



EXAMEN TRIALISTA DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA

“Puede elegir el color que desee, siempre y cuando sea negro.” Henry Ford

ELIANA BELÉN TONETTO¹
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CENTRO

INTRODUCCIÓN

El trialismo jurídico es una concepción tridimensional del derecho, instituida por Werner Goldschmidt, que propone tratar en el derecho repartos de potencia e impotencia, captados por normas y valorados por la justicia. Esta noción del derecho pone en relieve que el conocimiento jurídico se ocupa de la vida humana, es decir, de todos los acontecimientos que hacen a la convivencia de los sujetos.

La teoría trialista se vale de un método que, en principio, analiza en profundidad y de manera independiente las tres dimensiones jurídicas: hecho, valor y norma, para luego reconocer la relación existente entre ellas e integrarlas con la finalidad de que el camino recorrido sirva para ofrecer claridad en la ciencia del derecho.

La aplicación de este método al estudio de la publicidad comercial permitirá realizar un rico aporte sobre el tema porque, al tratarse de un fenómeno interdisciplinario cuya regulación jurídica se ha realizado desde distintos ámbitos del derecho, exige un tratamiento capaz de proveer un análisis pormenorizado sobre las cuestiones más relevantes en torno a la actividad publicitaria, pero sin perder de vista un enfoque integral.

En este trabajo comenzaremos brindando algunas nociones generales sobre

¹Abogada (UNLP). Doctora en derecho (UCES). Graduada Adscrita en la materia Derecho Concursal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

publicidad para luego plasmar un examen de la publicidad engañosa desde la perspectiva trialista del derecho, en su dimensión sociológica, normológica y axiológica.

1. NOCIONES GENERALES

Siendo la publicidad un fenómeno multifacético, puede ser abordado desde diversas disciplinas tales como la economía, sociología, psicología, etc. A su vez, desde el punto de vista jurídico puede ser analizado desde el empresario anunciante, la agencia de publicidad, o los usuarios y consumidores. Y como indica Cuesta Rute (1989: 52), el mismo término publicidad es ambiguo porque “designa el qué se comunica –mensaje-, el cómo se formula ese mensaje persuasivo -modo- y el vehículo por el que se difunde el mensaje -medio-”. Lo dicho revela que la publicidad constituye una cuestión compleja, por lo que resulta conveniente comenzar por su conceptualización, para luego proceder a una delimitación que permita desarrollarla con mayor facilidad y claridad.

En Argentina, la ley 26.522/2009 de Servicios de Comunicación Audiovisual incluye una definición de publicidad que, si bien es amplia en cuanto a contenido, tiene el inconveniente de estar limitada al medio que regula la norma. Entendemos que la publicidad tiene dos características definitorias: es un acto de comunicación con una intención negocial (Cuesta Rute, 1974: 149). Pero de estos dos elementos, el definitorio es el segundo. El objetivo principal de la publicidad es la venta de un producto o servicio (Colley, 1972: 956), a pesar de que no siempre logre cumplir con esta finalidad.

La mayor parte de la doctrina a la que adherimos -Emery (1984), Solari Brumana (1980: 127), Muguillo (2005: 11, 12), Ciuro Caldani (1994: 9), Arias (2008: 62), entre otros- distingue entre publicidad, a la que confiere un objetivo comercial, y propaganda, que tiene un fin político. Otros autores prefieren considerar los términos como sinónimos por considerarla una distinción del pasado -Kemelmajer de Carlucci (1994: 74) siguiendo a Zavala Rodríguez (1947: 4)-.

Coincidimos con Muguillo (2005: 11) en que la distinción de conceptos es preferible para conservar la precisión terminológica, delimitar el área de exploración jurídico-legal, y posibilitar la sanción de los actos de publicidad co-

mercial que se presentan como característicos de propaganda.

La prohibición de la publicidad engañosa está prevista en la ley 22.802/1980 de Lealtad Comercial -art. 9 -. Fue el primer ilícito publicitario consagrado legislativamente, y el único previsto de manera expresa hasta la sanción de la citada ley 26.522.

2. DIMENSIÓN SOCIOLÓGICA

Dentro de la dimensión sociológica de la publicidad, el trialismo señala que el objeto de interés del derecho lo constituyen las adjudicaciones jurídicas de potencia e impotencia que se otorgan a los hombres. Estas adjudicaciones provienen de la conducta de seres humanos determinados o determinables, y se diferencian de las distribuciones porque estas últimas son adjudicaciones originadas por la naturaleza, el azar o las influencias humanas difusas.

En la publicidad podemos distinguir a los repartidores, es decir los anunciantes cuyo objeto de reparto son los actos de publicidad, y que tienen como beneficiarios fundamentalmente a los usuarios y consumidores, pero también debe incluirse a los competidores y al público en general.

Al referirnos a las razones, distinguimos entre las alegadas ante la sociedad por los anunciantes, fundadas en brindar información para que los beneficiarios puedan conocer las ventajas de los bienes ofrecidos, y los verdaderos móviles basados en la persuasión con el fin de inducir al consumo de bienes y servicios más allá de las necesidades reales.

Existen repartos de potencia, constituidos por la publicidad lícita, y repartos de impotencia, es decir de publicidad ilícita. En el primero de los casos, nos referimos a la adjudicación que beneficia al hombre, en cambio la segunda lo perjudica y hasta resulta susceptible de causarle daño. En este último grupo ubicamos a la publicidad engañosa, que configura un reparto de impotencia toda vez que lesiona el derecho a la información, e incluso puede afectar otros derechos como a la salud, seguridad e intereses económicos de sus destinatarios.

Los repartos pueden ser clasificados como autoritarios, que se realizan por el valor poder, o autónomos, donde se satisface el valor cooperación. En cada conjunto de repartos hay un equilibrio entre ambos, debiendo determinarse en

cada caso cuál de ellos prevalece. El fenómeno publicitario también reúne ambos tipos de repartos: los autónomos se dan en las relaciones contractuales entre anunciantes y agencias de publicidad, y entre empresarios y consumidores, aunque esta última en realidad esconde una relación autoritaria. Pero donde con toda claridad vemos repartos autoritarios es en la publicidad que llega al público en general y a los competidores, vistos los primeros como potenciales consumidores y usuarios.

Otra clasificación distingue entre repartos horizontales, según el modelo seguido para realizar los repartos, o verticales, aplicando el plan de gobierno que indica quiénes y bajo qué condiciones deben hacerse los repartos. Creemos que en publicidad prevalecen los repartos autoritarios a consecuencia de la falta de normas de fuente formal y con fundamento en las garantías constitucionales de la libertad de expresión, de comerciar y en el derecho de trabajar - art. 14 y 14 bis de la C.N.-.

3. DIMENSIÓN NORMATIVA

El formalismo entiende como norma a la captación lógica neutral de un reparto proyectado; es decir, la norma describe un reparto y lo integra en la realidad. Si la norma cumple con estos dos cometidos, podemos decir que es fiel y exacta. Y si a su vez sirve a los objetivos tenidos en cuenta por sus autores, es adecuada.

La norma se construye con un antecedente, que hace referencia al sector social a reglamentar, y un consecuente, que indica la reglamentación. Ambos tienen características positivas y negativas. El primero son las condiciones para que la norma se aplique, y el segundo son las circunstancias que deben estar ausentes para la operatividad de la norma.

En nuestro país el fenómeno publicitario comenzó a regularse parcialmente dentro de cada una de las materias adjetivas con las que se relaciona, logrando así una legislación dispersa que de manera progresiva fue ganando cierto desarrollo. En general, se trata de normas expresadas en textos legales a través de sus características positivas.

Pueden distinguirse normas de fuente formal, cuando hay autobiografías de los repartos que hacen los mismos repartidores, o materiales, atendiendo a los

repartos en sí. En publicidad prevalecen las normas de fuente formal, aunque consideramos que las existentes no resultan suficientes para contrarrestar los efectos perjudiciales de los casos de ilicitud publicitaria. Debido a la versatilidad de esta actividad, creemos que estas normas deben ser generales en cuanto al antecedente -hipotéticas- a fin de que puedan prever casos futuros, y de fuente elástica para que sean susceptibles de adaptarse a los cambios sociales.

La prohibición de publicidad engañosa fue el primer ilícito publicitario en consagrarse a través de una fuente formal, sin embargo advertimos que no está prevista en la Ley de Defensa de los Consumidores -LDC-, ni en una ley de competencia desleal -materia que a la fecha no ha logrado una normativa especial-, sino en una ley que se encarga de promover las buenas prácticas comerciales en el mercado. Es decir que el antecedente no resulta expuesto con claridad, y teniendo en cuenta el alcance que puede tener este ilícito publicitario afectando a competidores, usuarios y consumidores, e incluso al público en general, entendemos que esta definición no logra tener plena eficacia en su aplicación.

Por otra parte, hallamos que la definición presenta algunos problemas en la descripción del ilícito publicitario: utiliza de manera indistinta los términos publicidad y propaganda, solo prohíbe la publicidad que induce a error -dejando afuera los casos de publicidad falsa-, y por último es limitada en cuanto al objeto de la publicidad porque únicamente incluye a bienes muebles, inmuebles o servicios, y omite toda referencia a cosas, derechos y obligaciones.

Si bien la definición de publicidad engañosa no alude explícitamente a las afirmaciones falsas -daño directo-, la jurisprudencia, creemos que con muy buen criterio, ha realizado una síntesis integrando la norma en estudio con el art. 42 de la C.N., en cuanto consagra el derecho de los consumidores y usuarios a la “información adecuada y veraz”, y el art. 4 de la LDC en cuanto exige proveer a los consumidores y usuarios “información cierta, clara y detallada”.

El proyecto de Código Civil y Comercial 2012 consagra en el art. 1101 una definición de publicidad engañosa que supera los obstáculos citados, toda vez que utiliza únicamente el término publicidad, sanciona tanto la publicidad falsa como la que puede inducir a error, y expone con claridad que la tutela alcanza a los consumidores. Destacamos que esta noción se encuentra dentro de

un capítulo que refiere a la formación del consentimiento.

Entendemos, sin embargo, que adoptar el criterio legislativo de incluir la noción de prohibición de publicidad engañosa en la ley de defensa de los consumidores o en un Código Civil y Comercial implica la necesidad de complementar esta norma con una legislación de derecho de la competencia desleal, materia en la cual encontramos una carencia histórica, a fin de resguardar a los competidores contra los actos de engaño, y regular procedimientos y sanciones eficaces contra este ilícito publicitario en beneficio de todos los que participan en el mercado.

Consideramos que la definición de publicidad engañosa debe consagrarse a través de una norma general, complementada con una enumeración enunciativa de los principales elementos sobre los que puede recaer el error. Esta redacción requiere un importante grado de abstracción a fin de poder predecir eventuales hechos a ser incluidos en ella.

Esta regla permitiría entonces abarcar casos hipotéticos y futuros. Una noción de publicidad engañosa plasmada a manera de cláusula general y acompañada con una enumeración enunciativa de los principales elementos sobre los que puede recaer el error sería eficaz a fin de que los intérpretes puedan englobar con facilidad en la norma los casos cotidianos sobre los que deben fallar. Y si a ello le sumamos una mención de supuestos mínimos que deban tenerse en cuenta, se les conferiría a los destinatarios una guía idónea para apreciar y comparar en detalle el producto y el anuncio publicitario realizado.

4. DIMENSIÓN DIKELÓGICA

El trialismo entiende que los valores son entes ideales exigentes -un deber ser ideal-. Goldschmidt (1985: 369) señala que los valores son objetivos y naturales, destacando a la justicia en la posición más elevada. En cambio, Ciuro Caldani (2000) indica que los valores son idealidades construidas por el hombre, y que incluso el valor justicia se edifica en base a acuerdos o pactos.

Desde la perspectiva trialista podemos distinguir entre la justicia en su despliegue de valencia, es decir del debe ser como norma abstracta, que funciona como criterio general orientador y de valoración, que es el debe ser aplicado a un caso concreto.

La justicia es un valor absoluto. Ello quiere decir que tiene una función pantónoma, abarca todos los repartos y tiende al bien común. El resto de los valores son considerados relativos respecto de la justicia. Los valores se atraen entre sí, y puede existir tensión entre ellos.

En cuanto a la publicidad, para Nicolau (1992: 983) los repartos autoritarios hacen prevalecer el valor poder sobre los de colaboración y solidaridad porque el mensaje publicitario beneficia a los anunciantes más que a los consumidores.

En la publicidad engañosa encontramos que los emisores de dichos anuncios, quienes resultan expertos en el área de comunicar para incentivar el consumo y que operan a través de organizaciones de alto nivel técnico y experiencia profesional, se encuentran en evidente ventaja frente al público general que interviene en un mercado que le resulta complejo por la participación de múltiples actores -tanto en oferta como en demanda-, y que no maneja la misma información, poder e influencia que los primeros.

Los casos de publicidad engañosa son un ejemplo de repartos autoritarios donde prevalece el valor poder, pero las normas tuitivas del sector más vulnerado deben permitir superar las asimetrías de información entre los sujetos que participan en el mercado, para que el Estado pueda garantizar el valor de igualdad en este ámbito -datos- al realizarse el acto de consumo.

Ciuro Caldani (1994) y ARIAS (2008: 71-75) entienden que el valor utilidad prevalece sobre el de veracidad. La publicidad se convierte en un instrumento cuyo principal objetivo es persuadir a los destinatarios al consumo, subordinando la función de información.

Cuando los anunciantes emiten publicidad engañosa a través de sus diversas modalidades -afirmaciones falsas, omisiones, comparaciones engañosas, etc.- lesionan el derecho a la información de sus destinatarios, y a pesar de ello, al apelar y abusar generalmente de la confianza de los usuarios y consumidores, logran estimularlos al consumo.

En la publicidad es el valor utilidad subvierte a los demás valores, los recipientes están al servicio de la publicidad y no al revés como debería ser.

La desestimación del valor veracidad en la publicidad engañosa atenta tam-

bién contra otros valores periféricos, como por ejemplo el valor salud (Arias, 2008: 73) y seguridad.

El valor de justicia se logra con el respeto y consideración de los destinatarios de la publicidad. El Estado es quien busca el equilibrio fijando pautas claras que brinden protección a quienes emiten publicidad, pero también que amparen a quienes la reciben. Lo expuesto impone la necesidad de una regulación legislativa que cumpla una función preventiva, y que confiera instrumentos idóneos para sancionar la publicidad engañosa.

Kant acuñó la expresión “fin en sí mismo” porque quería dejar en claro que la injusticia más grande que se puede cometer contra una persona es tratarla como medio. Esto es lo que significa decir que el fin en sí mismo marca el radio de acción: que caben únicamente las acciones que promueven la vida y elevan al ser humano a su máxima expresión.

Para satisfacer el principio supremo de justicia, los hombres deben ser reconocidos como medios y no como fines. El trialismo entiende que todos los hombres deben ser tenidos como únicos e iguales, y que el producto del complejo axiológico es el valor humanidad.

Por último, es importante destacar que si bien el análisis de la publicidad se encuentra vinculado al derecho privado, no debe dejarse de lado que existe un interés público en la materia, que ha de tenerse en cuenta a los fines de concretar una regulación jurídica que beneficie al bien común. Esta circunstancia sirve para identificar en la publicidad también aspectos de derecho público (Ciuro Caldani, 1992: 11-18).

5. CONCLUSIÓN

El método trialista permite combinar los métodos inductivo, deductivo e intuitivo para así obtener una visión amplia y clara del mundo jurídico publicitario. A pesar de realizar un análisis parcial en cada una de las dimensiones del fenómeno publicitario, logra integrarlas constituyendo una complejidad pura.

Creemos que la regulación jurídica sobre publicidad engañosa en nuestro país debe modificarse a través de una norma general que fije los derechos y límites de los repartidores y beneficiarios. La legislación debe ser susceptible de adaptarse a los cambios sociales para brindar soluciones satisfactorias.

El principio de justicia debe ser el criterio rector en torno al cual se circunscriban los demás valores, debiendo siempre rescatarse al hombre como el centro de toda la actividad jurídica publicitaria.

BIBLIOGRAFÍA

ARIAS, María Paula (2008): “Declinación Trialista del fenómeno publicitario”, en Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, año 2008, N°41, pág. 62

CIURO CALDANI, Miguel Ángel (1994): “Comprensión del significado trialista de la propaganda y la publicidad con miras a la protección del consumidor”, en Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, año 1994, N°17, pág. 9.

CIURO CALDANI, Miguel Angel (1992): “Hacia la protección equilibrada del consumidor en el derecho internacional privado”, en Revista Derecho del consumidor, Rosario, Ed. Juris, año 1992, n°2, págs. 11-18.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel (2000): La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas – Metodología jurídica <<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/961/794>>, extraído el 10 de julio de 2009.

COLLEY, Russell H. (1972): “La definición de objetivos publicitarios”, en Revista Administración de empresas, Arindo S.A., Buenos Aires, año 1972, Año 3, N° 33, págs. 873 y 874; y VARANGOT, Carlos Jorge (1966): “El contrato de publicidad”, en Revista El Derecho, Buenos Aires, año 1966, T°36, pág. 956.

CUESTA RUTE, José María (1989): “Observaciones sobre la ley general de publicidad”, en Revista de Catalunya, Il·lustre Col·legi d’Advocats, Barcelona, año 1989, any LXXXVIII, N°4, pág. 52.

CUESTA RUTE, José María (1974): Régimen jurídico de la publicidad, Madrid: Tecnos, pág. 149.

EMERY, Miguel Ángel (1984): “Los contratos de publicidad. Nociones. Cuestiones modernas”, publicado en <www.laleyonline.com>. Extraído el 10/12/2010.

GOLSCHMIDT, Werner (1985): Introducción Filosófica al Derecho, Buenos Aires: Depalma, pág. 369 y ss.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (1994): “Publicidad y consumidores”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 1994, tomo 5, pág. 74.

LORENZETTI, Ricardo Luis (2003): *Consumidores*, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, págs. 39-42,

LOVECE, Graciela (2004): *La información y publicidad del servicio médico*, Buenos Aires: Astrea, pág. 218.

MUGUILLO, Roberto Alfredo (2005): *Publicidad*, Bs. As: Astrea, págs. 11 y 12.

NICOLAU, Noemí (1992): “El consumidor frente a la publicidad comercial engañosa: Análisis jurídico del mensaje publicitario”, en *Revista El Derecho*, Buenos Aires, año 1992, T°146, pág. 983.

NICOLAU, Noemí: “La ley de Defensa del consumidor en el ámbito contractual” (2001), en *Revista Derecho del Consumidor*, Juris, Rosario, año 2001, N°7, pág. 60.

SOLARI BRUMANA, Juan A. (1980): “Publicidad y responsabilidad”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Depalma, año 1980, n°13, Buenos Aires, pág. 127.

ZAVALA RODRIGUEZ, Carlos Juan (1947): *Publicidad comparativa. Su régimen legal*, Buenos Aires: Depalma, pág. 4.