

DOCTRINA

C

pun
con
fine
proj
que

ide:
("p

(*) |

(") |

(1) |

(2) |

COMPRESION DEL SIGNIFICADO TRIALISTA DE LA PROPAGANDA Y LA PUBLICIDAD CON MIRAS A LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

I. Nociones fundamentales

1. Las expresiones “**publicidad**” y “**propaganda**” son altamente multívocas (1), al punto que a veces se confunden sus significados (2). Se dice con frecuencia que la publicidad corresponde a los fines comerciales, diríamos utilitarios, en tanto la propaganda se refiere a otros fines, de carácter político, económico, social, religioso, etc. A nuestro parecer la publicidad y la propaganda son áreas diversas con un sector en común en el que se encuentra la publicidad a la que aquí nos referimos.

La propaganda es en general la actividad encaminada a la **difusión** (propagación) de las ideas. Respecto de la publicidad puede decirse que en general significa dar **alcance generalizado** (“público”) a algo, abarcando la divulgación de noticias, hechos y “productos” en sentido

(*) Ideas básicas de la comunicación presentada por el autor al II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor - I Encuentro Nacional de Defensa del Consumidor y Usuario.

El autor desea que la presente publicación tenga carácter de homenaje a la doctora Noemí Lidia Nicolau por sus aportes a la comprensión jurídica del tema (puede v. NICOLAU, Noemí Lidia, “El consumidor frente a la publicidad comercial engañosa. Análisis jurídico del mensaje publicitario”, en “El Derecho”, t. 146, págs. 983 y ss.).

(**) Investigador del CONICET. Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(1) Acerca de la “doble multivocidad” de todos los vocablos y en especial de la teoría trialista del mundo jurídico, en que se basan los aspectos filosóficos de la comunicación, puede v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimp., Bs.As., Depalma, 1987. También, con referencia al trialismo, pueden c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976.

(2) En relación con el tema pueden c. por ej. ZAVALA RODRIGUEZ, Carlos Juan, “Publicidad comercial”, Bs.As., Depalma, 1947, en esp. págs. 1 y ss.; MURARO, Heriberto, “La publicidad”, Bs. As., Acción 1976; PACKARD, Vance, “Las formas ocultas de la propaganda”, trad. Martha Mercader de Sánchez-Albornoz, 14a. ed., Bs.As., Sudamericana, 1978; FERNANDEZ ESCALANTE, Fernando, “Relaciones públicas”, 2a. ed., Bs.As., Macchi, 1974, págs. 247 y ss.; CUTLIP, Scott M., CENTER, Allen H., “Relaciones públicas”, trad. Manuel y Rosalia Vázquez, 5a. ed., Madrid, Rialp, 1975; AS. VS., THE INSTITUTE OF PUBLIC RELATIONS DE LA GRAN BRETAÑA, “Práctica de las relaciones públicas”, trad. Luis Jordá, Barcelona, Omega, 1963; HUNG VAILLANT, Francisco, “La regulación de la actividad publicitaria”, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1972; GROSSBERG, L., “Intersubjectivity and the Conceptualization of Communication”, en “Hum. Stud.”, 5, 1982 (res.); también es posible v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Meditaciones sobre la tarea de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario”, en “Revista de la Facultad de Derecho” (UNR), N° 1, págs. 31 y ss.

amplio. En este último sentido suelen cubrirse actividades de información, de llamado de atención y de difusión y aumento de las ventas. En nuestro caso, la publicidad es propaganda, pero respecto de productos. Hay propaganda que no es publicidad, por lo menos en sentido estricto (por ej. la difusión de ideas políticas) y hay publicidad que no es propaganda (v. gr. la que se refiere al conocimiento de situaciones jurídicas que deben conocer los terceros). La publicidad que nos ocupa se caracteriza por un fuerte sentido utilitario, pero vale tener presente que en nuestras **sociedades utilitarias** los alcances y los recursos publicitarios tienden a abarcar, hasta de manera inconsciente, muy diversos aspectos de la vida. También una idea, política, religiosa, etc., puede venderse como un producto.

La actividad publicitaria que nos ocupa tiene un amplio papel en el desenvolvimiento del Derecho. En el presente caso plantearé al respecto un desarrollo de la **teoría de la publicidad** aprovechando los puntos de vista de la **teoría trialista del mundo jurídico**, elaborada a su vez dentro de la concepción tridimensional del Derecho, que reconoce en éste hechos, normas y valores. También la publicidad, como fenómeno cultural, tiene alcance **tridimensional**, encontrándose en ella una dimensión fáctica, otra lógica y otra axiológica. Sin perjuicio de otros planteos teóricos de la publicidad, el que aquí formularemos nos parece esclarecedor para comprender sus significados jurídicos y en especial, en este caso, para la protección del **consumidor**.

II. Teoría de la publicidad y teoría del Derecho

a) Dimensiones sociológicas

2. Existe una **dimensión sociológica** de la publicidad en la que encontramos un marco central de **actos publicitarios** y un horizonte de **hechos publicitarios**, provenientes respectivamente de la conducta de seres humanos determinables o de influencias humanas difusas o el azar. Los actos publicitarios son comprensibles a su vez como **“repartos”** provenientes de la conducta de seres humanos determinables y los hechos publicitarios son reconocibles como **“distribuciones”** producidas por las influencias humanas difusas y el azar e incluso por la naturaleza.

En cuanto a la teoría de la publicidad es relevante estudiar sobre todo los actos publicitarios, reconociendo quiénes publicitan, quiénes reciben la publicidad, qué se publicita, en qué forma se publicita y cuáles son las razones de los actos publicitarios. En términos de repartos esto significa reconocer quiénes son repartidores, quiénes son beneficiarios, qué se reparte, en qué forma se reparte y cuáles son las razones de dichos repartos.

En cuanto a quiénes publicitan, o sea son los **“publicitantes”** (el lenguaje común los llama a veces publicitarios, cuando se trata de profesionales que intervienen en la publicidad) importa reconocer que se trata de seres humanos determinables que, al hacerlo, adjudican potencia e impotencia, es decir lo que favorece o perjudica a quienes viven los actos publicitarios y por lo tanto actúan como repartidores. Los publicitantes y repartidores son siempre hombres vivos (no muertos, no futuros) que actúan espontáneamente y es de suma importancia reconocer-

los en la realidad, más allá de las normatividades, por ejemplo más allá de las normas de los contratos. El que publicita conduce y reparte.

Los **receptores** de los actos publicitarios son a su vez **recipiendarios** de los repartos respectivos y pueden resultar beneficiados o gravados. El marco de los receptores de los actos publicitarios es más reducido que el de los recipiendarios de repartos, porque el primero abarca sólo a hombres, aunque en gran medida sean indeterminados, en tanto el campo de los recipiendarios abarca a todos los seres, hombres, animales, plantas, objetos inanimados. En general, correspondiendo de cierto modo con el fin de lucro, los actos y repartos publicitarios tienen como principales receptores y recipiendarios beneficiados a los publicitantes y como receptores y recipiendarios gravados más importantes a los integrantes del público. Sin embargo, también éstos pueden recibir importantes beneficios. En nuestro caso nos interesa especialmente la condición del receptor y recipiendario "**consumidor**", caracterizado por una particular condición de **debilidad** (3).

El reconocimiento de qué se publicita, o sea del "**objeto**" de los actos publicitarios, nos lleva a apreciar que se trata de la recepción de ideas, incluso opiniones, que -como pueden favorecer o perjudicar la vida de quienes las reciben- son potencias e impotencias. Siempre es importante saber qué es lo que realmente se recibe en la publicidad, en los diversos niveles de la personalidad de los receptores (conscientes e inconscientes, etc.). Vale destacar que las potencias y las impotencias recibidas por los consumidores suelen ser muy grandes, enriqueciéndose pero también comprometiéndose e incluso perjudicándose lisa y llanamente aspectos muy importantes de sus vidas.

Respecto de la **forma** de los actos publicitarios, o sea de los caminos previos elegidos para llegar a ellos, es posible señalar que al decidir y producir los mensajes respectivos puede haber mayor o menor audiencia de los receptores y, siendo como son -por lo menos normalmente- los actos publicitarios repartos autoritarios pueden reconocerse al respecto formas procesales, con audiencia de los interesados, o de mera imposición. Vale reconocer que los actos publicitarios se resuelven habitualmente sin escuchar a los interesados (aunque sí buscando las mejores maneras de penetrar en sus personas), o sea por **mera imposición** y que esta imposición cuenta a menudo con recursos avasallantes de la libertad de los receptores y en particular de los consumidores.

Con referencia a las **razones** de los actos publicitarios, éstos pueden encararse por **móviles** diversos, que importa reconocer, aunque habitualmente esos móviles no figuran en las **alegaciones** publicitarias y, unos y otras, pueden o no parecer **razonables** a los receptores, hallando o no posibilidades de seguimiento, en nuestro caso, de producir consumo. La alegación de "**razones**" en la publicidad de nuestro tiempo posee recursos sorprendentes. El acto publicitario requiere habitualmente no sólo la implantación de la "**idea**", sino que ella influya en la vida y en particular en las actitudes de los receptores. Al hablar de los móviles, las razones alegadas y las razones de los actos publicitarios se está hablando también de los móviles, las

(3) En relación con el tema puede v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Hacia la protección integrada del consumidor en el Derecho Internacional Privado", en "Investigación y Docencia", N°18, págs. 35 y ss (también en "Derecho del Consumidor", 2. págs. 11 y ss.).

razones alegadas y las razones sociales de los repartos respectivos.

Los actos publicitarios son, como hemos dicho, normalmente **autoritarios**, constituyéndose en consecuencia en repartos autoritarios realizadores del valor **poder**. Sólo excepcionalmente son concebibles actos publicitarios autónomos, surgidos del acuerdo, que en sentido jurídico son repartos autónomos, realizadores del valor **cooperación**. Es importante reconocer el alto grado de autoridad que puede desarrollarse en los actos publicitarios, al punto que esa autoridad es una de las características más notorias de la vida jurídica de nuestro tiempo.

Los actos publicitarios como tales y como repartos pueden tropezar con **límites necesarios**, surgidos de la naturaleza de las cosas, y entre estos límites ocupan lugares muy destacados los obstáculos psíquicos, de las inclinaciones de los receptores, incluyendo sus resistencias morales y los niveles de saturación y los obstáculos socioeconómicos, por ejemplo, en cuanto a su capacidad de consumo. Sin embargo, a veces los límites de los actos y repartos publicitarios nos parecen demasiado lejanos.

Aunque los actos publicitarios son repartos, luego se proyectan en gran medida como distribuciones de **influencias humanas difusas**. Los publicitantes repartidores sólo proyectan su propia utilidad, sin ocuparse de las consecuencias que a veces son previsibles y marcan alcances de repartos pero en otros casos son imprevisibles y constituyen distribuciones. Entre los beneficiarios gravados de estas influencias humanas difusas ocupan un lugar destacado los consumidores, cuyas vidas son con frecuencia "despedazadas", de maneras incluso inconscientes, por las consecuencias de los actos publicitarios.

3. Los actos publicitarios pueden resultar **ordenados** o **desordenados**, del mismo modo que los repartos, y el orden de unos y otros puede producirse por planificación que, cuando está en marcha, realiza el valor **previsibilidad** o por **ejemplaridad**, desenvuelta al hilo del modelo y el seguimiento y satisfactoria del valor **solidaridad**. La planificación publicitaria asume a veces la manera de una "campana". Pese a que las sociedades "desarrolladas" de nuestro tiempo tienen a menudo la apariencia de sociedades poco planificadas, las planificaciones publicitarias son piezas importantísimas de su planificación y de su ordenación. Además vale reconocer que los actos publicitarios y los repartos respectivos suelen resultar ordenados al hilo de las distribuciones de las influencias humanas difusas producidas por la común vocación utilitaria de nuestro tiempo. Si las sociedades "desarrolladas" de estos días son ordenadas, lo deben en gran medida al orden de la publicidad y de la economía en general. El orden superficialmente fragmentario y profundamente unitario de la llamada "postmodernidad" se realiza, en mucho, a través de la publicidad de la vida económica.

También es relevante la actitud que el orden de repartos general asuma frente a los repartos de los actos publicitarios, planificándolos a nivel gubernamental o dejándolos desenvolverse al hilo de una mayor ejemplaridad. Vale señalar que las planificaciones al respecto suelen ser a menudo en parte impotentes y también en parte peligrosas.

b) Dimensiones lógicas y normológicas

4. Los **actos publicitarios** como tales pueden ser captados mediante **juicios** y como **repartos** pueden ser captados mediante **normas**. Los juicios publicitarios se valen de un mundo de conceptos que tienden a producir "**materializaciones**" en las que se cambian los sentidos de la realidad, al punto que puede hablarse de un mundo fabricado por la publicidad y lo propio ocurre con las normas que captan los repartos respectivos.

Las **fuentes formales** publicitarias tienen muy diversos caracteres, verbales y gráficos, orales y escritos, etc. Las fuentes formales de las normas publicitarias, a menudo contractuales entre publicitantes básicamente interesados y técnicos, suelen adoptar con frecuencia caracteres parciales, ya que poco o nada reflejan la situación del "público". Según lo ya señalado, la destreza con que se elaboran los mensajes de las fuentes formales publicitarias se ha incrementado hasta niveles asombrosos.

Los juicios publicitarios pueden ordenarse en **estructuras lógicas** complejas, que responden por ejemplo a los principios generales que se intenta transmitir e incluso puede hablarse de un "sistema" publicitario. Algo semejante ocurre con las normas, que a menudo constituyen un ordenamiento normativo representable mediante la célebre "pirámide".

c) Dimensiones axiológicas y en especial dikelógica

5. Los actos publicitarios invocan la realización del valor **verdad**, sobre todo de una **verdad utilitaria**, aunque en profundidad tienden a **fabricar** valores a su servicio, haciendo que los receptores los acepten. A su vez, como repartos los actos publicitarios resultan valorados por el valor **justicia** y en uno y otro carácter deben satisfacer el valor **humanidad** (el deber ser cabal de nuestro ser). Al fin la clave axiológica de los actos publicitarios e incluso de los hechos publicitarios sería una integración de verdad, utilidad y justicia que debería contribuir a la realización del valor humanidad y contar con el aporte de los valores fabricados que resultarían legítimos.

Sin desconocer la importancia utilitaria de la publicidad, vale reconocer que el ideal es en definitiva una **publicidad humanista**. Sin embargo a menudo, por ejemplo en las situaciones de los consumidores, los valores fabricados de los actos publicitarios se subvierten contra esos valores de verdad, utilidad, justicia y humanidad convirtiéndose en valores **falsos** y la utilidad se arroga los lugares de la verdad y la justicia y se subvierte contra el valor humanidad, llegando a ser un valor falsificado. En muchos casos, por diversos medios, no se trata de la utilidad de la verdad, sino del **engaño** y la **alienación**.

Por dirigirse con frecuencia a personas indeterminadas los actos publicitarios se refieren a la **justicia sin acepción (consideración) de personas**, por ejemplo, como meros consumidores, con todos los riesgos de mutilación de los seres humanos que esto puede significar. Los actos y los hechos publicitarios son a menudo productores de masificación. En principio los actos publicitarios como repartos son concebidos como realizaciones de la justicia particular entre los interesados, cuyos requerimientos caracterizan al **Derecho Privado**. Sin embargo, vale recono-

cer que lleguen a comprometer a la justicia general, que realiza directamente el bien común y que con sus exigencias identifica al fin al **Derecho Público**.

Los actos publicitarios como tales y como repartos tienden a menudo a **recortar** ("fraccionar") la realidad, limitando los alcances de la verdad y de la justicia a través de la vida propia que se procura insuflar a los contenidos de los mensajes. En muchos casos los contenidos son "desviados", relacionando realidades que nada tienen en común entre sí. Al fin se quiere transmitir lo que "conviene" transmitir y así se buscan niveles a veces exagerados de certeza y de seguridad para los publicitantes, con detrimento de las que corresponden al público receptor.

6. En la medida que los actos publicitarios son repartos autoritarios que sólo pueden aproximarse de maneras presunta o sobrevenida a la autonomía (quizás pueda hablarse en cierto grado de una legitimación "criptoautónoma") deben contar con legitimación **aristocrática**, o sea surgida de una superioridad moral, científica o técnica. El publicitante debería ser sobre todo un aristócrata de la verdad, de la utilidad y de la justicia. Sin embargo, urge señalar que esa aristocracia, incluso en los pocos casos que existe, es a menudo muy limitada, ya que en definitiva se trata cuanto más de comerciantes, industriales y técnicos, que no necesariamente tienen bases morales y científicas ni están comprometidos con la verdad o la justicia o con una utilidad que los trascienda. En la medida que se tenga en cuenta el enorme poder con que cuenta la publicidad, se advertirá cuánto es necesaria la legitimación aristocrática y cuánto con frecuencia falta.

Merece también especial consideración la perspectiva de la **responsabilidad publicitaria**, que desborda los marcos tradicionales de las relaciones contractuales y ha motivado un tratamiento especialmente abundante y significativo.

Los actos publicitarios tienen un amplio campo de posibilidades de reparto (o sea de potencias e impotencias "repartibles") y en principio adjudican "**objetos repartideros**", o sea dignos de ser repartidos. La vida de las sociedades libres de nuestro tiempo no sería concebible sin actos y hechos publicitarios. No obstante, también hay que tener en cuenta que en muchos casos los actos y los hechos publicitarios generan **rutina**, apartan ilegítimamente de los medios de propiedad a los receptores que los siguen disponiendo indebidamente de sus bienes y frustran su creatividad y en definitiva su libertad. En nuestro caso, vale reconocer que los consumidores son muchas veces víctimas de estos atropellos. Puede decirse que a menudo hay "**hombres fabricados**" por y para el consumo a través de la publicidad y que éste parece ser uno de los objetivos de la sociedad capitalista cuando se radicaliza. Hay cierta interrelación entre la "fabricación" de los productos a consumir y de los hombres consumidores y la publicidad es uno de los senderos para que esa interrelación se produzca.

Según dijimos, los actos publicitarios se realizan en muchos casos por mera imposición, pero urge "**procesualizar**" sus formas asegurando la audiencia de los interesados, por ejemplo, a través de la intervención de asociaciones de consumidores o de ordenaciones legales.

7. Es imprescindible que los actos publicitarios, que con frecuencia toman a los receptores ajenos como medios y no como fines, adquiriendo caracteres individualistas y también totalitarios, se hagan plenamente humanistas. En la medida que sea necesaria, habrá que recorrer la

senda secundaria del **humanismo intervencionista** para que al fin se alcance la realización superior del **humanismo abstencionista**, en que cada hombre elige y realiza libremente su fórmula de personalización.

La publicidad debe interrelacionarse con el mercado libre y ser un instrumento de la **unicidad, la igualdad e incluso la comunidad** de todos los hombres exigidas por el humanismo, pero a veces es, según dijimos, un medio de masificación que paradójicamente también lleva a la **desigualdad y la disociación**.

La libertad de publicidad se vincula estrechamente con el clima de **tolerancia**, que admite la **propaganda** de todas las ideas y opiniones dejando a cada hombre optar por sus títulos de verdad y es también por esto una exigencia del régimen humanista. Ese clima de tolerancia se diferencia de los climas de indiferencia y de autoridad. Pero si ha de escaparse del clima de autoridad que pretende imponer gubernamentalmente las ideas, también hay que evitar que la **indiferencia gubernamental** signifique espacio para el clima de autoridad de los publicitantes.

El desarrollo de los actos publicitarios puede contribuir a la protección del individuo contra los demás individuos, frente al régimen, respecto de sí mismo y contra todo "lo demás", en este caso sobre todo respecto de la ignorancia. Sin embargo, también puede ser camino para la **agresión** de los individuos publicitantes, de modo que es posible que sea necesaria la **intervención del régimen** o el fortalecimiento de los individuos receptores gravados, v.gr. a través de servicios de información, negociaciones colectivas, etc. Así ocurre, por ejemplo, con la frecuente necesidad de protección de los consumidores. Para impedir la agresión de los publicitantes suele ser imprescindible el resguardo y el desarrollo de la propia identidad de los consumidores a través de su educación para el consumo.