

## José María DESANTES

### La Ley General de Publicidad y la legislación protectora de los consumidores

El Derecho objetivo como realización, bien que asintótica, de la Justicia constituye un todo armónico. El Ordenamiento jurídico, si es tal, crea el orden. Si, como ha dicho Pieper, el Derecho es la realidad hecha norma, la *ratio* de la regla normativa participa de la armonía total de la realidad creada. No es lo creado un factor de desorden, sino la utilización torticera que de la Creación hacemos los hombres. La discordia con lo real se produce por determinadas conductas humanas que desvían los actos de su fin. Pero, aun contando con la posibilidad de desviación de la voluntad de las personas, el Derecho continúa siendo un universo armónico, puesto que la norma no es emanación de lo que se hace, sino precepto de lo que se debe hacer. Lo normal no es lo estadísticamente frecuente, sino lo que es conforme con la norma. El Derecho es tanto ser real cuanto deber ser del comportamiento individual y social. Por eso el papel del jurista es rectificar, hacer las cosas rectas, ajustadas al paradigma del deber ser cuando, por unos u otros motivos no razonables, el hacer de los hombres – el *agere* – o su resultado \* Este artículo se presentó como ponencia en las VI Jornadas Internacionales de Ciencias de la Información de la Universidad de Navarra, celebradas en noviembre de 1991. A esta fecha hay que referir las citas legales. tado fáctico – el *facere* – aparecen torcidos; o, al menos, con una línea desdibujada que no permite advertir su rectitud.

#### 1. La ley no agota el Derecho

Uno de los resultados fácticos de las acciones de los hombres es la ley positiva como ordenación de la razón. Ahora bien, quienes dicen legislar no siempre legislan en el sentido estricto de la palabra. En un extremo de las posibilidades de irracionalidad, porque la ley injusta, conforme al pensamiento clásico, no es tal ley sino corrupción de ley, En el otro, porque la ley se redacte y promulgue de espaldas a la realidad en su contenido material o en su expresión. Transcurridos muchos años desde que la doctrina clarificó la diferencia entre propaganda y publicidad, por ejemplo, conforme a la realidad que representa cada concepto, todavía las disposiciones legales siguen confundíendolas.

La ley positiva, necesaria o conveniente, constituye una regla generalizada que hay que aplicar, de nuevo, a la realidad de la que ha debido partir. El encaje de la norma con la realidad exige una labor exegética que desarrolla o, incluso, pule su contenido expresado a través de su texto. Una interpretación acertada de las leyes permite rectificar sus imperfecciones materiales o formales y conseguir que su aplicación eficaz sea justa, consiga el orden. La función interpretativa ha de contar con un arsenal de conceptos y términos claros y bien delimitados. La conjunción entre la ley estática y la realidad compleja y cambiante se consigue por el puente de los conceptos que precisan el lenguaje normativo.

Nuestro ordenamiento publicitario es un ejemplo patente de tal menester de precisión, mediante la utilización de conceptos generales informativos o de conceptos establecidos a partir de unos parámetros jurídicos, no fundados en unos criterios materialistas de intereses, sino en unos principios de justicia, Conceptos que ha de tener en cuenta, además del jurista, el informador, que es el que, de manera ordinaria y constante, tiene que efectuar tal interpretación aplicativa. La Unión Internacional de Abogados proclamó recientemente: "Los abogados y los periodistas son dos

contrapoderes necesarios en la democracia para la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana". La palabra periodista hay que considerarla apodóticamente extensiva a todo profesional de la Información.

## **2. La Publicidad es Información**

El hecho de que se aborde en este foro el fenómeno publicitario sería ya un testimonio en favor de la naturaleza informativa de la Publicidad. Para nada serviría la Publicidad si no se comunicase. Ahora bien, la difusión publicitaria exige una previa puesta en forma, una información de lo que se difunde, incluso más laboriosa e intensa, desde el punto de vista creativo, que otros tipos de comunicación. La calificación informativa de la Publicidad, que ahora nos aparece como algo patente, y se acepta por los publicitarios prácticos, ha sido y continúa siendo negada por sectores doctrinales situados a extramuros del conocimiento de la comunicación, interesados en sustraer de la sede de los estudios informativos un segmento académica y económicamente sustancioso de la realidad.

La cuestión no es meramente especulativa, sino que tiene una trascendencia jurídica y práctica muy grande. Nada menos que está en juego la aplicación o no a la Publicidad del artículo 20 de la Constitución, con las remisiones a las normas supranacionales que reconocen y regulan el derecho a la información, en virtud de la aplicación del párrafo 2 de su artículo 10 y del aditamento normativo que constituyen sus artículos 93 a 96.

Tendremos ocasión de ver que las disposiciones referentes a la Publicidad posteriores a la Constitución no han quedado del todo inmunes a tal equívoco. Con la sustracción al ordenamiento publicitario del grupo normativo imperativo por el artículo 20 el legislador ha pretendido quedar a cubierto del riesgo de anticonstitucionalidad.

## **3. La ruptura del ideograma informativo**

La Publicidad es genéricamente Información en el doble sentido de actividad y resultado de tal actividad, que es a lo que llamamos mensaje. Es necesario, empero, tener en cuenta que en el género informativo se distinguen varias especies, entre las que destacan las variedades de la Publicidad por su propia naturaleza y estructura.

Tal diversidad comienza por mostrar la insuficiencia de la fórmula que esquematiza el proceso informativo genérico en sus elementos subjetivos. Si el esquema más sencillo y comprensivo de Lasswell, válido para los otros tipos de comunicación, nos indica que el emisor transmite un mensaje, a través de un medio, a unos receptores, el ideograma queda incompleto para el supuesto de la información publicitaria. Al emisor hay que anteponer el anunciante, aunque, de hecho, en ocasiones caracterizadas, coincidan anunciante y emisor. Al receptor hay que prolongarle, bien que aleatoriamente, con el consumidor o usuario, que puede o no haber sido previamente receptor de un mensaje publicitario. La medida de la eficacia del anuncio se da por el número de consumidores que genera.

Aun con la consciencia de que la denominación de consumidor no es la más acertada, es la que se ha generalizado por el uso coloquial y legal. Anunciante y consumidor – incluyendo en la denominación genérica no sólo al adquirente de productos, sino también al usuario de servicios –

alcanzan, como tales, un *status* o situación jurídica distinta, respectivamente, al emisor y al receptor.

El título del evento que celebramos ha omitido expresamente al consumidor, lo que no quiere decir que no lo haya comprendido implícitamente. No se comprende la función de anunciantes y publicitarios sin la de receptores del reclamo que hayan sido atraídos operativamente por él. Subjetivamente, la información publicitaria tiene como fin granjearse al receptor para convertirlo en consumidor. Que no solamente adquiere el producto, sino que, al pagar el producto o servicio, está sufragando los gastos de la misma publicidad que le ha cautivado. No es extraño, por tanto, que, en el momento actual de nuestra legislación publicitaria, sea el consumidor el vértice en el que coinciden los vectores normativos que hemos de estudiar. Lo que hay que tener en cuenta en la tesis interpretativa, tanto si en ella se considera la *mens legis*, cuanto si se advierte la *mens legislatoris*.

Por no citar las disposiciones comunitarias europeas, objeto de otras intervenciones, la Constitución se refiere expresamente a la protección de los consumidores en su artículo 51, a pesar de que eludió la referencia expresa a la regulación de la publicidad de los productos comerciales, constante en su Anteproyecto. El reconocimiento del derecho a la información, a la libertad de mercado y al amparo del consumidor parecieron bastimentos suficientes para sustentar una regulación justa del fenómeno publicitario.

El título de esta ponencia, pensado en un principio como rúbrica de una comunicación, ha incluido consecuentemente, junto a la específicamente publicitaria, la legislación referente a los consumidores en tanto en cuanto intenta regular el mensaje publicitario, dejando aparte deliberadamente cuestiones tan importantes como las normas de legitimación de las Asociaciones de consumidores para reclamar en juicio los derechos individuales de cada consumidor.

La legislación protectora del consumidor hay que entenderla, además, en un sentido amplio, puesto que debe ser complementada por las normas correctoras de la competencia desleal, terminología también merecedora de corrección. La competencia es leal o no es tal competencia, sino concurrencia salvaje. El liberalismo económico no supone permisivismo ético, sino todo lo contrario. En este sentido depurado, la competencia constituye una garantía insustituible para la libre elección del consumidor, dado que la libertad no puede ejercitarse sin el conocimiento suficiente de las distintas opciones existentes en el mercado que compiten en su objetivo contractual. Y al conocimiento se accede por la recepción de las comunicaciones de todo tipo, interindividuales y colectivas.

Ya desde ahora se puede advertir que los tres cuerpos legislativos básicos cuya lectura se va a abordar son, por orden cronológico de promulgación:

- la Ley 26/1984 de 19 de julio, o Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que será citada por la sigla "D";
- la Ley 34/1988 de 11 de noviembre, o Ley General de Publicidad, que se mencionará por la inicial "P"; y
- la Ley 3/1991 de 10 de enero, llamada Ley de Competencia Desleal, cuya referencia se

resumirá en la letra "C".

Si hemos tomado como axioma que el derecho a la comunicación publicitaria, que no es sólo derecho al *qué*, sino también al *cómo*, es derecho a la información y, en cuanto tal, derecho humano fundamental, observamos ya una irregularidad, común en las tres Leyes calendadas. Ninguna de ellas es Ley Orgánica, como ordena el artículo 81 de la Constitución. El que el fenómeno no sea aislado en nuestra legislación de desarrollo constitucional – comenzó, como es sabido, con el Estatuto de la Radio y la Televisión, Ley ordinaria 4/1980 de 10 de enero – no le resta gravedad jurídica, ni puede ser esgrimido como argumento doctrinal para segregar los fenómenos publicitarios de la realidad informativa y de su normación.

#### **4. Publicidad, vocablo equívoco**

Ya el llamado Estatuto de la Publicidad, aprobado en virtud de la Ley 61/1964 de 11 de junio y derogado por la vigente Ley General de Publicidad, planteó a la doctrina el significado múltiple del término "Publicidad". Aparte del sentido coloquial de acción de hacer público algo y de la anticuada terminología penal que lo hace equivalente al término técnico moderno de difusión, la palabra Publicidad, en el derogado Estatuto y en las tres leyes que comentamos, tiene un triple sentido: el medio exclusivamente publicitario, como la publicidad exterior; el modo o manera de poner en forma cualquier tipo de mensajes para ser difundidos, en configuración publicitaria, por cualquier tipo de medios; y el mensaje publicitario. El análisis de esta triple acepción han tardado los autores en asumirlo, pero se ha impuesto por su evidencia, después de definidos científicamente los medios, los modos y los mensajes.

No es cuestión, en este momento, de referirse a cada una de estas nociones que pueden observarse en los diferentes preceptos de la ley. Basta la referencia a la teoría informativa – o, al menos, iusinformativa – más común y autorizada. Lo que hay que poner de manifiesto aquí es que, aunque todos los elementos del proceso informativo pueden influir en el receptor para convertirlo en consumidor, es el mensaje el que le afecta directamente. La realidad puesta en forma para su difusión, que en el supuesto publicitario encierra una cierta y determinada intención, es lo que produce efecto inmediato y directo en el receptor, potencial consumidor. El efecto consiste en convertirlo en consumidor en acto o consumidor actual. No se pierda de vista que estamos utilizando una acepción, si no nueva inadvertida, de un concepto de importancia informativa fundamental cual es el de actualidad como valor opuesto a potencialidad.

Los perfiles de la publicidad en cuanto mensaje no están firmemente trazados en las leyes vigentes. Hay que descartarlos, norma a norma, ya que, por una parte, el legislador no se ha planteado el problema de diseñar el mensaje como tal; pero, por otra, no ha podido evadirse de la realidad palmaria del mensaje publicitario cuando ha tenido que convertirla en norma.

#### **5. Estructura del mensaje publicitario**

Entre los innumerables mensajes complejos, compuestos a partir de los mensajes simples, la doctrina, la jurisprudencia y la ley, por este orden cronológico, han tipificado y nominado un pequeño conjunto de ellos. Uno es el de publicidad. La definición de publicidad que lleva a cabo el artículo 2 de la Ley General define, con mayor o menor propiedad, el mensaje y no el medio ni el modo publicitarios. Dice así: "Toda forma de comunicación realizada por una persona física o

jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesana o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones". La definición, mejorable, está tomada casi literalmente del artículo 2,1 de la Directiva 84/950 de 10 de septiembre de la Comunidad Europea.

Conocida es la máxima jurídica, procedente de Roma, de que la ley no debe definir. Los legisladores tienen tendencia, sin embargo, a definir hasta aquello que es evidente, paliando, a veces, el exceso gratuito con la fórmula "a los efectos de esta Ley". Una crítica minuciosa de la definición transcrita nos llevaría a despojarla de un conjunto de elementos y palabras que resultan ociosos y no contribuyen precisamente a la clara fijación de límites. Efectuando este despojo, quedaría claro que la noción legal de la publicidad como mensaje tiene dos elementos, tomados de los dos únicos tipos de mensajes simples:

a) Una comunicación efectiva de hechos: la existencia de un producto o servicio a contratar por los destinatarios del mensaje, sean o no conocidos *nominatim*. La comunicación de hechos tiene, como constitutivo esencial del mensaje simple que supone, la verdad lógica, al menos en el sentido restringido de no engaño.

b) Un ingrediente intencional de persuasión: se pretende persuadir al receptor de que debe contratar tal producto o servicio con preferencia a otros que presenta la competencia. Lo que apetece y, por tanto, lo que seduce es el bien. El mensaje publicitario presenta un tipo de bien equidistante del bien meramente sensitivo, que atrae a todo ser animal, y del bien categórico o absoluto, que es el que presenta – o debe presentar – la comunicación ideológica que, por eso, no sólo persuade, sino que propaga. Aquí se advierte una de las características que diferencian sustantivamente a la propaganda y la publicidad como mensajes.

La publicidad presenta un bien útil y esta utilidad es a la que hay que dotar de la *acies* suficiente para que persuada. Es decir, a diferencia de la propaganda, que supone una persuasión dada ya en la sustancia del mensaje simple y que, por tanto, es capaz de actuar por su mera expresión, la publicidad exige que se agregue al mensaje simple de hechos un elemento persuasivo en cierto modo artificial, por dos razones. Primera, por la relatividad de lo útil. Segunda, porque no sólo hay que mostrar la utilidad de lo anunciado, sino demostrar la superior utilidad de lo anunciado con respecto a otros productos o servicios que igualmente están en el mercado.

El bien sensitivo atrae irracionalmente, por eso atrae por igual a personas y animales. El bien categórico atrae superracionalmente, a través de esa potencia sobrehumana que es el entendimiento, luz que ilumina la ceguera natural de la voluntad. El bien útil seduce a través de la facultad más humana porque sólo está en el hombre, que es la razón. No basta con presentar el bien útil: es necesario conseguir una decisión de la voluntad por convencimiento racional. Toda composición irracional o infrarracional de la publicidad contradice la naturaleza misma del mensaje publicitario; es decir, su fin propio. En tal caso hay que considerar ilícito lo comunicado, que ni siquiera merece el nombre de mensaje.

A estos elementos estructurales del mensaje publicitario hay que añadir un efecto consecuencial. La persuasión de la voluntad en la publicidad lleva a cerrar un contrato del que se obtiene un bien útil a cambio de una contraprestación. La persuasión publicitaria genera unos efectos crematísticos que repercuten en el patrimonio del consumidor, Si la utilidad del bien no se produce o se produce

de manera imperfecta, origina una minusvalía patrimonial o, dicho de otro modo, un perjuicio económico susceptible de evaluación y de indemnización civil.

No es de extrañar que las leyes extremen las exigencias de que los mensajes publicitarios sean tales y estén dotados de sus elementos naturales entendidos de la manera más ortodoxa. Y, también, que doten al consumidor de instrumentos procesales para conseguir el restablecimiento de la lesión patrimonial, incluso por vía penal. Todo ello ha de ser tenido en cuenta para valorar debidamente las normas legales que vamos a glosar. Y, conforme a tal valoración, interpretarlas de un modo sistemático para su debida y justa aplicación.

El método de exposición legal conviene, por eso, adecuarlo a la estructura binaria del mensaje publicitario. Por tanto, se llevará a cabo, en primer lugar, la exégesis de las normas que inciden, al menos de manera predominante, en el aspecto de noticia o de exposición de hechos del mensaje publicitario; y, en segundo término, la que se deduce de su finalidad persuasiva.

En uno y otro caso sin perder de vista el fondo de bien útil que la publicidad ha de plantear; el ámbito de libre mercado en el que la publicidad adquiere su sentido; y los efectos cualitativamente económicos, más o menos importantes cuantitativamente, que de la persuasión se siguen en el específico mensaje publicitario. Previamente hay que dejar aclarados unos extremos que incidirán en el sentido que hay que otorgar a los dos grupos de disposiciones.

Todo ello, por supuesto, sometido a otras opiniones de mejor fundamento.

## **6. El regreso a la censura**

El párrafo 2 del artículo 20 de la Constitución contiene una declaración tajante: "El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa". Uno de los derechos a que el texto se refiere es el derecho a la información en sentido estricto, es decir, el derecho al mensaje, a todo tipo de mensajes, entre ellos al mensaje publicitario. El no integrar la Publicidad en la Información y la tendencia intervencionista del Poder han podido llevar a la aberración jurídica de restablecer la censura a finales del siglo XX.

Recién promulgada la Constitución, el legislador fue rigurosamente respetuoso con la prohibición radical de la censura hasta el punto de que ni siquiera se autorizó en los estados de alarma, excepción o sitio, regulados por la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio (Artículos 21,2 y 32,3), La obediencia a la prohibición comienza a resquebrajarse al establecer obligatoriamente la autorización previa a la publicidad de las entidades de crédito (Artículo 48,2,d de la Ley 26/1988 de 29 de julio). La disposición venía a romper una tradición legislativa de exención de la censura previa a la publicidad de las Cajas de Ahorros, por ejemplo, establecida por una disposición con valor de Ley formal promulgada en 1929, durante la dictadura del General Primo de Rivera y convalidada por las Cortes Constituyentes de la Segunda República.

En la Ley General de Publicidad, el artículo 8, párrafos 1 a 3, determina que la publicidad de determinados productos puede ser sometida al régimen de autorización administrativa previa. El regreso al régimen de censura es grave y retrógrado. Pero lo es más por la ambigüedad con que las normas citadas están previstas. En un aspecto, se reduce a unos determinados productos o servicios; en otro, contiene una declaración amplia: cuando los valores y derechos

constitucionalmente reconocidos así lo requieran. Es difícil que una actividad informativa no roce alguno de tales derechos o valores. Por una parte, establece que deberán especificarse los requisitos de la autorización; por otra, no se determina quién podrá establecer la censura, quién será competente para fijar los requisitos de autorización, Como el establecimiento censorial se hace mediante una disposición reglamentaria, hay que entender que será el Ejecutivo el competente, lo que aumenta el peligro de arbitrariedad. De un lado, se dice que la denegación de las solicitudes de autorización deberá ser motivada; de otro, no se prevé expresamente recurso alguno contra la resolución denegatoria. No es necesario ningún comentario adicional.

## **7. Exigibilidad de la buena fe**

La Ley de Competencia Desleal "reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe" (C.5). Hay que entender también incluido el comportamiento publicitario, es decir, la actividad de poner en forma la realidad para convertirla en mensaje publicitario y su posterior difusión. La disposición o resulta innecesaria o peligrosa. Innecesaria puesto que la norma generalísima del artículo 7,1 del Código civil ya establece que "los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe". Por tanto, también el derecho a difundir publicidad y toda la actividad que a esta difusión precede. Peligrosa, porque, si se ha querido agregar algo más a la norma civil, ha debido decirse y no dejar en la penumbra los supuestos determinantes de la mala fe y sus consecuencias. Ni siquiera se prevé para la Publicidad la presunción de buena fe que es tradicional en nuestro Ordenamiento jurídico (Cfr. Artículo 434 del Código civil, por ejemplo).

## **8. El mensaje publicitario como oferta vinculante**

En el Ordenamiento publicitario se dota al mensaje de un profundo calado jurídico. En efecto, los párrafos 1 y 2 del artículo 8 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios dicen así:

"1. La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad".

La transcripción literal del texto se ha hecho necesaria para obtener una conclusión que puede parecer sorprendente: el mensaje publicitario adquiere con ellos el carácter de oferta contractual vinculante, bien que no prometida a una persona concreta, sino brindada *erga omnes*. El tema legal planteado resulta del mayor interés por muchas razones. Una de ellas es la consideración del consumidor como la parte más débil en la relación jurídico publicitaria: no se puede empeorar la oferta en su perjuicio; pero sí mejorarla.

Hay que fijarse, sin embargo y esquemáticamente, en tres aspectos que interesan a la vertiente informativa de la Publicidad. A) La ley confiere la máxima potencia jurídica a la publicidad como

mensaje: viene a constituir el contenido de una eventual relación jurídica contractual futura, con vigencia para quien la ha declarado, ya desde el punto y hora de la difusión del anuncio. B) Ello presupone que el elemento persuasivo del mensaje está fundado en una racionalidad lejana a un mero capricho o manipulación, C) Finalmente, impone al formulador del mensaje y al emisor publicitario un rigor en el uso de los términos y, en su caso, de las imágenes que ha de aproximarse al rigor jurídico, sin perjuicio de su comprensibilidad para el receptor. Rigor de lenguaje y comprensibilidad que cuadran perfectamente entre los deberes ramificados del deber troncal de informar que pesan sobre todo informador. Acaba de afirmar el Director de la Real Academia Española que "el porvenir de la lengua está en los periodistas, no en los profesores". La responsabilidad de los informadores adquiere, con esta atribución, unas dimensiones que trascienden del mundo estricto de la Información.

## **9. La Publicidad como noticia**

El derecho a la información que tiene toda persona es también derecho a la información del receptor o destinatario de la publicidad y, por tanto, del segmento personal más restringido de consumidor (D. 2,d). El derecho genérico al mensaje hay que concretarlo aquí al derecho específico al mensaje publicitario conforme a la estructura que hemos analizado.

El mensaje publicitario es, básicamente, mensaje de hechos: da a conocer la existencia de un producto o servicio a disposición del público para su contratación. El constitutivo esencial del mensaje de hechos – no importa insistir en ello – es la verdad lógica o adecuación entre realidad y contenido del mensaje, entre referente y significado. La primera y fundamental condición exigible al mensaje publicitario es, por tanto, la verdad. La publicidad o es verdadera o no es tal publicidad. No es extraño que la Directiva 84/450 de 10 de septiembre de la Comunidad Europea, así como la Resolución (72) 8 del Consejo de Europa tiendan a combatir precisamente la publicidad engañosa. Ni puede serlo el que la legislación vigente insista de manera reiterativa en el deber de verdad y califique la no verdad del mensaje publicitario de diversas maneras, todas ellas peyorativas. Ni tampoco que tome en cuenta sus consecuencias vitandas e indemnizables.

La disposición nuclear, en esta dirección, señala que es ilícita la publicidad engañosa (P. 3, b), entendiendo por tal la que, por acción u omisión, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, con dos posibles consecuencias: afectar a su comportamiento económico o perjudicar actual o potencialmente a un competidor (P. 4). La calificación de engañosa puede determinarse valorando todas las indicaciones que contenga el mensaje que la Ley desgrana en un índice copioso y sin carácter exhaustivo (P. 5; C. 7 y 8, 2).

También hay que considerar que faltan a la verdad determinados supuestos que pueden estar presentes en el mensaje publicitario, que las leyes unifican bajo el epígrafe común de publicidad desleal (P. 3, c), no siempre bien delimitados y que se invectivan como "actos de engaño" (C. 7). Tales supuestos son:

1. La publicidad comparativa, cuando no se apoye en características esenciales, relevantes, afines y objetivamente demostrables o comprobables; cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o no análogos, desconocidos o de limitada participación en el mercado; cuando menoscaben el crédito de un tercero; o cuando se basen en circunstancias estrictamente personales del afectado por la comparación (P. 6, c; C. 9 y 10).



Anunciantes y publicitarios reaccionan actualmente contra la descalificación y prohibición de la publicidad comparativa fundándose en el carácter de agresividad que ha de tener el mensaje publicitario. Ya la denominación de tal carácter hace dudosa su legitimidad e impide elevarlo a principio.

2. La publicidad deshonorable. La ley entiende por tal la que provoca descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa, producto, servicio o actividad (P. 6, a); a no ser que sus manifestaciones sean exactas, verdaderas y pertinentes (C, 9). En particular, no son pertinentes las que se basan en circunstancias personales del afectado (C. 9). Lo que significa que puede haber otras impertinencias. La ley tiene el grave defecto de no distinguir las alusiones de tipo general calumnioso y las de tipo injurioso en las que no cabe *exceptio veritatis* porque no se refieren a hechos.
3. La explotación de la reputación ajena. Se produce por aquellos mensajes que inducen a confusiones por la utilización de signos distintivos de otras empresas o instituciones (C. 12; P. 6, 2). Los signos, puesto que la ley no distingue, pueden ser de cualquier clase.

La publicidad falsa o engañosa será perseguida y sancionada como fraude (D. 8, 3). Genera responsabilidad (C. 27). Y es objeto de las acciones de rectificación y cesación de la publicidad engañosa o no verdadera que la Ley General establece como novedad y regula minuciosamente (P. 25 a 33).

## **10. La persuasión publicitaria**

En el mensaje de publicidad la comunicación de hechos, comunicación del mundo exterior o noticia se complementa, en el sentido etimológico de *cum-plere*, llenar al mismo tiempo, con la presentación de tal hecho como verdad operativa o bien. El bien es lo que todos apetecen o lo que atrae a la voluntad. En la comunicación simple de ideas el bien presentado – o que debe presentarse – es un bien categórico o absoluto. En la publicidad se trata de un bien útil.

El producto o servicio publicitario se difunde en forma de mensaje, no en cuanto simple realidad externa, sino como bien que incline internamente a su disfrute. Y no sólo como bien útil, sino como el bien más útil posible. En el mensaje publicitario se conjugan todos los datos que la comunicación fáctica proporciona con un atractivo incremento por el informador publicitario, sin desvirtuar por ello su naturaleza de noticia. No tratándose de un bien absoluto, la persuasión no se da por la presentación simple del mensaje, sino por su aderezo o puesta en forma de tal modo que atraiga al receptor a través del reclamo.

La atracción se producirá por la bella presentación del mensaje, por destacar sus ventajas objetivas, por la oferta de bienes añadidos, por la semejanza con una situación social privilegiada del futuro contratante, etcétera. El bien útil puede ser muy variado, tanto como puede serlo la utilidad por su relatividad objetiva y, sobre todo, por su utilidad subjetiva. Lo que es útil para mí, aquí y ahora, no lo es para otro en las mismas circunstancias. Lo que es bueno para todos en unas condiciones determinadas de tiempo y lugar, no lo es en otras.

De estas alternativas posibles se derivan varias tendencias en la Publicidad que pueden parecer contradictorias. En un aspecto, la individualización del mensaje, adaptándolo a un sector social determinado por su especial situación. En otro, la sublimación de la utilidad pretendiendo aproximarla lo más posible a la categoría de bien absoluto que atraiga más fácilmente al mayor

número.

Todo ello se refleja en las leyes por el señalamiento de unos límites negativos, lo que resulta lógico desde el punto de vista normativo. La publicidad, partiendo de la verdad fáctica que difunde, se caracteriza por la creatividad del ingrediente persuasivo que añade y que convierte al mensaje publicitario en mensaje complejo. Pero la creatividad no es fácil de encerrar en mallas legales. Tampoco sería legítimo asfixiarla. La ley, en consecuencia, se reduce a señalar unas prohibiciones, más o menos generales.

La más importante es la que veta de manera radical los mensajes publicitarios subliminales. La ley define la publicidad subliminal 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" (P. 7). La inconsciencia de la percepción, que es el elemento más acertado de la definición legal, inclina a la voluntad a adoptar una decisión de una manera ciega. Ciega es la voluntad si no va iluminada por la inteligencia y si no permite una deducción racional que tenga en cuenta el deber de un esfuerzo económico a cambio del haber de un bien – un dar o un hacer – útil para obtener un resultado favorable e inclinar, con ello, a la contratación.

El bien útil, por otra parte, no puede contradecir al bien categórico o bien en el sentido estricto de la palabra. En consecuencia, la ley señala unos bienes categóricos como bastiones que no pueden lesionarse por la publicidad. El principal de ellos, que puede señalarse como más general, es el respeto a los derechos humanos. En esta denominación genérica se puede resumir la prohibición, bajo ilicitud, de "la publicidad que atente contra la dignidad de las personas o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer" (P. 3, a). El precepto requiere dos apostillas.

La dignidad de la persona, derecho fundamental si los hay, no agota la posibilidad de los derechos humanos. Tampoco los agota la Constitución en su reconocimiento explícito o implícito. En gran parte, los que la ley llama valores, son también derechos humanos, aunque estén menos decantados por la doctrina. Los derechos humanos serán siempre un *numerus apertus*, dado que irán apareciendo o definiéndose a medida que vayan siendo necesarios existencialmente para la realización de la persona humana.

La referencia a la infancia, la juventud y la mujer tiene un diferente sentido en cuanto a esta última se refiere. La inmadurez de criterio anterior a la adolescencia merece una protección especial de las leyes protectoras de infantes y jóvenes. No es éste el caso de la mujer. Su mención en este precepto se refiere a su posible utilización icónica en los mensajes publicitarios. La frecuente utilización de la figura femenina en la publicidad no puede dar lugar a su presentación humillante o infamante.

Puede haber, a mayor abundamiento, otras circunstancias, objetivas o subjetivas, no previsibles en las leyes generales o en las normas generales glosadas. Tales normas remiten a reglas legales específicas. Se prohíbe, por tanto, también como ilícita, la publicidad "que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios" (P. 3, e).

A veces tales normas específicas se concretan en la ley general, como ocurre con los productos

estupefacientes, psicotrópicos y medicamentos (P. 8, 4); o la de tabacos y bebidas alcohólicas (P. 8, 5); o la que, expresa o encubiertamente, pudieran difundir las oficinas y servicios de información al usuario o consumidor (D. 14, 3). Las más de las veces, sin embargo, las normas limitativas o prohibitivas se encuentran en el bosque de disposiciones estrictamente publicitarias o en las que regulan la fabricación o comercialización de determinados productos o la prestación de concretos servicios.

Generales son también las normas que rigen la llamada publicidad promocional, como la entrega de obsequios, primas o estímulos análogos, en la que se evita que dificulte gravemente la apreciación del valor efectivo de la oferta o su comparación con ofertas alternativas (C. 8). No obstante, la falta de acoplamiento de unas con otras leyes provoca disposiciones de remisión a regulaciones específicas que luego no se han promulgado (así D. 9).

## **11. Conclusiones**

A manera de resumen, se puede manifestar un conjunto inducido de generalidades acerca de la regulación del mensaje publicitario.

La legislación española, que ni siquiera conoce el nombre y significado del mensaje, carece de una regulación sistemática de las cuestiones que plantea tal institución fundamental. Ni la tiene para los demás tipos de mensajes ni para el estrictamente publicitario.

La Ley General de Publicidad ha tenido que ser flanqueada por las leyes de protección de los consumidores y de defensa de la competencia para intentar redondear unas normas que, aún así, resultan incompletas e insuficientes, aunque aprovechables a través de una adecuada exégesis.

El sentido ético de los publicitarios, por otra parte, ha tenido que añadir al texto legal nuevas exigencias que parecen necesarias, convenientes y, en todo caso, saludables para el buen curso de la actividad publicitaria y de sus efectos. Recordemos aquel mensaje difundido por "Autocontrol de la Publicidad" en el que aparecía una oveja negra entre veintinueve blancas y en el que se postulaba que "en una economía libre de mercado la publicidad debe ser libre. Pero con responsabilidad ante el consumidor". Se rechazaba así de plano la censura previa y se invitaba, en cambio, al público a denunciar las irregularidades de los reclamos. Desviaciones que no se reducían a las legales, sino que se añadía que "los miembros de autocontrol practican la autodisciplina acatando las normas internacionales de lealtad, honradez, buen gusto y decoro". Exigencias que la ley ha olvidado en gran parte. El requerimiento del decoro hace más Publicidad a la Publicidad si se acepta la idea de Cicerón de que "el supremo decoro consiste siempre en que, al actuar o adoptar una resolución cualquiera, seamos consecuentes con nosotros mismos".

La acción complementaria de juristas, informadores y publicitarios interpretando las leyes, aplicándolas y prorrogando sus mandatos con autoexigencias éticas, que la costumbre convertirá en jurídicas, sin desdeñar las garantías legales, es el aval más seguro del buen hacer de la Publicidad y de la efectividad de sus resultados.