salud), por ello sería discutible ese castigo; y si se considera de manera alternativa parece una opción que hace más inconcreto el bien jurídico a proteger por el delito que tratamos. Pensemos que siempre se va a afectar el patrimonio de los consumidores por esos productos o servicios que ofrecen en el mercado los comerciantes o fabricantes, pero no siempre la salud se va a ver afectada. Sin embargo, si consideramos como el bien ulteriormente protegido únicamente el interés económico no encontraremos los problemas apuntados. En este último caso podremos considerar acertada la incidencia en el tipo penal siempre que se produzca el peligro para este ámbito de los consumidores, se ponga en peligro o no la salud de los mismos.

No podemos dejar este apartado relativo al bien jurídico protegido sin poner de manifiesto el criterio jurisprudencial. No se trata de realizar los comentarios que se han hecho anteriormente ante las distintas posiciones, sino, simplemente, poder mostrar cuál ha sido el criterio mantenido por los tribunales españoles.

La jurisprudencia no ha mantenido una posición uniforme. Nos encontramos con una primera que considera el bien jurídico protegido como el derecho de los consumidores a una información veraz⁷⁵. Otra que se inclina por considerar que se protegen los intereses económicos colectivos de los consumidores⁷⁶. Y una tercera que considera que no solo se protege un interés económico sino, también, la salud⁷⁷.

La posición adoptada es que el bien jurídico últimamente protegido en el delito de publicidad engañosa son los intereses económicos de los consumidores⁷⁸, pues la salud no siempre se verá afectada, en cambio el ámbito económico sí. Si para la aplicación del tipo penal (con la consecuencia penológica propia) necesitamos la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, y si éste se compone de patrimonio y salud, hasta que no se vean afectados los dos no se podrá activar la sanción penal. Y se consideraran alternativos nos llevaría a una inconcreción del bien jurídico digno de protección, lo que supondría un riesgo para los principios que inspiran el Derecho Penal.

En cambio, con la consideración única de los intereses económicos como bien jurídico protegido no nos encontraremos con el problema anunciado, y siempre que a través de la publicidad engañosa se perjudiquen dichos intereses habrá posibilidad de aplicar la sanción penal prevista.

3 CONCLUSIONES

Las sociedades capitalistas utilizan, por tanto, la publicidad como el medio necesario para dar a conocer a los ciudadanos los productos y servicios de consumo que ofrecen.

74 Cobo del Rosal, M. – Vives Antón, T.S.: *op. cit.* pp. 315 y 316.

75 Así las SJP nº 23 de Madrid de 29/01/2001; SAP Barcelona (Secc. 9ª) de 30/11/2005.

76 Vid SAP Toledo (Secc. 1ª) de 15/12/200y SAP La Rioja (Secc. 1ª) de 12/02/2003, aunque el interés económico lo conduce a patrimonio.

77 Así la SAP Barcelona (Secc. 9ª) de 30/05/2005.

78 Vid. Chaves Pedrón, C.: *op. cit.* p. 77.

La publicidad ha pasado de ser una exclusiva herramienta comercial de las empresas a ser una forma de racionalidad utilizada en la sociedad como argumento legitimador de comportamientos y estilos de vida

La actividad publicitaria requiere que los mensajes publicitarios tengan un gran calado en el consumidor a la hora de aumentar sus ventas, para ello las empresas cada vez invierten más medios económicos en esta actividad.

Las técnicas cada vez más elaboradas permiten influir en el comportamiento de los consumidores.

Esta situación genera una posición de supremacía de las empresas respecto del consumidor.

La presencia del delito de publicidad engañosa es necesario para adelantar la barrera de protección respecto de los consumidores, pues, ante la situación de inferioridad del consumidor si, además, la publicidad es engañosa el riesgo para el sujeto pasivo es importante.

El bien jurídico protegido es de carácter supraindividual y viene constituido por el derecho a una información veraz que sirva de protección a los legítimos intereses económicos de los consumidores, como una de las partes que son en el mercado, aunque con referencia a bienes individualizables. Esta protección supondrá mantener el orden económico de éste. La referida protección se limitará a los ataques más graves para el bien jurídico.

La genérica protección del precepto, publicidad engañosa, tendrá un componente económico en todos los casos porque se dirige a los consumidores por parte de los fabricantes o comerciantes en orden a que los primeros adquieran o contraten esos productos o servicios.

No siempre habrá una trascendencia referida a la salud de los consumidores, pues, no todos los productos o servicios tienen una incidencia en la salud. Por ello, no es el objeto de tutela pretendido.

El bien jurídico últimamente protegido en el delito de publicidad engañosa son los intereses económicos de los consumidores.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ NOBELL, ALENJANDRO: "El nuevo panorama de los medios tradicionales: ¿qué hacer con la publicidad?" en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, pp. 131-145.

ANTOLISEI, F.: *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 14ª ed. Milano 1997, aggiornata e integrata a cura di Luigi Conti.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL Y BACIGALUPO SAGESSE, SILVINA: *Derecho Penal Económico*, Madrid 2001.

BAUDRILLARD, JEAN: "Publicidad absoluta, publicidad cero" en *Revista de Occidente*, Nº 92, 1989, pp. 5-16.

BARBERO SANTOS, MARINO: "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto" en *Anuario de Derecho Penal*, XXVI 1973, PP. 487-300.

BARONA VILAR, SILVIA: *Tutela civil y penal de la publicidad*, Valencia 1999.

BENAVIDES DELGADO, JUAN: “La investigación en la comunicación y publicidad: nuevos temas y problemas” en *Revista internacional de comunicación y publicidad*, Vol. I, Nº. 17, 2012, pp. 71 a 93.

“La nueva andadura de la publicidad” en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, pp. 7-16.

BIEDMA JAÉN, JOSÉ: “Valores de la publicidad y publicidad de los valores” en *Comunicar: Revista científica iberoamericana de comunicación y educación*, Nº 9, 1997, pp. 61-68.

BRAIDOT, NÉSTOR P.: *Neuromarketing*, Barcelona 2000.

CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS: “Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos” en *Cuadernos de Derecho judicial* nº XXXVI 1994, pp. 9-22.

“El delito publicitario” en *Derecho Penal. Parte especial*, VV. AA., 3ª ed. Valencia, pp. 524-526.

CARRASCO ANDRINO, Mª del MAR: *La publicidad engañosa y el Derecho Penal (una aproximación al tipo del artículo 282 del C.P.)*, Valencia 2000.

CHAVES PEDRÓN, CÉSAR: “El delito de publicidad engañosa en España: algunas consideraciones político criminales y relativas al bien jurídico protegido” en *Cuadernos de Derecho Penal*, nº 15, enero-junio 2016, Bogotá (Colombia), pp. 55-84.

COBO DEL ROSAL, MANUEL Y VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed. Valencia 1999, puesta al día por Cuarda Arnau, Mª L. y Quintanar Díez, M.

CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN: “Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 34, mayo-diciembre 1981, pp. 461-483.

CUERDA RIEZU, ANTONIO: “Los medios de comunicación y el Derecho penal” en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Volumen I, Cuenca 2001, pp. 182-206.

DE DIEGO VALLEJO, RAÚL: “Modelos psicológicos sobre comunicación persuasiva” en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, p. 66-81.

DE JESÚS SÁNCHEZ, Mª GUADALUPE: “La publicidad engañosa como figura típica objeto de criminalización” en *Poder Judicial*, número especial IX - nuevas formas de delincuencia -, 1988, pp. 313-316.

DE VEGA RUIZ, JOSÉ AUGUSTO: “Protección penal del consumidor” en *Poder Judicial*, nº especial IX, 28 a 30 de noviembre de 1988, pp. 277-297.

DEMETRIO CRESPO, EDUARDO: “A propósito del bien jurídico en el delito publicitario tipificado en el artículo 282 del Código Penal español. (Una contribución a partir de una “hermenéutica valorativa”)” en *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, VV. AA. Coordinador: García Rivas, N., Cuenca 2005, pp. 157-1172.

DOVAL PAIS, ANTONIO Y ANARTE BORRALLO, ENRIQUE: “Delito publicitario” en *Derecho Penal. Parte Especial*, Volumen II, VV. AA. Director: Boix Reig, J., Madrid 2012, pp. 483-493.

FELIU GARCÍA, EMILIO: *Los lenguajes de la publicidad*, Alicante 1984.

FERNÁNDEZ ALBOR, AGUSTÍN Y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS: *Delincuencia y economía*, Santiago de Compostela 1983.

FERNÁNDEZ NOVOA, CARLOS: *Estudios de Derecho de la publicidad*, Santiago de Compostela 1989.

GARCÍA ARÁN, MERCEDES Y LÓPEZ GARRIDO, DIEGO: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid 1996.

GARCÍA RIVAS, NICOLÁS: *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, Barcelona 1998.

GÓMEZ NIETO, M^a BEGOÑA: “Nuevas tendencias en comunicación publicitaria” en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, pp. 161-175.

GÓMEZ RIVERO, M^a CARMEN: “Hacia una nueva interpretación del delito publicitario” en *La Ley*, nº 4 1997, pp. 1231-1236.

GONZÁLEZ RUS, JUAN JOSÉ: “Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal de 1992”, en *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid 1995, pp. 167-186.

“Delitos relativos al mercado y a los consumidores” en *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*, VV. AA. Directora: Asúa Barrita, A., Bilbao 1998, pp. 145-150.

“Delitos relativos al mercado y los consumidores” en *Curso de derecho Penal español. Parte especial*, Volumen I, VV. AA., director: Cobo del Rosal, M., Madrid 1996, p. 807.

“Publicidad engañosa” en *Sistema de Derecho Penal español. Parte especial*, VV. AA. Coordinador: Morillas Cueva, L., Madrid 2011, pp. 600-602.

GONZÁLEZ TAPIA, M^a ISABEL: “Protección penal del consumidor: especial consideración al delito de publicidad falsa” en *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral*, VV. AA. coordinador: Cubillo López, I. J., Pamplona 2010, pp. 75-123.

HAAS, C. R: *Teoría, técnica y práctica de la publicidad*. Madrid 1971.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ ULISES: “El delito publicitario” en *AP*, 1997-2 pp. 1095-1118.

“El delito publicitario” en *Estudio y aplicación práctica del Código Penal de 1995*, VV. AA., Tomo II, Madrid 1997, pp. 241-271.

JIMÉNEZ, M. C.: “Investigar la publicidad desde sus contenidos” en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, pp. 95-114.

LAFUENTE PÉREZ, PATRICIA: “Lo social como germen de lo publicitario” en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, pp. 82-93.

MACÍAS ESPEJO, M^a BELÉN: *Análisis criminológico y político criminal del delito de publicidad engañosa*, Granada 2012.

MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS: “La tipificación del delito publicitario en el Derecho español” en *Poder Judicial*, nº especial IX, 28 a 30 de noviembre de 1988, pp. 269-276.

MAPELLI CAFFARENA, BORJA: *El delito de publicidad fraudulenta*, Valencia 1999.

MARTÍNEZ-BUJÁN 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)” en *Documentación Jurídica* Volumen 2 nº 37-40 enero-diciembre 1983, pp. 749-767.

“Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa” en *Cuadernos de Política Criminal* nº 22, 1984, pp. 33-94.

“Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el proyecto de código penal de 1992” en *Estudios penales y criminológicos*, nº 16, 1992-1993, pp. 327-394.

“El delito de publicidad engañosa en el anteproyecto de Código Penal de 1992” en *Hacia un Derecho Penal Económico. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid 1995, pp. 229-241.

“Comentario al artículo 282” en *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Valencia 1996, pp. 1369-1374.

MATA Y MARTÍN, R.M.: *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada 1997.

MEYERS, W.: *Los creadores de imagen*, Barcelona 1994 – traducción realizada por Joaquín Adsuar Ortega -.

MORENO Y BRAVO, EMILIO: *El delito de publicidad falsa*, Barcelona 2001.

MUÑAGORRI LAGUÍA, IGNACIO: *La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa*, Granada 1998.

MUÑIZ VELÁZQUEZ, JOSÉ ANTONIO: “La revolución neurocientífica en publicidad y marketing” en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, pp. 189-204.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO: “Notas para un estudio los fraudes alimentarios en Derecho Penal” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1979 nº 57, pp. 55-136.

PIGNOTTI, LUIGI: *La supernada. Ideología y lenguaje de la publicidad*, Valencia 1976.

PORTERO HENARES, MANUEL: *El delito publicitario en el Código Penal español*, Valencia 2004.

“Publicidad ilícita” en *Diccionario de Derecho Penal económico*, VV. AA., director: Boix Reig, J., Madrid 2008, pp. 753-7761.

PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO: “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos” en *Cuadernos de Política Criminal* nº 39 1989, pp. 723-748.

PUENTE ABA, LUZ M^a: *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Valencia 2002.

PULITANÒ, DOMENICO: “Obblighi costituzionali di tutela penale?” en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, XXVI, anno 1983, PP. 485-551.

RATEY, JOHN J.: *El cerebro: manual de instrucciones*, Barcelona 2003.

RIPOLL NAVARRO, RAFAEL: “Publicidad engañosa, tratamiento jurídico español y comunitario” en *La Ley*, nº 3 1991, pp. 996-1.000.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid 1994.

ROMERO CALMACHE, MARÍA: “Nuevos medios digitales y sus posibilidades publicitarias” en *Publicidad 360º*, coordinadores: Catalá Pérez, M. y Díaz Chica, O., Zaragoza 2014, pp. 146-160.

ROYO VELA, MARCELO: “Diferentes aproximaciones conceptuales a la consideración de la publicidad como información de consumo” en *Quaderns de Treball* nº 73 1998, pp. 1-28.

“Las críticas a la publicidad” en *ESIC MARKET*, julio-septiembre 1997, Madrid, pp. 91-105.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Proyecto de ley orgánica de Código Penal*, Madrid 1980.

SÁNCHEZ GARCÍA, ISABEL: “El nuevo delito publicitario (art. 282 del Código penal)” en *Actualidad Penal*, nº 25, junio 1997, pp. 543-573.

SANTAELLA LÓPEZ, MANUEL: “Los derechos de información y expresión de consumidores y usuarios” en *Documentación Jurídica*, Nº 18 abril-junio 1978, pp. 411-430.

El delito publicitario. Aspectos penales de la comunicación publicitaria. Madrid 1981.

SERRANO BUTRAGUEÑO, IGNACIO: “El recurso a la última ratio como protección necesaria de los consumidores” en *La protección penal de los consumidores*, VV. AA. Madrid 2008, pp. 13-27.

SIERRA LÓPEZ, M^a DEL VALLE: *Análisis jurídico-penal de la publicidad engañosa en internet*, Valencia 2003.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: *La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición Barcelona 2006.

TALLÓN GARCÍA, J.: *Curso de Derecho Publicitario*, Valladolid 1979.

TAMARIT SUMALLA, JOSEP M^a: “La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria: problemas fundamentales” en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 41, 1990, pp. 321-346.

TERRADILLOS BASOCO, JUAN: *Derecho penal de la empresa*, Madrid 1995.

TIEDEMANN, KLAUS: *Poder económico y delito*, Barcelona 1985.

TORÍO LÓPEZ, ÁNGEL: “Los delitos del peligro hipotético” en *Anuario de Derecho Penal*, XXXVI 1981, pp. 825-847.

VIDALES RODRÍGUEZ, CATY: “Los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995: la necesidad de su delimitación frente a los delitos patrimoniales” en *Estudios Penales y Criminológicos*, nº XXI 1998, pp. 306-378.