

Revisión conceptual de la comunicación persuasiva en las normas jurídicas. Análisis del caso español

Martínez Pastor, Esther*

Resumen

El artículo tiene como propósito realizar una revisión conceptual del término de la comunicación persuasiva desde una perspectiva interdisciplinaria abordada desde la comunicación y el derecho. El objetivo es evidenciar que las normas jurídicas en el ámbito publicitario se valen de términos poco exactos que en ocasiones no se ajustan a la realidad. La metodología que se llevó a cabo fue un análisis exploratorio revisando la literatura relativa a la publicidad desde la comunicación y el derecho e identificando las normas de ámbito europeo y nacionales relativas a la publicidad. Se concluye que existe un legalismo desbocado en el que la ley utiliza indistintamente términos como la publicidad, información, propaganda y fuerza de venta que generan una confusión jurídica en materia publicitaria. Una posible solución sería que las autoridades administrativas junto con la industria trabajasen conjuntamente para clarificar los términos de esta disciplina y generar una seguridad jurídica en esta materia tal y como se está haciendo en la publicidad digital.

Palabras clave: Publicidad, inseguridad jurídica, información, propaganda y comunicación persuasiva.

A Conceptual Review of Persuasive Communication in Legal Standards. Analysis of the Spanish Case

Abstract

The purpose of this article is to carry out a conceptual review of the term persuasive communication from an interdisciplinary perspective approached via communications and law. The objective is to show that legal norms in the publicity sphere use inexact terms that, on occasion, do not adapt to reality. The methodology used was exploratory analysis reviewing literature relative to publicity as seen from communications and law and identifying standards in the European and national environment related to publicity. Conclusions are that a legalism exists leading to the fact that the law utilizes indistinctly terms such as publicity, information, propaganda and sales force that generate legal confusion in publicity matters. A possible solution would be that the administrative authorities along with the industry work together to clarify the terms of this discipline and generate legal security in this area, as is being done for digital publicity.

Key words: Publicity, legal insecurity, information, propaganda and persuasive communication.

* Doctora en Publicidad y Relaciones Públicas (UCM) y Licenciada en Derecho (UNED) actualmente es Profesora de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid en la Facultad de Ciencias de la Comunicación. Entre sus líneas de investigación trabaja el Derecho y la Publicidad. E-mail: esther.martinez.pastor@urjc.es

Introducción

El lenguaje publicitario es un vehículo de comunicación simbólica (Saussure, 1991; Barthes, 1993; Peninou, 1976, entre otros) que a través de su narrativa “pretende dar cuenta de los procesos heurísticos, morfológicos, taxonómicos y analíticos ...” (Sendín y Gaona, 2009: 132). La narrativa publicitaria además de incidir en la reproducción social como forma cultural pretender ser “la máxima en ... establecer una relación afectiva con los potenciales consumidores, por medio del uso de los símbolos y de las asociaciones basadas en los sentimiento” (Braudrillard, 1974). Esto quiere decir que hay varios códigos, con sistemas de reglas determinadas, a los que se les atribuyen un valor específico. De manera que el lenguaje publicitario tiene una función constructora de la sociedad a través de un lenguaje reconocible por la misma y, a un mismo tiempo, creador de una identidad particular (Mattelart, 2000; Peninou, 1972; Fabbri, 1973; Baudrillard, 1974; Barthes, 1993).

La publicidad se convierte en un medio para enunciar y crear significación alrededor de una marca actuando como un intercambio simbólico característico del capitalismo y construyendo la realidad a través de un lenguaje propio como producto cultural (Caro, 2010). De manera que “se hace omnipresente en la existencia cotidiana de los individuos y en todo tipo de ambientes y escenarios sociales, el resultado es que la reacción de los destinatarios a la publicidad se va haciendo crecientemente compleja” (Caro, 2010:206). Conviven en este lenguaje el nivel sintáctico y semántico reinventando constantemente la publicidad porque “el lenguaje publicitario nos abre una representación hablada del mundo que el mundo

practica desde hace mucho tiempo, y que es relato: toda publicidad dice su producto, pero cuenta otra cosa (es su denotación); tal es la razón de que se pueda colocar en el mismo orden de esos grandes alimentos de la nutrición psíquica que son para nosotros la literatura, el espectáculo, el cinematográfico, el deporte, la prensa, la moda: al tocar el producto mediante el lenguaje publicitario, los hombres le asignan sentido y transforman así su mero uso en experiencia del espíritu” (Barthes, 1993: 234). Esto indica claramente que el lenguaje publicitario se nutre y es reflejo a un mismo tiempo de la realidad económica, simbólica, psicológica, filosófica, sociológica y jurídica, además de la lingüística. Esta naturaleza multidisciplinar de la publicidad hace necesaria la reflexión sobre la adecuación de un lenguaje publicitario apropiado y comprensible para los participantes de esta comunicación. La incertidumbre de los límites, derechos y obligaciones en torno al concepto de publicidad puede ocasionar una inseguridad que requiere de una clara regulación jurídica que en ocasiones no se consigue.

La metodología consiste en un análisis exploratorio para realizar una revisión de la literatura relativa a la publicidad desde la comunicación y el derecho, así como también identificar las normas de ámbito europeo y nacional relativas a la publicidad. Se realizará un análisis bibliográfico del concepto publicitario, de los diferentes mensajes y finalidades publicitarias (comercial, político, religiosa, electoral, social, institucional y legal) así como un estudio de las diferentes directivas europeas que son vinculante para todos los Estados de la Unión Europea y las normas de ámbito nacional español (Ley estatal, real decretos, decretos, instrucciones, órdenes y legislación autonómica, entre otras).

1. La seguridad jurídica para evitar la incertidumbre al ciudadano

De acuerdo con García de Entierra “la seguridad jurídica es una experiencia social inexcusable” (García de Entierra, 1999) cuyo propósito es evitar la inseguridad y lograr una clara certeza sobre la norma jurídica. Según Ávila este principio tiene actualmente una gran relevancia porque “los términos complejidad, oscuridad, incertidumbre, indeterminación, inestabilidad y discontinuidad del ordenamiento jurídico sirven para ilustrar ese momento. Se llega al punto de hablar de lluvia de leyes, histeria legislativa y caos legislativo. Además, se habla de huracán normativo, incontenencia legislativa, aluvión de normas y orgía en la producción de leyes. Señalar el carácter inestable, efímero y aleatorio del Derecho se convirtió en algo incluso hasta banal” (Ávila, 2012: 37-38).

Esto es debido a la proliferación de numerosas normas de ámbito europeo y nacional así como leyes, reglamentos, instrucciones, circulares confunden que al ciudadano con términos sinónimos, afines y distintos del ámbito de la publicidad e invitan a los ciudadanos a perderse en una desflecada normativa. Este aumento de información provoca una desinformación y una deformación de la realidad a regular. De un lado, el ciudadano se siente indefenso ante un *mare magnum* de normas jurídica y, de otro lado, el legislador se vale de un lenguaje que en ocasiones no es el adecuado. En el caso de la publicidad la propia naturaleza de esta comunicación persuasiva se cuestiona si debe ser entendida como un Derecho Fundamental relativa a la libertad de expresión o de información, o por el contrario, debe ser entendida como una actividad comprendida en el marco empresarial porque busca la

contratación de un bien o servicio. Esto muestra que la publicidad está a caballo entre la actividad de información y la comunicación y, de otro lado, de la comercial. Esta dualidad se manifiesta en las diferentes normas confundiendo la propia actividad por la terminología utilizada. Ante esto se abordará el concepto jurídico de la publicidad teniendo como referente el ámbito la comunicación en donde se gesta la misma.

2. Aproximación al concepto de la publicidad desde la comunicación y el derecho

Se comienza con una descripción de las diferentes modalidades publicitarias para comprender el significado de la publicidad de acuerdo con sus finalidades desde la comunicación y el derecho para pasar posteriormente a su análisis.

a) Desde la comunicación

La publicidad es un fenómeno social complejo por las diferentes formas que puede asumir y por las causas a las que puede servir. Asimismo como parte de la realidad social nace y se nutre de las demás disciplinas con las que convive; de ahí que sean varias las formas de entender la publicidad según la disciplina desde la que se estudie. Desde la comunicación la publicidad se caracteriza por la naturaleza del emisor y del receptor, la difusión, los medios de comunicación, la creación o el reforzamiento de las actitudes de los públicos, la finalidad de los mensajes publicitarios, la persuasión/seducción y la función simbólica (Martínez, 2010:40-4). Partiendo de la finalidad de los mensajes publicitarios y la naturaleza del emisor para comprender la limitación del lenguaje relativo a la publicidad de acuerdo con los fines que persigue la misma, a saber: la publicidad comercial, la publicidad po-

lítica o propaganda, la publicidad electoral, publicidad institucional, la publicidad social y la publicidad legal.

La publicidad comercial es entendida como una actividad mercantil. Los anunciantes son los empresarios que operan en el mercado en cuyo beneficio se realiza la publicidad y los consumidores son los destinatarios de sus mensajes, productos y servicios. Esta visión industrial de la publicidad ha sido la más usual en los manuales que definen la publicidad (Caro, 2010) olvidando otras modalidades.

La publicidad política o propaganda tiene como objeto cambiar o mantener las ideas que propugna hacia su público objetivo. El objeto de la propaganda se asocia con la política o la religión, aunque se puede encontrar distintos tipos de categorías de propaganda, a saber: militar, diplomática, didáctica, y escapista (Thonson, 1977). Se entiende como un “proceso comunicativo que disemina, difunde, da a conocer, promociona ideas” (Pizarroso, 1993: 26). Esto implica que la propaganda es una comunicación basada en ideas de índole políticas, civiles, estatales o religiosas cuya intención es “más o menos deliberada, planeada y sistemática de símbolos, principalmente mediante la sugestión y otras técnicas psicológicas conexas, con el propósito, en primer lugar de alterar y controlar las opiniones, ideas o valores, y en último término, de modificar la acción manifestada según ciertas líneas pre-determinadas” (Young, 2001:201). Diferentes autores (Habermas, 1999; Rolando, 1990; Faccioli, 2002; Grandí, 2003; Tornos Mas y Galán, 2000; Salerno, 2003) coinciden en defender que la comunicación pública pertenece a la esfera pública en la que se incluyen: la comunicación política, la publicidad política y el marketing política. En esta modalidad el legislador utiliza indistintamente el término propaganda con publicidad cuando desde el

ámbito de la comunicación están claramente diferenciado creando una explícita inseguridad jurídica, como se verá más adelante.

La publicidad electoral es un subtipo de publicidad política. Son numerosos los autores que indistintamente la denominan publicidad política o campañas electorales (Sábeda, 2003; Canel, 2006; Rey, 1999; entre otros). La norma dispone que es una modalidad independiente de la política por su propia naturaleza ya que se entiende por publicidad electoral aquella comunicación persuasiva que se circunscribe al periodo entre la convocatoria de las elecciones hasta el día antes de la votación, sin embargo la ley en ocasiones la equipara a la propaganda.

La publicidad institucional proviene del ámbito empresarial en donde se utiliza indistintamente los términos publicidad empresarial, corporativa e institucional. Se ha optado por utilizar este último término que comienza a usarse de manera bastante generalizada (Salerno, 2003), aunque incluya organismos tan dispares como el Gobierno, la empresa o fundaciones. Son numerosos los términos con los que se ha querido etiquetar la publicidad realizada por el estado como: estatal, institucional, gubernamental, corporativa, de servicio público, entre otras (Alvarado y De Andrés, 2005). La ley deja clara su naturaleza y su ámbito de aplicación, así como su denominación de publicidad institucional.

La publicidad social tiene como objetivo social satisfacer a la mayoría de los ciudadanos y contribuir a mejorar el estado de bienestar social para poder conseguir un cambio social (Alvarado, 2003). Aunque, por otro lado, también construyen imagen de marca a través de un mensaje persuasivo. Se utilizan como sinónimos de la publicidad social son: la advertising causes, la publicité sociétale y la publicidad non profit/ no profit/ no-profit. No

se dispone de una regulación jurídica específica y su terminología no lleva a error porque no su falta de inclusión.

Por último, la publicidad legal se acerca a la publicidad legal como un tipo de comunicación denominada jurídico-formal, administrativa o informativa (García, 2002; Salerno, 2003). En el primer caso, la comunicación jurídico-formal es la información notificada a los interesados por ley de forma individual o colectiva. Ésta afecta a sus derechos o intereses e incluye el derecho de acceso a la información que dispone cualquier ciudadano sobre un procedimiento que le afecte directa e individualmente (García Inda, 2002), véase Tabla I.

b) Desde el derecho

Desde el ámbito jurídico se regula la publicidad comercial; la publicidad electoral y la publicidad institucional, dejando de lado otras modalidades publicitarias. En estas normas aparecen artículos que ocasionan confusiones terminológicas en torno a la publicidad.

Comenzando por la publicidad comercial ésta es recogida tanto el ordenamiento jurídico europeo como en el español (De Miguel, 2005) en las que se utilizan indistintamente los siguientes términos para referirse a la publicidad: actividad publicitaria comercial, anuncio, comunicación comercial, comunicación, publicidad comercial. Las normas que hacen alusión a la actividad publicitaria o comercial se refieren a un conjunto de actividades desarrolladas dentro del ámbito económico y vinculado directamente con la libertad de empresa (art. 38 Constitución). Siempre va asociada a la finalidad de vender un producto o servicio que jurídicamente constituyen contratos publicitarios (Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP), De la Cuesta, 2002). La normativa que se refieren a la palabra anuncio se refieren tan-

to al mensaje publicitario como el conjunto de palabras o signos que se quiere hacer saber. También se utiliza el término de comunicación comercial como una denominación más generosa y amplia de la publicidad, dirigida a un colectivo como a un solo destinatario (De Miguel, 2005). Otro concepto utilizado es la publicidad como toda forma de comunicación (Pino, 1992) que la ley emplea y equivale a cualquiera de ellas (De la Rute, 2002).

En este sentido la publicidad incluye cualquier mensaje de ideas, hechos y de juicios y cualesquiera forma de presentar un mensaje publicitario y sus elementos sonidos, palabras e imágenes (Martínez, 2005). También se maneja la denominación de comunicación comercial como un término más genérico en que se incluye publicidad. Otro sinónimo utilizado es toda forma de oferta informativa cuando tiene relación con el sector sanitario y con los medicamentos. En este tipo de productos prima más la información que debe necesariamente aparecer en la publicidad a favor de los usuarios que la libertad de expresión del anunciante. Además hay normas que indican la finalidad de la publicidad vinculada a la venta, a través de la palabras como promover o vender y como información (Véase la Tabla I).

La modalidad de la publicidad electoral está recogida por la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen electoral General (LOREG) cuyo fin es regular la inserción de publicidad en medios de comunicación pública y privada durante el período de elecciones. La LOREG identifica las peculiaridades de la campaña electoral entre las que se destacan: el anunciante, el tiempo en el que puede desarrollarse la campaña, los medios de comunicación a través los que se realiza la difusión y la financiación de la misma. Introduce tres expresiones como sinónimas que son las campaña electoral, campaña institucional y propa-

Tabla I. Términos utilizados para definir publicidad

Modalidad	Publicidad comercial	Publicidad política	Publicidad electoral	Publicidad institucional	Publicidad legal
Términos utilizados	Actividad publicitaria o comercial Anuncio Toda forma de comunicación Comunicación comercial Publicidad comercial Oferta informativa Promoción Vender Información	Publicidad política Comunicación política	Publicidad política Campañas electorales	Publicidad empresarial Publicidad corporativa	Administrativa Informativa Jurídico-formal
Legislación	<u>Ámbito europeo</u> - Directiva del Consejo de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. - Directiva del Consejo de 3 de Octubre de 1989 (89/552/CEE) sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, modificada por la Directiva 97/36/CE de Parlamento europeo y del Consejo de 30 de junio de 1997 (art. 1.c.)	No dispone	<u>Ámbito nacional:</u> Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen electoral General	<u>Ámbito nacional:</u> Ley Orgánica 2/1980, Leyes autonómicas de 18 de enero, sobre Regulación de las distintas modalidades de Referéndum	

Tabla I. (*Continuación*)

Modalidad	Publicidad comercial	Publicidad política	Publicidad electoral	Publicidad institucional	Publicidad legal
Legislación	-Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva Texto pertinente a efectos del EEE (art. 2. i.). <u>Ámbito nacional:</u>		Ley Orgánica 2/1988, de 3 de mayo, Reguladora de la Publicidad electoral en emisoras de Televisión Privada		
	Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad (art. 2)		Ley Orgánica 10/1991, de 8 de abril, de publicidad electoral de emisoras municipales de radiodifusión sonora		
			Ley Orgánica 14/1995, de 22 de diciembre, de Publicidad electoral en emisoras de Televisión local por ondas terrestres		
	El Real Decreto 1468/1988, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de etiquetado, presentación y publicidad de los productos industriales destinados a su venta directa a los consumidores y usuarios (art.5)				

Tabla I. (Continuación)

Modalidad	Publicidad comercial	Publicidad política	Publicidad electoral	Publicidad institucional	Publicidad legal
	Decreto 2584/1973, de 19 de octubre, por el que se regula la publicidad de determinadas inversiones (art. 1).				
	Anuncio				
	<u>Ámbito europeo:</u>				
	Instrumento de ratificación del Convenio Europeo sobre televisión transfronteriza, hecho en Estrasburgo de 5 de mayo de 1989.				
	<u>Ámbito nacional:</u>				
	Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas.				
	Toda forma de comunicación				
	<u>Ámbito europeo:</u>				
	Directiva del Consejo de 3 de Octubre de 1989 (89/552/CEE) sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, modificada por la Directiva 97/36/CE de Parlamento europeo y del Consejo de 30 de junio de 1997 (art. 1.c.)				

Tabla I. (Continuación)

Modalidad	Publicidad comercial	Publicidad política	Publicidad electoral	Publicidad insitucional	Publicidad legal
	<p>Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007, por lo que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva a Texto pertinente a efectos del EEE (art. 2h. y art. 2.i).</p> <p>Ámbito nacional</p> <p>Real Decreto 1468/1988, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de etiquetado, presentación y publicidad de los productos industriales destinados a su venta directa a los consumidores y usuarios (art. 5).</p> <p>Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad (art. 2)</p> <p>Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al Ordenamiento Jurídico Español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de Disposiciones Legales, Reglamentarias y Administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de Radiodifusión Televisiva (art. 3)</p>				
	Comunicación comercial				

Tabla I. (Continuación)

Modalidad	Publicidad comercial	Publicidad política	Publicidad electoral	Publicidad institucional	Publicidad legal
	<p><u>Ámbito europeo:</u></p> <p>la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo</p> <p>Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007, por lo que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva a Texto pertinente a efectos del EEE (art. 2h. y art. 2.i).</p> <p><u>Ámbito nacional</u></p> <p>la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (Disposición primera)</p> <p>Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (art.19.1 y ss.)</p> <p>Publicidad comercial</p> <p><u>Ámbito nacional:</u></p>				

Tabla I. (*Continuación*)

Modalidad	Publicidad comercial	Publicidad política	Publicidad electoral	Publicidad institucional	Publicidad legal
	<p>Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español</p> <p>Orden de 22 de septiembre de 1945 sobre prohibiciones de la publicidad en publicaciones editadas por organismos del Estado.</p> <p>Forma de oferta informativa</p> <p><u>Ámbito europeo:</u></p> <p>Directiva 92/28/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, relativa a la publicidad de los medicamentos para uso humano</p> <p><u>Ámbito nacional:</u></p> <p>Real Decreto de 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano.</p>				

Fuente: Elaboración propia (2012).

ganda y cuyo uso indistinto lleva a confusión a la hora de su interpretación jurídica y, especialmente, se contradice con la delimitación conceptual que se realiza desde la comunicación que las diferencia como tres tipos diferentes de mensajes publicitarios.

De otro lado, la publicidad institucional es de reciente regulación con la entrada en vigencia de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y comunicación institucional (LPCI) y con las normas autonómicas de España. Esta norma define expresamente que son las campañas institucionales de publicidad, el sujeto anunciante (la Administración General del estado y las demás entidades integradas del sector público estatal), las prohibiciones en esta modalidad, además, de indicar las competencias atribuidas a la comisión de publicidad y comunicación institucional. Y por último, la publicidad tienen “su sentido y función de hacer algo público, es decir, de “publicar alguna cosa” (Santaella, 2003: 36). Ésta necesidad de “hacer saber” y ser transparente con los ciudadanos es fruto del Estado social y democrático que, a un mismo tiempo, garantiza la seguridad jurídica. La publicidad y la seguridad jurídicas son preceptos que van de la mano, porque si los ciudadanos no conocen las normas no saben a qué atenerse y tampoco pueden prever las consecuencias de sus decisiones. Sin embargo la normativa desfleada deja patente que esto no genera seguridad jurídica sino todo lo contrario como a continuación se analiza (Véase la Tabla I).

3. Reflexiones sobre la ambigüedad del concepto de publicidad

Queda a la vista la numerosa legislación en torno a la actividad publicitaria y a las diferentes denominaciones que la ley

maneja para referirse a ella. De acuerdo con Ávila (2012:38) “ese material informativo, aunque permita entender mejor el mundo ... cuanto mayor es la cantidad de información, mayor también es aquello que precisa ser previamente considerado y valorado. De ahí el porqué, un mayor conocimiento conduce a aumentar el sentimiento de inseguridad”. Por ello, es necesario exponer las inseguridades jurídicas que presentan las leyes anteriormente descritas. Se analiza la publicidad comercial, la electoral y la publicidad legal.

En relación a la publicidad comercial se encuentran en numerosos preceptos la identificación de la publicidad con la información, con la propaganda y con términos afines a la publicidad pero diferentes a la misma. Hay preceptos normativos relativos a la publicidad que aluden más al concepto informativo que al comercial cuyo propósito es salvaguardar al consumidor y evitar que los contenidos publicitarios puedan inducirle a error. Las normas a las que se hace alusión se inscriben en sectores concretos como alimentación, menores, sanidad, energía, cosméticos, finanzas, y alimentación. Esta indiferencia ante el término publicidad e información lleva a confusión porque la publicidad conlleva un mensaje subjetivo en el que la información se carga de persuasión mientras que la información es un mensaje que carece de persuasión. Este genera una opacidad que debería cuidarse y muestra claramente el debate jurídico sobre si considerar a la publicidad como un Derecho Fundamental (información) o como un Derecho Mercantil (comercial). También el legislador usa como sinónimos el término propaganda por el de publicidad, otra, hace uso del término propaganda comercial y, otras ocasiones, diferencia ambos términos. Esto genera una confusión porque la publicidad comercial tie-

ne una finalidad distinta a la propaganda que se sustenta en la difusión de ideas. También existe confusión entre la palabra publicidad con otros términos afines como los incentivos, patrocinio y fuerza de venta. Estas comunicaciones son persuasivas como la publicidad pero no tienen la naturaleza propia de ésta. La LGP regula el patrocinio e indica que el patrocinador ofrece una contraprestación económica para celebrar un evento de cualquier índole a cambio de que su marca aparezca en la actividad.

De otro lado, los incentivos son las promociones entre las que se destacan las ventas en rebajas, las ventas en oferta o promoción, las ventas de saldos, las ventas en liquidación, las ventas con obsequio y las ofertas de venta directa (Ley del Minorista Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio Minorista que determina cuáles son sus modalidades). Y la fuerza de venta, son los que venden un producto o servicio a los clientes en un punto de venta. Ambas comunicaciones comerciales pueden ir acompañadas de publicidad pero no necesariamente, por ello, son comunicaciones afines pero no exactamente iguales (Véase Tabla II). Lo que deja la clara la ley respecto a la publicidad comercial es que su objetivo es la venta de un producto o servicio y regula lo que de ella se deriva en relación a derechos y obligaciones para las partes. En cuanto a la regulación jurídica de la publicidad electoral LOREG también contribuye a la inseguridad jurídica en materia publicitaria dado que introduce expresiones sinónimas como campaña electoral y propaganda.

La LOREG define indistintamente a la publicidad electoral o campaña electoral como “el conjunto de actividades lícitas llevadas a cabo por los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones en orden a la capita-

ción de los sufragios” (art. 50.2). La diferencia entre ambos, como anteriormente se indicó, radica en que la campaña publicitaria alude a un conjunto de anuncios que pertenecen en diferentes medios y durante un período de tiempo determinado y que forman parte de un plan de publicidad. Mientras que la publicidad electoral es un término general para referirse a un tipo de publicidad. El matiz está que durante el período electoral se realiza una campaña publicitaria específica para esta candidatura y, en términos generales, se refiere a la totalidad de las campañas publicitarias electorales a la modalidad de publicidad electoral.

Esta peculiaridad debería tenerse en cuenta en el derecho. En cuanto a la propaganda la nombra repetidamente en la ley sin dejar claro porque en algunos casos utiliza la propaganda y la publicidad electoral como sinónimos y, en cambio, en otras ocasiones las diferencia. La doctrina también sostiene que diferenciar la propaganda política de la electoral de la publicidad electoral “resulta cada vez más difícil en cuanto que los límites entre una y otra han ido perdiendo nitidez ... Sin embargo, la propaganda política es cada vez más propaganda electoral, y la electoral, política en tanto que los contenidos de aquélla son sobre opciones y planteamientos políticos en un momento electoral ...” (Soler, 2001:75).

Autores como Santaella (2003) y Soler (2001), defienden que la propaganda se asocia con actuaciones en la que intervienen organismos o entes de derecho público como Ayuntamientos o juntas electorales mientras que la publicidad electoral se designa para las relaciones entre las candidaturas y los medios de difusión de carácter privado, especialmente, en lo que a contratación se refiere (Santaella, 2003:199). Sin embargo, la LOREG dispone que los anunciantes en período electoral “sólo pueden colocar carteles y otras formas de pro-

paganda electoral en los espacios comerciales autorizados” (art. 55. 2). Este artículo deja al descubierto la teoría de Santaella (2003) y de Soler (2001), porque no se refiere a ningún ente de Derecho Público, a pesar de que el resto de los preceptos relativos a la propaganda tengan una clara vinculación con entidades de titularidad pública como medios de titularidad pública; cuerpos de la Administración a los que se les prohíbe difundir campañas electorales; Junta Electoral Central cuya misión entre otras es distribuir los espacios gratuitos en medios públicos; entre otros.

Nuevamente hay una clara confusión a la hora de utilizar un término u otro, publicidad electoral o propaganda, y cómo la doctrina intenta buscar justificaciones para paliar la confusión de la norma. Sin embargo, éstas quedan cojas a la espera de una correcta regulación. En cuanto a la publicidad legal ésta se caracteriza por la objetividad del mensaje y la obligatoriedad de su difusión por ley que la diferencia del resto de modalidades publicitarias. Por imperativo legal los poderes públicos deben ser transparentes y publicar las normas

para ofrecer a los ciudadanos el derecho de acceso a la información. De otro lado, los ciudadanos deben hacer saber al estado o a terceros determinadas situaciones jurídicas, como su estado civil, sus propiedades o la realización de determinadas actividades. El propósito es lograr una transparencia administrativa dual en la que los Poderes Públicos tengan constancia de los actos de sus ciudadanos y que los ciudadanos conozcan ciertas actividades o actuaciones que puedan afectarles. En este punto esta modalidad se “identifica más con el concepto de información o comunicación que con el de publicidad” (Santaella, 2003: 42) de “hacer saber” más que con la persuasión característica de la publicidad (Tabla II).

4. Conclusiones

De acuerdo con la sentencia del STCs 46/1990 y 146/1993 “El legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisla sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse...y no provo-

Tabla II. Ambigüedad sobre el concepto de publicidad.

Modalidad	PUBLICIDAD Y PROPAGANDA	PROPAGANDA	PUBLICIDAD LEGAL
Términos	Fuerza de venta	Publicidad electoral	Información y comunicación
	Publicidad e información		Publicidad
Legislación	<u>Publicidad y propaganda comercial:</u>	Ley Orgánica 7/1985, de junio, del Régimen Electoral General (LOREG)	Constitución Española (art. 0,3 y 105b)
	Real Decreto 1599/1997, de 17 de octubre, sobre productos cosméticos		Código Civil /art. 1 y 61)
	Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad		

Tabla II.(Continuación)

Modalidad	PUBLICIDAD Y PROPAGANDA	PROPAGANDA	PUBLICIDAD LEGAL
	Decreto de 13 de agosto de 1948, por el que se reglamenta la propaganda comercial realizada desde el aire		
	Orden de 20 de diciembre de 1966 sobre la reglamentación de la propaganda comercial aérea		
	Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el reglamento para la aplicación de la ley sobre viviendas de protección oficial		
	Orden de 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano		
	<u>Publicidad e información</u>		
	Real Decreto 1189/1982, de 4 de junio, sobre regulación de determinadas actividades inconvenientes o peligrosas para la juventud y la infancia		
	Real Decreto 1067/1983, de 27 de abril, por el que se desarrolla el Título primero de la Ley 1/1982, de 24 de febrero, regulados de las Salas especiales de exhibición cinematográfica		

Fuente: Elaboración propia (2012).

car juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se produzcan perplejidades” (González, 2005). Sin embargo las numerosas normativas, tanto comunitarias como españolas, y la jurisprudencia manifiestan que nos encontramos ante el callejón sin salida que conduce a un legalismo desbocado (García De Enterría, 1999), en la que se debe aplicar el sentido común. Se observa que las modalidades publicitarias como la comercial, la electoral y la institucional han sido reguladas *ad hoc* para diferenciarlas claramente de otras finalidades quedando incluso una definición más clara que en ámbito comunicacional

que no ha sido capaz de definir las objetivamente (Caro, 2010). Sin embargo, esa lucidez que parece tener el legislador flaquea cuando confunde términos como publicidad con propaganda, información, incentivos, patrocinio y fuerza de venta. Quizá esto se produzca por el desconocimiento del legislador en esta materia o porque la publicidad es una actividad en plena efervescencia que está en constante cambio y deben delimitarse claramente los términos de esta actividad para garantizar una seguridad y evitar la inseguridad jurídica. Nuevamente se trae a colación si considerar la publicidad como información enmarcándola

dentro de los derechos fundamentales o como comercial dentro del derecho mercantil, al identificar publicidad con información.

De otro lado, hay modalidades como la publicidad social que al no ser regulada ni estar incluida en ningún precepto no cabe confusión alguna. Al contrario de la propaganda que sin ser regulada está presente como sinónimo de la publicidad electoral y en la comercial, confundiendo al consumidor en numerosos preceptos jurídicos.

Quizá una posible solución a esta confusión terminológica sería adoptar el camino que actualmente está siguiendo la publicidad digital en el que las autoridades administrativas junto con la industria trabajan conjuntamente para clarificar los términos de esta nueva dimensión que es de compleja comprensión. En esta línea sería aconsejable trabajar en beneficio de un lenguaje común en la publicidad convencional e incluso sería aconsejable una adenda en la que se aclarasen los términos más controvertidos ya indicados como la publicidad, información, propaganda y fuerza de venta para generar una verdadera seguridad jurídica en materia publicitaria.

Bibliografía citada

- Alvarado, María Cruz (2003). *Publicidad social: una modalidad emergente de comunicación* (Tesis doctoral). Servicio de publicaciones de la UCM. Madrid. España.
- Alvarado, María Cruz y De Andrés, Susana (2005). "Una reflexión crítica sobre la publicidad estatal. El Estado ¿anunciante social?" *Teilos*, N° 64. Madrid, España. Pp. 67-73.
- Ávila, Humberto (2012). *Teoría de la seguridad jurídica*. Marcial Pons. Madrid. España.
- Barthes, Roland (1993). *La aventura semiológica*. Paidós. Barcelona. España
- Basanta, Gustavo y Romero, Rosario (2010). "Lineamientos teóricos de la comunicación persuasiva y su relación en la mediación de conflictos organizacionales en universidades nacionales experimentales del estado de Zulia". *Revista de Ciencias Sociales*, N° 1. Maracaibo. Venezuela. Pp. 28-38.
- Baudrillard, Jean (1974). *La sociedad de consumo. Sus mitos, sus estructuras*. Siglo XXI de España. Madrid. España.
- Canel, María José (2006). *Comunicación política*. Tecnos, Madrid. España.
- Caro, Antonio (2010). *Comprender la publicidad*. Tripodos. Barcelona. España.
- De La Cuesta Rute, José María (2002). *Curso de Derecho de la Publicidad*. EUNSA. Pamplona. España.
- De Miguel de Asensio, Pedro Alberto (2005). *Régimen jurídico de la publicidad transfronteriza*. Iustel. Madrid. España.
- Fabbri, Paolo (1974). "I processi pubblicitaria: análisis semiótica". *Sipra*. Vol. VI. En Botana, A. (dir.) (1990). *Publicidad: semiótica e ideología*. Cuadernos Contrapunto. Madrid. España.
- Faccioli, Franca (2002). *Comunicazione pubblica e cultura del servizio*. Carocci, Roma. Italia.
- García De Enterría, Eduardo (1999). *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*. Civitas. Madrid. España.
- García Inda, Agustín (2002). "Régimen jurídico de la actividad publicitaria de las Administraciones Públicas". *Autocontrol de la Publicidad*, N° 69. Madrid. España.
- González Fernández, Juan (2005). "Una aproximación a los principios de seguridad jurídica, buena fe y protección de la confianza legítima en derecho administrativo". *Noticias jurídicas*. Disponible

- en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho%20Administrativo/200504-3555121421051720.html>
- Grandi, Roberto (2003). *La comunicazione pubblica, teoria, casi e profili*. Carocci, Roma. Italia.
- Habermas, Jürgen (1999). **Historia y crítica de la opinión pública**. Gustavo Gil, Barcelona. España.
- Martínez, Esther (2005). **Régimen jurídico del modo publicitario en internet**. Quaderna. Murcia. España.
- Martínez, Esther (2010). **El mensaje publicitario analizado desde la comunicación y el derecho**. Universitas. Madrid. España.
- Mattelart, Armand (2000). **La publicidad**. Paidós. Barcelona. España.
- Orenes, Juan (2007). "La publicidad institucional en el período electoral". **Actualidad Jurídica Aranzadi**, N.º. 735. Aranzadi. Pamplona. España. Pp. 10-13.
- Peninou, Georges (1976). **Semiótica de la publicidad**. Crítica. Barcelona. España.
- Pino, María (1992). **La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la LGP 1988**. Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid. España.
- Pizarroso, Alejandro (1993). **Historia de la propaganda**. Eudema, Madrid. España.
- Rey, Juan (ed.) (1999). *Comunicación política electoral, elecciones municipales de Sevilla en 1999*. Diputación de Sevilla, Sevilla. España.
- Rolando, Stefano (1995). **La comunicazione pubblica in Itália**. Editrice bibliografica, Milán. Italia.
- Sábada, Teresa (2003). "Los anuncios de los partidos políticos en televisión: el caso de España (1993-2000)". En Berrocal, Salomé (coord.). **Comunicación política en televisión y nuevos medios**. Ariel. Barcelona. España.
- Salerno, Antonella (2003). *El régimen jurídico de la publicidad institucional de las administraciones públicas*. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid. España.
- Santaella, Manuel (2003). **Derecho de la publicidad**. Thomson. Madrid. España.
- Saussure, Ferdinand (1991). **Curso de lingüística general**. Akal. Madrid. España.
- Sendín, José Carlos y Gaona, Carmen (2009). **Por una ciencia comunicativa: información, cultura y espacio globales**. Universitas. Madrid. España.
- Soler Sánchez, Margarita (2001). **Campañas electorales y democráticas en España**. Publicaciones de la Universitat Jaume i Castelló de la Plana. Valencia. España.
- Thonson, Oliver (1977). *Mass Persuasion in History: a Historical Analysis of the Development of Propaganda Techniques*. Front Cover. Edimburgo. Reino Unido.
- Torno, Joaquín y Galán, Alfredo (coords.) (2000). **Comunicación pública. La información administrativa al ciudadano**. Marcial Pons, Madrid. España.
- Young, Kimball (2001). **La opinión pública y la propaganda**. Paidós Studio. México.